

FACULTAD DE DERECHO

**EL ÁMBITO DE PROTECCIÓN DE LOS DERECHOS
AMPARABLES A TRAVÉS DE LA TUTELA DE
DERECHOS EN EL PROCESO PENAL PERUANO: UNA
PROPUESTA DE INTERPRETACIÓN**



**PRESENTADA POR
JEAN PAUL FABRICIO JUNIOR APOLO PERALTA**

**ASESOR
HUGO HERCULANO PRINCIPE TRUJILLO**

**TESIS
PARA OPTAR EL TÍTULO PROFESIONAL DE ABOGADO**

**LIMA – PERÚ
2022**



CC BY-NC-ND

Reconocimiento – No comercial – Sin obra derivada

El autor sólo permite que se pueda descargar esta obra y compartirla con otras personas, siempre que se reconozca su autoría, pero no se puede cambiar de ninguna manera ni se puede utilizar comercialmente.

<http://creativecommons.org/licenses/by-nc-nd/4.0/>



USMP

UNIVERSIDAD DE
SAN MARTÍN DE PORRES

Derecho

FACULTAD DE DERECHO

**EL ÁMBITO DE PROTECCIÓN DE LOS DERECHOS AMPARABLES A
TRAVÉS DE LA TUTELA DE DERECHOS EN EL PROCESO PENAL
PERUANO: UNA PROPUESTA DE INTERPRETACIÓN**

TESIS

PARA OPTAR EL TÍTULO PROFESIONAL DE ABOGADO

PRESENTADO POR:

JEAN PAUL FABRICIO JUNIOR APOLO PERALTA

ASESOR:

MG. HUGO HERCULANO PRINCIPE TRUJILLO

LIMA, PERÚ

2022

A mis padres, por obsequiarme la vida, por ser el principal bastión de mi educación y formación como profesional y, con mayor importancia, como persona, por su entrega y amor incondicional, por la familia que me han regalado, por todo.

A L., por ser una de las personas que más significado ha tenido mi vida.

A todo estudiante, que al leer esta investigación, pueda coadyuvar a su enriquecimiento tanto intelectual como espiritual y así, sirva como fuente de acercamiento y un futuro enamoramiento del derecho penal, derecho constitucional y sus respectivas áreas procesales, en suma: la protección de los derechos que todo ciudadano ostenta dentro de un proceso (penal).

AGRADECIMIENTOS

Quiero expresar mi gratitud a Dios y a los ángeles que desde el cielo me brindan su protección e iluminan mi sendero, para que cada día sea mejor persona, por todas las bendiciones que me conceden diariamente, por guiarme a lo largo de mi vida y mi etapa académica preprofesional, por ser mi soporte y fortaleza en aquellos momentos de adversidad, y, por permitirme concluir con éxito esta primera etapa académica.

A mis amados padres, por su amor y apoyo incondicional en todos estos años, por ser los principales promotores de mis sueños, por sus enseñanzas, valores y por inculcar en mí el ejemplo de esfuerzo y valentía, y, así, no temer a las adversidades porque Dios está conmigo siempre; asimismo, a mis familiares y amigos, gracias a ustedes y por ustedes, ejerceré mi profesión con dedicación, probidad y con la fiel convicción que puedo contribuir con un granito de arena al óptimo desarrollo de nuestra administración de justicia.

De igual forma, a mi asesor de tesis, el Mg. Hugo Príncipe Trujillo; por aceptar la difícil tarea de asesorarme a lo largo de esta investigación, por su compromiso y alturas observaciones que permitieron culminar con éxito la presente investigación.

A mi querida alma mater, la Universidad de San Martín de Porres, el personal administrativo y su selecto profesorado que forma parte de esta, quienes supieron capacitarme, transmitirme las pautas para mi instrucción profesional y continuar cultivando mis valores, por haberme brindado tantas oportunidades y formarme como buen profesional y mejor persona.

De igual manera, agradecer la ayuda que muchos amigos y colegas me han prestado durante el proceso de investigación, recolección y obtención de datos para terminar esta ardua empresa; y, finalmente, al lector, por considerar que la presente investigación puede ser material de consulta, merecedora de su tiempo y de complemento para sus conocimientos.

CONTENIDO

DEDICATORIA.....	II
AGRADECIMIENTOS	III
CONTENIDO.....	IV
ÍNDICE DE TABLAS.....	VII
ÍNDICE DE ILUSTRACIONES	IX
RESUMEN	X
ABSTRACT	XI
INTRODUCCIÓN	XII
CAPITULO I: MARCO TEÓRICO.....	1
1.1. Antecedentes de la investigación	1
1.2. Estudio preliminar sobre términos relevantes empleados en la tesis	5
1.3. Criterios no controvertidos en el presente estudio sobre tutela de derechos	10
1.3.1. Finalidad	10
1.3.2. Aspectos medulares en torno a la calificación de la acción de tutela	12
1.3.3. Oportunidad procesal para incoar la audiencia de tutela.....	33
1.3.4. Sujetos legitimados para promover la petición de tutela.....	36
1.3.5. La naturaleza del agravio pasible de reclamación vía tutela.....	43
1.3.6. Con relación a la legitimidad del rechazo liminar de la petición de tutela ante un supuesto de mala fe procesal y el deber que ostenta el juez para la acreditación de dicho supuesto	45
1.3.7. Medidas que se pueden emitir en el incidente de tutela	50
1.3.8. Algunos aspectos adicionales relacionados con la petición de tutela.....	61
1.4. Tesis sobre el ámbito de protección de los derechos amparables por la tutela de derechos.....	71
1.4.1. Posición restringida	71
1.4.2. Posición amplia.....	81
1.5. A manera de resumen	82
CAPITULO II: HIPÓTESIS	84
CAPITULO III: DISEÑO METODOLÓGICO	85
3.1. Tipología de la tesis	85
3.2. Enfoque de la investigación.....	86

3.3.	Técnicas de recolección de datos	87
3.4.	Diseño muestral	88
3.5.	Métodos de interpretación aplicados en la tesis	90
3.6.	Listado de abreviaturas empleadas en la redacción de la investigación .	99
CAPÍTULO IV: CUERPO DE LA INVESTIGACIÓN		101
4.1.	Subcapítulo I: Interpretación histórica	101
4.1.1.	Los mecanismos de protección empleados en los procesos ordinarios y sumarios conforme al CdPP y el Dec. Leg. N.º 124.....	103
4.1.2.	El impacto de la vigencia del CPP de 1991	115
4.1.3.	La transición del CdPP al CPP: la acción de tutela como aporte del sistema procesal acusatorio con rasgos adversariales.....	118
4.1.4.	Deducciones recaídas en la pauta de interpretación histórica.....	120
4.2.	Subcapítulo II: Interpretación teleológica	123
4.2.1.	Respecto a una interpretación literal (análisis del artículo 71 del CPP)	127
4.2.2.	Respecto a una Interpretación sistemática (CPP integralmente).....	156
4.2.3.	Conclusiones arribadas en la interpretación teleológica realizada sobre la base del criterio literal y sistemático de la norma	172
4.3.	Subcapítulo III: Interpretación jurisprudencial.....	175
4.3.1.	Análisis de la jurisprudencia restringida de derechos	180
4.3.2.	Evolución jurisprudencial sobre el ámbito de protección de la acción de tutela	229
4.3.3.	Comentarios finales del análisis jurisprudencial desarrollado.....	412
4.4.	Subcapítulo IV: Análisis social-contextual.	415
4.4.1.	Delimitación del ámbito poblacional.....	416
4.4.2.	Notas preliminares sobre los tópicos abordados: preguntas formuladas y alternativas de respuesta	416
4.4.3.	Desarrollo de la encuesta-cuestionario de manera individualizada .	421
4.4.4.	Reflexiones arribadas sobre las respuestas obtenidas al cuestionario- encuesta elaborado	428
4.4.5.	A modo de conclusión	437
CAPÍTULO V: RESULTADOS		439
5.1.	Confrontación de la jurisprudencia evaluada y las pautas de interpretación empleadas en la tesis	439
5.1.1.	Jurisprudencia que se fundamenta en una interpretación literal del artículo 71 del CPP	439

5.1.2. Jurisprudencia que se alinea a la interpretación sistemática	442
5.1.3. Jurisprudencia que emplea como sustento a la evolución jurisprudencial.....	443
5.1.4. Jurisprudencia que adopta una tesis amplia de forma tácita	443
5.2. Conclusiones arribadas en el capítulo resultados	445
CONCLUSIONES.....	447
REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS	453
7.1. Bibliografía consultada	453
7.1.1. Libros físicos.....	453
7.1.2. Libros, revistas y otras fuentes digitales	455
7.1.3. Tesis citadas.....	457
7.2. Jurisprudencia consultada emitida a nivel nacional.....	458
7.2.1. Tribunal Constitucional	458
7.2.2. Corte Suprema de Justicia de la República	460
7.2.3. Cortes Superiores de Justicia	465
7.3. Legislación empleada.....	469
7.3.1. Normativa internacional	469
7.3.2. Normativa nacional	469
ANEXOS	471

ÍNDICE DE TABLAS

Tabla 1 Fundamento para realizar la calificación de la acción de tutela	13
Tabla 2: Calificación de la solicitud de tutela	15
Tabla 3: Supuestos para incoar el proceso de seguridad	27
Tabla 4: Jurisprudencia de la Corte Suprema que establece las medidas emitidas en la petición de tutela.....	51
Tabla 5: Iter procedimental de la Cas. N.º 168-2016, Huancavelica.....	67
Tabla 6: Acuerdo Plenario N.º 04-2010/CJ-116.....	72
Tabla 7: Acuerdo Plenario N.º 02-2012/CJ-116.....	73
Tabla 8: Jurisprudencia que adopta una tesis restringida radical	74
Tabla 9: Jurisprudencia que adopta una tesis restringida moderada.....	76
Tabla 10: Jurisprudencia de tesis restringida incatalogable.....	79
Tabla 11: Jurisprudencia que adopta una tesis amplia	81
Tabla 12: Cuadro de jurisprudencia consultada.....	88
Tabla 13: Listado de abreviaturas.....	99
Tabla 14: Derechos protegidos por el Código de Procedimientos Penales	110
Tabla 15: Derechos no protegidos por el Código de Procedimientos Penales ...	111
Tabla 16: Inciso 1 del artículo 71 del Código Procesal Penal	131
Tabla 17: Inciso 2 del artículo 71 del Código Procesal Penal	135
Tabla 18: Inciso 3 del artículo 71 del Código Procesal Penal	136
Tabla 19: Inciso 4 del artículo 71 del Código Procesal Penal	138
Tabla 20: Fundamentos no declarados doctrina legal del Acuerdo Plenario N.º 04-2010/CJ-116.....	181
Tabla 21: Fundamentos declarados doctrina legal del Acuerdo Plenario N.º 04-2010/CJ-116.....	184
Tabla 22: Fundamentos declarados doctrina legal del Acuerdo Plenario N.º 02-2012/CJ-116.....	192
Tabla 23: Ejecutorias Supremas que se pronuncian sobre el derecho a la gratuidad en la administración de justicia.....	197
Tabla 24: Análisis de la Cas. N.º 136-2013, Tacna.....	202
Tabla 25: Jurisprudencia que admite un control de legalidad sobre la actuación fiscal	208
Tabla 26: Evaluación de la Casación N.º 943-2019, Ventanilla.....	214

Tabla 27: Análisis de la Casación N.° 1611-2019, Nacional	217
Tabla 28: Compatibilizando jurisprudencia – primera pregunta	219
Tabla 29: Compatibilizando jurisprudencia - segunda pregunta	220
Tabla 30: Compatibilizando jurisprudencia - tercera pregunta	220
Tabla 31: Compatibilizando jurisprudencia - cuarta pregunta	222
Tabla 32: Cuadro comparativo de jurisprudencia contradictoria sobre la institución secreto de la investigación	275
Tabla 33: Considerando 1.2. de la Cas. N.° 2057-2019, Tumbes.....	362
Tabla 34: Jurisprudencia que adopta una tesis amplia sobre el ámbito de acción de la solicitud de tutela	409
Tabla 35: Cuadro de los encuestados-entrevistados.....	416
Tabla 36: Comentarios a la primera y segunda pregunta de la encuesta-cuestionario	429
Tabla 37: Jurisprudencia que adopta una tesis amplia fundamentada en la interpretación literal	439
Tabla 38: Jurisprudencia que adopta una tesis amplia fundamentada en la interpretación sistemática.....	442
Tabla 39: Jurisprudencia que adopta una tesis amplia fundamentada en la evolución jurisprudencial	443
Tabla 40: Jurisprudencia que adopta una tesis amplia de manera tácita	443

ÍNDICE DE ILUSTRACIONES

Ilustración 1: Iter de la actuación de los mecanismos de protección empleados en los procesos tramitados en el Código de Procedimientos Penales	113
Ilustración 2: Considerandos de la Disposición N.º 01 del 11.07.2021	263
Ilustración 3: Primera pregunta de la encuesta-cuestionario.....	421
Ilustración 4: Segunda pregunta de la encuesta-cuestionario.....	421
Ilustración 5: Tercera pregunta de la encuesta-cuestionario	422
Ilustración 6: Cuarta pregunta de la encuesta-cuestionario.....	422
Ilustración 7: Quinta pregunta de la encuesta-cuestionario.....	423
Ilustración 8: Sexta pregunta de la encuesta-cuestionario	423
Ilustración 9: Sétima pregunta de la encuesta-cuestionario	424
Ilustración 10: Octava pregunta de la encuesta-cuestionario	424
Ilustración 11: Novena pregunta de la encuesta-cuestionario	425
Ilustración 12: Decima pregunta de la encuesta-cuestionario	425
Ilustración 13: Undécima pregunta de la encuesta-cuestionario	426
Ilustración 14: Duodécima pregunta de la encuesta-cuestionario	426
Ilustración 15: Decimotercera pregunta de la encuesta-cuestionario	427
Ilustración 16: Decimocuarta pregunta de la encuesta-cuestionario	427
Ilustración 17: Decimoquinta pregunta de la encuesta-cuestionario	428

RESUMEN

La tutela de derechos es una institución procesal que desde su regulación en el Código Procesal Penal –no existe precedente de un mecanismo procesal *intraproceso* de similares características– ostenta una serie de tópicos problemáticos no superados, en ese sentido, se ha seleccionado un tema controvertido de los que exhibe, con el objetivo de poder brindar una propuesta de interpretación que permita la optimización de esta, la operativice y coadyuve a cumplir con el fin propuesto por el legislador peruano al ser incorporada expresamente en el estatuto procesal citado.

El tema controvertido objeto de tesis, es el ámbito de protección de los derechos pasibles de amparo mediante la acción de tutela, actualmente existe una disyuntiva respecto a esta, pues, por un lado, se propugna una tesis que presenta un carácter restrictivo de derechos amparables, solo los descritos en el artículo 71 inciso 2 del Código Adjetivo, y, por el otro lado, tenemos a la postura de carácter amplia, contemplando la posibilidad de defensa de todo derecho procesal reconocido a nivel constitucional y legal a favor del accionante que cumpla con el requisito de admisibilidad y sus presupuestos de procedencia.

De lo expuesto, es que en base a cuatro pautas de interpretación: *histórico, teleológico* (literal y sistemático), *jurisprudencial y social-contextual*, se ha llegado a la conclusión que la tesis que debe ser aplicada en nuestro sistema penal, es la tesis amplia, por ende, la concepción a la cual deben alinearse los operadores jurídicos intervinientes en el proceso penal.

Palabras clave: Tutela de derechos, derechos procesales, tesis amplia, tesis restringida, tutela específica, residualidad, doctrina legal y doctrina jurisprudencial vinculante

ABSTRACT

The protection of rights is a procedural institution that since its regulation in the Code of Criminal Procedure –there is no precedent for an intra-process procedural mechanism of similar characteristics– has a series of problematic topics that have not been overcome, in this sense, a controversial issue has been selected from those that it exhibits, with the aim of being able to provide an interpretation proposal that allows its optimization, operationalizes it and helps to fulfill the purpose proposed by the Peruvian legislator by being expressly incorporated in the aforementioned procedural statute.

The controversial issue that is the subject of the thesis is the scope of protection of the rights subject to protection through the action of guardianship, currently there is a dilemma regarding this, since, on the one hand, a thesis is advocated that presents a restrictive nature of protected rights, only those described in article 71 paragraph 2 of the Adjective Code, and, on the other hand, we have a broad position, contemplating the possibility of defending all procedural rights recognized at the constitutional and legal level in favor of the plaintiff who complies with the admissibility requirement and its assumptions of origin.

From the above, it is that based on four interpretation guidelines: historical, teleological (literal and systematic), jurisprudential and social-contextual, it has been concluded that the thesis that must be applied in our penal system, is the thesis broad, therefore, the conception to which the legal operators involved in the criminal process must align.

Keywords: Protection of rights, procedural rights, broad thesis, restricted thesis, specific protection, residuality, legal doctrine and binding jurisprudential doctrine

INTRODUCCIÓN

La presente investigación se gesta ante la problemática existente en nuestro sistema de justicia relacionado al tópico, ámbito de protección de los derechos pasibles de tutela, materializado en el estado de cosas jurisprudencial. Es así, que tenemos actualmente un panorama poco claro sobre los criterios que permiten a los operadores jurídicos conocer con predictibilidad y seguridad jurídica, cuál será el tratamiento que se recibirá ante la reclamación de un derecho, vía el mecanismo procesal denominado, tutela de derechos.

Es preciso definir que esta problemática no es reciente, tiene su génesis con la promulgación y entrada en vigor en el año 2006 –de forma progresiva en los diferentes distritos judiciales del territorio peruano– del Decreto Legislativo N.º 957, Código Procesal Penal (en adelante, CPP), al incorporar una institución procesal novísima en nuestro proceso penal peruano, pues, no presenta un símil ni precedente en nuestro ordenamiento jurídico orden procesal penal. Además, vale resaltar, que la acción de tutela, a la fecha en que se suscribe la presente –luego de dieciocho años–, no ha presentado alguna modificatoria en su texto legal.

Conforme a lo antes aseverado, se optó por la vía jurisprudencial para el esclarecimiento e interpretación uniforme de las zonas problemáticas que ostentaba dicha regulación; ante dicho escenario, se emite Acuerdo Plenario N.º 04-2010/CJ-116 emitido en fecha 16 de noviembre de 2010 en el marco del VI Pleno Jurisdiccional de las Salas Penales Permanente y Transitoria, el que mismo que declaró como doctrina judicial los considerandos enumerados del 10 al 19 y en el cual se decantó (según una posición mayoritaria de la doctrina peruana) por una tesis restringida, afirmándose que, únicamente pasibles de protección mediante esta figura legal, se encuentran los derechos especificados textualmente en el artículo 71 apartado 2 del CPP (tesis restringida radical) o los inciso 1 al 3 del artículo en mención (tesis restringida moderada).

Posteriormente, el 26 de marzo de 2012 se emite el Acuerdo Plenario N.º 02-2012/CJ-116 en el marco del I Pleno Jurisdiccional Extraordinario de las Salas Penales Permanente y Transitoria, el mismo que lejos de coadyuvar a clarificar las zonas grises que ostenta la acción de tutela, en el considerando sexto, se remite al AP N.º 04-2010/CJ-116, respecto a sus rasgos generales, asimismo, replica esa

redacción que genera confusión, al señalar de forma genérica que su ámbito de protección son los derechos «*fundamentales*» y reconocidos en el artículo 71 del Código Adjetivo (fundamento 6).

Sin embargo, a lo largo de los años los diferentes órganos jurisdiccional de los distintos niveles de nuestra jurisdiccional penal, en una interpretación “integral” de dicha doctrina legal y sobre la base de una lectura literal y sistemática del estatuto procesal, han ido ampliando los derechos objeto de protección a través de esta figura legal, dicho de otro modo, el ámbito de protección de los derechos procesales impugnables a través de la petición de tutela, se ha ido ampliando e incluyendo derechos no reconocidos expresamente en el artículo 71.2 del CPP.

Las razones de dicha evolución jurisprudencial son múltiples y, serán desarrollados con profundidad a lo largo de esta investigación, sin embargo, vale resaltar desde esta instancia, que la prueba de ello, no en todos los casos se manifiesta de forma expresa, pues, en algunas ocasiones, se percibe este reconocimiento de forma tácita, al pronunciarse sobre el fondo de las controversias (afectación de derechos) y no sobre la procedencia del derecho reclamado, lo que permite inferir una posición de asentimiento –implícito– en estos casos.

Por lo expuesto, es que resulta imprescindible clarificar el panorama a efectos que los operadores jurídicos puedan gozar de predictibilidad y se uniformice el criterio sobre el cual descansa el ámbito de protección de los derechos amparables en la incidencia de tutela de derechos, en ese sentido, se ponen a relieve los siguientes objetivos específicos vinculadores manera directa con el problema seleccionado: analizar la regulación que ostenta la tutela de derechos en el estatuto procesal a nivel literal y sistemático, estudiar la jurisprudencia nacional a efectos de determinar la evolución que presenta el mecanismo procesal objeto de tesis y todo esto, ligado a delimitar los requisitos de admisibilidad y presupuestos de procedencia, los cuales se evalúan en el control de admisibilidad y procedencia de las peticiones de tutela, con la finalidad de determinar el criterio que se debe adoptar sobre el ámbito de protección derechos procesales objeto de amparo mediante la solicitud de tutela.

En tal virtud, conforme una investigación de tipo cualitativa y en base al enfoque exploratorio que calza mejor con el paradigma antes citado, se pretende en razón a cuatro pautas de interpretación: histórica, teleológica (literal y sistemática),

jurisprudencial y contexto-social, comprobar materialmente la viabilidad de la hipótesis formulada, siendo esta, si el ámbito de protección de los derechos procesales reconocidos a nivel constitucional y la ley conferidos a los sujetos procesales comprendidos en el proceso penal peruano, conforme a una interpretación histórica, teleológica (literal y sistemática), jurisprudencial y contexto-social, es de carácter amplia, empero, de acuerdo a su desarrollo normativo y jurisprudencial, sujeto al cumplimiento del requisito de admisibilidad y presupuestos de procedencia que ostenta esta figura legal.

Resulta necesario mencionar la importancia que ostenta esta investigación, responde a una justificación técnica-científica, pues, es necesario determinar los requisitos o presupuestos que se evalúan para la admisibilidad y procedencia de las peticiones de tutela, con la finalidad de lograr su optimización, además, ostenta una justificación operativa-jurídica, toda vez que, resulta necesario que los sujetos procesales comprendidos en las investigaciones, tengan en panorama claro sobre el ámbito de acción de la solicitud de tutela, con el objeto de respetar el derecho de predictibilidad y seguridad jurídica y, por último, el suscrito estima importante poder coadyuvar a la idónea interpretación que se debe realizar a la hora de aplicar la institución jurídica de tutela de derechos, constituyendo esta una justificación social.

De igual manera, resulta relevante detallar la estructura que ostenta la investigación:

En primer orden, en la **introducción**, se inicia presentando a la investigación, lo que implica necesariamente el desarrollo pormenorizado de la descripción problemática en la cual surge el tópico seleccionado como objeto de examen, la delimitación concreta del problema y los objetos generales y específicos pactados para el presente trabajo, además, la justificación del tema y las limitaciones que adolece la tesis.

En segundo orden, en el **capítulo I**, abarca el marco teórico de la investigación, el cual en primero, se demuestra que a nivel doctrinal no se ha presentado una investigación con similar objeto de estudio; segundo, consideramos relevante conceptualizar los términos: tutela de derechos, acuerdo plenario, doctrinal legal y residualidad citados a lo largo de la tesis y, que son seleccionados por la importancia que presentan para esta; tercero, con la finalidad de enriquecer el

estudio de la tutela de derechos, desarrollamos tópicos que indirectamente se encuentran vinculados a esta, y, que ostentan el carácter de criterios no controvertidos para esta tesis y, finalmente, las teorías que desarrollan el ámbito de protección de la tutela de derechos.

En tercer orden, el **capítulo II**, consta de la hipótesis formulada en la presente investigación, la misma que será objeto de corroboración y, de esa manera, arribar a la propuesta de interpretación que debe prevalecer en nuestro sistema de justicia.

En cuarto orden, el **capítulo III**, está conformada por el diseño metodológico empleado para la tesis, en buena cuenta, se describe el tipo y enfoque de investigación empleada, las técnicas de recolección de datos que han sido objeto de la investigación, siendo estas, a) el análisis legislativo-histórico de los cuerpos normativos procesales dictados antes de entrar en vigor el Código Procesal Penal, b) el método de recopilación y análisis jurisprudencial, sobre la base de la jurisprudencia nacional dictada por los órganos judiciales de distinta jerarquía perteneciente a las Cortes Superiores de Justicia del Perú y la Corte Suprema de Justicia de la República y, c) se realizará un cuestionario-encuesta de tipo cerrado realizado mediante la red, en atención al contexto en el cual se ha gestado este trabajo, durante la pandemia del SARS-CoV-2 (Covid 19).

Además, se culmina el citado capítulo, con el diseño muestral que se empleó para el presente estudio, un desarrollo preliminar de los criterios de interpretación empleados a lo largo de esta investigación y que son el cimiento por el cual se ha construido esta, culminando con un listado de abreviaturas empleados para una mejor lectura y comprensión de lo escrito.

En cuarto orden, el **capítulo IV**, presenta el quid de la línea de estudio elegida, la misma que bajo la distribución de subcapítulos, desarrolla de manera singular, las pautas de interpretación empleadas para forjar el fundamento sobre el cual se cimienta el criterio –que a nuestro juicio– debe ser el seguido como criterio de interpretación uniforme sobre la problemática presentada.

- Subcapítulo I: La pauta de interpretación *histórica*, contiene el estudio de los mecanismos procesales de defensa utilizados por los operadores jurídicos en el Código de Procedimientos Penales, Código Procesal Penal y los

fundamentos para la incorporación de la figura legal al Código Procesal Penal de 2004.

- Subcapítulo II: La pauta de interpretación *teleológica*, comprende una evaluación literal de la regulación que ostenta la solicitud de tutela en el artículo 71 del CPP, las razones por las cuales no se ha modificado y, además, un análisis de orden sistemático, esto es, de todo el articulado que comprende el estatuto procesal y que guarda vinculación con el tema de análisis, pero todo ello, ligado ineludiblemente a la *ratio* que pretendió y pretende el legislador nacional a nivel político-criminal con su regulación.
- Subcapítulo III: La pauta de interpretación *jurisprudencial*, en primer lugar, pretende examinar si es idónea la interpretación restringida que ha sido adoptada por un sector doctrinal de lo expuesto en los Acuerdos Plenario N.º 04-2010 y 02-2012; en segundo lugar, desarrollar los derechos y actos procesales que a lo largo de los años han sido objeto de tutela y que desbordan lo descrito en el artículo 71 del ordenamiento procesal; en tercer lugar, en correlato con la premisa anterior, examinar los fundamentos empleados por los órganos jurisdiccionales para ampliar el ámbito de protección de la tutela de derechos y poner a relieve cuales de esas fueron incluidas de forma tácita o expresa, en ese sentido, se pretende evaluar la jurisprudencia emitida por la jurisdiccional penal nacional, sin embargo, consideramos necesario concederle mayor prevalencia a las jurisprudencia emitida por la Corte Suprema de la Justicia de la República del Perú a través de sus diferentes Salas (Permanente, Transitoria y Especial), y, en último lugar, por un lado, analizar brevemente las razones de la irrecorribilidad de la disposición de apertura de investigación preliminar, disposición de formalización de investigación preparatoria y decisiones fiscales: de sobreseimiento y acusación y, por otro lado, las razones por las cuales se puede cuestionar las disposiciones de declaración de complejidad y complejidad en el marco de la criminalidad organizada.
- Subcapítulo IV: La pauta de interpretación *contexto-social*, a través de una entrevista-cuestionario, pretende recoger la posición que adoptan los operadores jurídicos –léase: Ministerio Público, judicatura, defensa técnica

privada o pública, procuraduría pública, entre otros—, sobre tópicos vinculados directa o indirectamente con el tema medular de tesis y, que permitirán dilucidar el panorama desde una perspectiva *in situ*, en ese sentido, fundamentar o rebatir la hipótesis materia de análisis.

En quinto orden, en el **capítulo V** resultados, sistematizaremos las resoluciones judiciales acopiadas y empleados a lo largo de la tesis, con la finalidad de ser compatibilizadas con los criterios histórico y teleológico (literal y sistemático) con la finalidad de advertir el principal sustento que emplean los órganos judiciales para adoptar una tesis amplia, o, en su defecto, enumerar la cantidad de resoluciones judiciales que adoptan la citada tesis, de manera tácita.

En sexto orden, se detallarán las conclusiones arribadas en cada capítulo y subcapítulo que ha sido desarrollado argumentativamente referente al objeto materia de investigación.

En séptimo orden, debidamente organizadas, se precisarán las referencias bibliográficas, cumpliendo de esa manera, con citar a cada una de las fuentes empleadas que coadyuvaron al enriquecimiento del presente trabajo y, en último orden, para los fines pertinentes, acopiamos como anexos, las fichas de validación que se han emitido en atención a los instrumentos de recolección de datos seleccionados para el presente estudio.

CAPITULO I: MARCO TEÓRICO

1.1. Antecedentes de la investigación

Sobre el presente tema de tesis, podemos afirmar que no hemos encontrado un trabajo de investigación similar, esto es, que tenga como tópico de examen: el ámbito de protección de los derechos amparables en la vía incidental de tutela, sin embargo, hemos encontrado en los repositorios de las universidades y, más concretamente, las facultades de derechos algunas investigaciones que abordan como tema central, la institución procesal de tutela de derechos o, temas vinculados inexorablemente a esta, y, que han permitido ser utilizadas como fuente de consulta para el inicio de la presente investigación.

Con motivo de lo antes dicho, vamos a detallar que repositorios hemos consultado y, no hemos ubicado alguna referencia que permita complementar y enriquecer nuestra búsqueda de data.

a) Con relación a universidades públicas:

- En el repositorio institucional de Cybertesis de la facultad de Derecho y Ciencia Política de la Universidad Nacional Mayor de San Marcos –consultado el 09 de diciembre de 2021–, de las cuatrocientos ochenta y tres (483) tesis publicadas; noventa y siete (97) de pregrado relativos a Derecho y dieciséis (16) vinculados a la Ciencia Política, doscientos cincuenta y dos (252) de maestría y ciento dieciocho (118) de doctorado, ninguna guarda relación con la institución estudiada o tópicos directos objeto de la presente investigación.
- En el repositorio de la facultad de Derecho y Ciencia Política de la Universidad Federico Villareal, tenemos el siguiente reporte: siete (07) relativos a Derecho y doce (12) relativos a Ciencia Política, doscientos ochenta y uno (281) de maestría y noventa y ocho (98) de doctorado; teniendo como resultado que ninguna guarda correspondencia con la acción de tutela o tópicos vinculados al objeto de la presente investigación (consultado el 09 de diciembre de 2021).

b) Con relación a universidades privadas:

- Se ha realizado una búsqueda al repositorio de tesis aprobadas en la Universidad de San Martín de Porres, tanto en pregrado (100) y postgrado –maestría (123) y doctorado (14)–, obteniendo como resultado que ninguna de estas, se ha referido de manera concreta o general al tema abordado en la presente investigación (consultado el 11 de noviembre de 2021).
- Para finalizar, con relación a la Universidad de Lima, tenemos el repositorio digital de la facultad de Derecho –consultado el 09 de diciembre de 2021–, sobre trabajos de suficiencia o tesis, el siguiente detalle: una (01) tesis para obtener el grado de bachiller, cuatro (04) trabajos de investigación y treinta y cuatro (34) tesis para obtener el grado de título profesional de abogado y, finalmente, setenta y tres (73) trabajos de investigación y tres (03) tesis para adquirir el grado académico de maestría en derecho empresarial; teniendo como resultado que ninguna guarda relación con la acción tutela o tópicos afines al objeto de la presente tesis.

Por otro lado, procederemos a describir los trabajos más relevantes y, que guardan relación directa o indirecta con la presente investigación, ya que, por su vinculatoriedad han sido de consulta, nos han permitido delimitar nuestro objeto de examen y proporcionar insumos para el desarrollo óptimo de la institución denominada tutela de derecho en nuestra regulación en *lege lata*:

- En primer orden, tenemos la tesis titulada: *Tutela de Derechos, recurso destinado a cautelar los derechos y garantías del imputado en el proceso penal, en la ciudad de Tacna, periodo mayo 2008 -abril 2010*, presentada por Mónica Hermelinda Mamani Condori en el 2011, para optar el grado académico de Abogado en la Universidad Nacional Jorge Basadre de Tacna; en la cual mediante un estudio de tipo jurídico exploratorio y descriptivo de la regulación en lege lata del mecanismo procesal: tutela de derechos, aunado a la jurisprudencia que a la fecha se había emitido –ciento dos (102) expedientes de mayo de 2008 a abril de 2010– y a una encuesta realizada a los operadores jurídicos que ejercer labores en el

distrito judicial de Tacna; arriba a las siguientes conclusiones: primero, “el fundamento de la existencia legal de la tutela de derechos, es la protección y respeto de los derechos del imputado, en tal virtud, considera acertada la incorporación de dicha figura legal”; segundo, la conceptualiza como un “instrumento procesal penal, sencillo, que actúa en un plano objetivo, concreto, con la finalidad de cautelar los derechos de que esta imbuido el imputado previstos en la Constitución, leyes internacionales, y otorgados en el CPP”; tercero, procede dicha institución procesal “siempre y cuando no haya figura especial de protección para un derecho particular que la ley prevea, dicho de otro modo, asevera que tiene un carácter residual” y, finalmente, afirma que conforme lo expresado por los operadores jurídicos entrevistados, es una “institución positiva, necesaria para el respeto de las garantías y derechos fundamentales que prevé la Constitución, sobre todo para un eficaz y óptimo ejercicio del derecho de defensa”.

- En segundo orden, tenemos la tesis titulada *Naturaleza jurídica de la tutela de derechos prevista en el Código Procesal Penal* elaborada por Ruth Elizabeth Azañero Alfaro en el año 2015, para optar por el grado académico de Magister en Derecho con mención en Derecho Penal y Criminología en la Universidad Nacional de Cajamarca; a través de una disertación de orden cualitativo y explicativo–propositivo, y, además, en base a un análisis dogmático jurídico de la institución procesal objeto de examen, asociado a una revisión de la jurisprudencia emitida en los años 2010–2011 en el distrito judicial de Cajamarca, le permiten conjeturar: primero, “es una garantía constitucional, reparadora, residual, autónoma, preclusoria e igualadora”; segundo, “por sus atributos, es el medio más idóneo para la protección de derechos fundamentales durante la investigación preparatoria”; tercero, “la protección que ofrece no se limita a lo prescrito en el art. 71 del CPP, sino que es válido afirmar que alcanza a los demás derechos que las leyes, documentos internacionales y leyes reconocen siempre y cuando no tenga una vía de reclamación propia, dado su carácter residual” y, finalmente, “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 debido al desconocimiento de su naturaleza jurídica”.

- En tercer orden, tenemos la tesis titulada *La tutela de derechos y la exclusión de la prueba prohibida en la etapa de investigación preparatoria. Caso Nadine Heredia 2017*, presentada por Luz Victoria Sánchez Guevara en el año 2019 para optar el grado académico de abogado en la Universidad Nacional Pedro Ruiz Gallo; materializa una investigación de tipo inductivo y analítico, a través de dos métodos específicos, por un lado, el descriptivo y por otro, el estadístico, este último, cristalizado en una entrevista a cincuenta (50) operadores jurídicos, expresando las siguientes conclusiones: *“la tutela de derechos se erige como la vía idónea para solicitar la exclusión de la investigación penal de una prueba calificada como ilícita; y, que la tutela de derechos es una institución procesal cuyo objetivo consiste en asegurar que los derechos fundamentales del investigado no sean violentados durante la etapa de investigación preparatoria”.*
- En último orden, tenemos la tesis titulada *La interpretación de la Corte Suprema sobre el artículo 71.4 del CPP y el derecho a la tutela jurisdiccional efectiva* presentado por Carlos Eduardo Cabel Villarroel el 2020 para optar el grado académico de abogado en la UPN (sede Trujillo); en base a un estudio de tipo cualitativa y básica –según el autor– pues, busca interpretar y producir conocimiento jurídico, esboza las siguientes conclusiones: primero, en cuanto a su naturaleza, *“es una garantía procesal secundaria, cuyo fundamento radica en la exigencia constitucional de respeto de los derechos fundamentales y legales y, en el propio modelo garantista adoptado en el CPP”*; segundo, *“los presupuestos para invocar la tutela son: i) que se alegue un derecho vulnerado reconocido en el art. 71.4 del CPP, ii) por un sujeto procesal legitimado y iii) durante la investigación preparatoria”* y, finalmente, es *“una garantía procesal con carácter residual”.*

1.2. Estudio preliminar sobre términos relevantes empleados en la tesis

- **Acuerdo plenario y doctrina legal o jurisprudencial:**

Los acuerdos plenarios son líneas de interpretación jurisdiccional emitida en una reunión en la cual se arriba a un consenso por parte de los magistrados pertenecientes al nivel más alto de la jurisdicción ordinaria (léase: Corte Suprema de Justicia de la República del Perú) respecto a indistintas materias –penal, procesal penal, ejecución penal, entre otros–, en ese sentido, se asume que los tópicos desarrollados constituyen el óptimo e idóneo sentido explicativo de la ley, entendida esta, como la uniformización de criterios sobre un tema específico materia de su convocatoria.

En ese orden de ideas, los criterios jurisprudenciales que componen los acuerdos plenarios son establecidos como doctrina judicial de conformidad a los artículos 22 y 116 del Texto Único Ordenado de la Ley Orgánica del Poder Judicial (en lo sucesivo, TUO de la LOPJ), D.S. N.º 017-1993-JUS, publicado en el diario oficial El Peruano el 02.06.1993, que es válido sintetizar en la búsqueda de uniformizar la jurisprudencia de los tribunales de justicia a nivel nacional dentro de un ámbito específico del derecho, para los fines del presente trabajo, materia penal y procesal penal.

A mayor abundamiento, es preciso citar lo expuesto por el Supremo Tribunal peruano en la **Casación N.º 46-2018, Nacional (f.j. 8)** dictado por la **SPP** el **17.04.2019**: *“su legalidad se fundamenta precisamente en que se trata de criterios interpretativos consensuados y conformes a la norma legal y, agrega líneas adelante: no se trata de la creación de una norma legal, si no de la interpretación cuyo carácter vinculante -relativo- recae en la parte prescriptiva -ratio decidendi- o resolutive”*.

Por lo expuesto, la **relatividad** de los acuerdos plenarios radica en que conforme lo estatuye el artículo 22 del TUO de la LOPJ, se ha establecido como **regla general**, que sea de cumplimiento obligatorio por todos los órganos judiciales, sin perjuicio de ello, esta **presenta una excepción**, la **posibilidad del apartamiento** de la doctrina legal, exigiéndose en dicho supuesto, que fundamente las razones de dicho proceder, a efectos de mayor claridad, compartimos el extracto relevante:

*“(...) Estos principios deben ser invocados por los Magistrados de todas las instancias judiciales, cualquiera que sea su especialidad, como precedente de obligatorio cumplimiento. **En caso que por excepción decidan apartarse de dicho criterio, están obligados a motivar adecuadamente su resolución dejando constancia del precedente obligatorio que desestiman y de los fundamentos que invocan**”.*

Definitivamente, consideramos pertinente acotar algunos criterios desarrollados por nuestro Supremo Tribunal vinculados a los acuerdos plenarios y su doctrina legal:

- Conforme a la **Casación N.º 46-2018, Nacional (f.j. 12)**, emitida por la **SPP** el **17.04.2019**, el acuerdo plenario está estrechamente ligado con el principio de seguridad y predictibilidad jurídica, al estar vinculado a la debida interpretación del ordenamiento jurídico, en ese sentido, su idónea aplicación, asimismo, resulta coherente en atención a la observancia de dichos principios, que los casos sean resueltos conforme a los términos descritos en los acuerdos plenarios, sin embargo, es preciso resaltar que en caso se aparte de dicha doctrina legal, se presente la exigencia de una debida motivación, pues, de lo contrario se materializa un supuesto de vulneración de los principios antes mencionados.
- La doctrina legal emanada de los acuerdos plenarios constituyen criterios interpretativos de las leyes, por tal motivo, ostentan carácter vinculante, no obstante, no es de aplicación retroactiva, pues, no implica una modificación expresa o tácita de alguna ley, sino de su criterio (contenido) de interpretación, conforme lo describe el **AP N.º 01-2007/ESV-22 (f.j. 8)**; dictado el **16.11.2007** por el **Pleno Jurisdiccional de las Salas Penales Permanente y Transitoria de la Corte Suprema de Justicia** (en líneas siguientes, CJS), en el mismo sentido, se pronuncian los Recursos de Nulidad N.º **1500–2006** y **1920–2006**, contenidas en el precitado acuerdo plenario.

- En correlato con lo anterior, es preciso complementarlo con lo resuelto en la **Casación N.º 50-2018, Lambayeque (ff.jj. 2.2.1 al 2.2.5)** emitida por la **SPP** el **17.10.2018**, pues, la citada ejecutoria suprema expone que no cabe una aplicación retroactiva del acuerdo plenario ni de modo excepcional, pues, en materia penal toda excepción a la regla debe estar normada.

- Vale resaltar que no toda sentencia casatoria fija doctrina jurisprudencial, por el contrario, solo aquel que de manera expresa lo describa, en su defecto, estamos ante una línea jurisprudencial o doctrinal que puede ser orientadora, empero, no es de obligatoria observancia y cumplimiento, conforme a la **Casación N.º 227-2012, Sullana (f.j. 11)** emitida por la **SPP** el **15.10.2013**, en el mismo sentido, **Auto de Calificación de la Casación N.º 724-2015, Piura (f.j. 4)** dictada por la **Sala Penal Transitoria** (en adelante, **SPT**) el **15.04.2016**.

- Finalmente, de conformidad con la **Casación N.º 441-2017, Ica (ff.jj. 2.3 y 2.4)** expedida por la **SPP** el **24.05.2018**, tenemos que, solo ostentan carácter de precedente vinculante en materia penal, con sus notas distintivas por la naturaleza y forma en que se emiten y, por tanto, son de observancia y obligatorio cumplimiento, los siguientes supuestos:
 - Los precedentes vinculantes así declarados, en las Ejecutorias Supremas conforme al CdPP de 1940.

 - La doctrina jurisprudencial vinculante establecidas como vinculantes expresamente, en las sentencias casatorias en arreglo al CPP de 2004.

 - Principios jurisprudenciales (doctrina legal o judicial) fijada en los Acuerdos Plenarios.

- **Tutela de derechos:**

La institución procesal denominada tutela de derechos, en palabras del suscrito, se constituye como el paradigma más claro de la constitucionalización del proceso penal peruano, configurándose así como uno de sus principales instrumentos de protección (*intraproceso*) de los derechos reconocidos en nuestra Constitución y las leyes a los sujetos procesales intervinientes en el proceso, en el marco de la investigación preparatoria (comprendiendo tanto las subetapas de diligencias preliminares e investigación preparatoria formalizada) en la medida que, luego de realizar la calificación por parte del juez de garantías, se advierta el cumplimiento de su **presupuestos formal** –que se requiera su cesación y/o corrección a la autoridad correspondiente de manera previa– y, **materiales** –residualidad: que no tenga vía propia para su defensa, que dicha lesión sea consumada: real y concreta, que no se presenten con la finalidad de obstruir la investigación y, sea presentada dentro de la oportunidad procesal para su incoación–, con la finalidad que dicho órgano jurisdiccional pueda otorgar medidas reparatoras, correctivas o protectoras a favor del afectado.

A mayor abundamiento, podemos exponer una definición de orden legal, de acuerdo a lo establecido en el artículo 71 del ordenamiento procesal, en esos términos, se entiende por petición de tutela, a la vía jurisdiccional incorporada al proceso penal mediante el cual el imputado (o, el recurrente, en términos genéricos) al considerar que durante la subetapa de diligencias preliminares o investigación preparatoria formalizada no se ha respetado u observado sus derechos o que es objeto de medidas limitativas indebidas o requerimientos ilegales –ante la ausencia de un mecanismo de protección reconocido en el estatuto procesal– puede instar dicha vía con el objeto que el juez de investigación preparatoria (en lo sucesivo, JIP) disponga la subsanación o dicte medidas de protección o corrección que correspondan.

- **Residualidad en el Perú:**

En el ordenamiento jurídico peruano, tenemos regulado los denominados procesos o acciones constitucionales –regulados a nivel supra legal, en el artículo 200 numeral 2 de la Constitución Política del Estado (Const.) y a nivel infra constitucional, en la Ley N.º 31307, Nuevo Código Procesal Constitucional (NCPconst), publicada en el diario oficial El Peruano el 23.07.2021–, lo importante a destacar, es que el cuerpo normativo antes citado, en su artículo 7 titulado: **Causales de improcedencia**, señala como causal de improcedencia para dichos procesos: [La existencia de] *“(...) vías procedimentales específicas, igualmente satisfactorias, para la protección del derecho constitucional amenazado o vulnerado, salvo cuando se trate del proceso de habeas corpus;* desarrollando de esa manera, el contenido del término **residual**, como criterio de procedencia para activar el **control constitucional** ante lesiones o amenazas de derechos de los ciudadanos, ejecutados por cualquier autoridad, funcionario o persona y, permitiéndonos así, mayores luces sobre la concepción del término residual en nuestro ordenamiento jurídico.

Para mayor abundamiento, el precedente del Tribunal Constitucional, –al interpretar la regulación del derogado código adjetivo constitucional–, refiere en la **STC. Expediente N.º 2383-2013-AA (f.j. 7) [Caso Elgo Ríos Núñez]** emitida el **12.05.2015**, que: *“(...) del inciso 2 del artículo 5 del Código Procesal Constitucional se desprende que procede acudir a la vía especial y urgente del amparo para solicitar la protección de derechos fundamentales si no existe una vía ordinaria (específica) que sirva de igual o mejor modo para la tutela de los mismos derechos: es decir, si no existe una "vía igualmente satisfactoria".*

En materia procesal penal, como bien expresa el AP N.º 04-2010/CJ-116 emitida el 16.11.2010, considerando 13 –doctrina judicial–: *“[la tutela] es residual, esto es, opera siempre que el ordenamiento procesal no especifique un camino determinado de reclamación por un derecho afectado”.*

Finalmente, una aproximación a la residualidad como principal característica de la solicitud de tutela, podemos definirla como el criterio determinante de verificación para activar la defensa de un derecho de orden constitucional o legal mediante la tutela de derechos, es decir, posterior a la verificación por parte del órgano jurisdiccional de la ausencia de una vía propia regulada en la norma procesal que permita la salvaguarda del derecho afectado, o, dicho de otro modo, ante la ausencia de una tutela específica regulada en nuestro Código Adjetivo; por tanto, funge como *ultima ratio* de defensa derechos y/o garantías de las partes procesales, ante la imposibilidad de existir derechos exentos de amparo.

1.3. Criterios no controvertidos en el presente estudio sobre tutela de derechos

A efectos de poder desarrollar con amplitud el tópico controvertido objeto de examen: ámbito de protección de los derechos vía tutela, resulta fundamental empezar esta empresa, con el análisis de los aspectos que consideramos ostentan un criterio unánime a nivel teórico-práctico en nuestro sistema proceso penal.

1.3.1. Finalidad

Es pertinente citar al Juez Supremo San Martín Castro (2020, p. 406) que describe a la finalidad de la tutela en los siguientes términos: *“la finalidad esencial de esta audiencia es la protección y resguardo de los derechos del imputado”* y agrega: *“el JIP se constituye como un juez de garantía durante la etapa de diligencias preliminares y la investigación preparatoria al ejercer funciones de control y protección de los derechos del imputado”*.

Por otro lado, Alva Florián con claridad meridiana expone que la tutela de derechos *se constituye en la mejor vía reparadora del menoscabo sufrido y que incluso puede funcionar con mayor eficiencia y eficacia que un proceso constitucional* (2004, p. 13), sin embargo, sin diferir en la premisa antes compartida, nos permitimos complementar esta, recordando lo expuesto por el artículo II del Título Preliminar del NCPconst sumillado: *finés de los procesos*

constitucionales, al dejar sentado que estos cumplen dos fines demarcados: **la vigencia efectiva de los derechos constitucionales y la supremacía constitucional**, en tal virtud, al ostentar la tutela, como fin principal y absoluto la defensa de los derechos constitucionales y/o legales del imputado lesionados dentro del marco del proceso, se respalda lo expuesto por el citado autor, y, – nos permitimos ampliar– **prevalece a un proceso constitucional** (léase: acción de hábeas corpus o amparo) **en la defensa de los derechos intraproceso** del recurrente.

A su turno, nuestro Supremo Tribunal expone en el AP N.º 04-2010/CJ-116, emitido el 16.11.2010, en su fundamento jurídico 11 (doctrina legal) la **finalidad** principal que ostenta dicha figura legal:

Fundamento 11: *“La finalidad esencial de la audiencia de tutela es, entonces, la protección, resguardo y consiguiente efectividad de los derechos del imputado reconocidos por la Constitución y las leyes”* y, agrega, en el mismo fundamento: *“en otras palabras, su finalidad esencial consiste en que el Juez determine, desde la instancia y actuación de las partes, la vulneración de al derecho o garantía constitucional prevista en la citada norma y realice un acto procesal dictando una medida de tutela correctiva, reparadora o protectora”*.

Para dar por concluido el presente numeral, podemos aseverar que la **finalidad que ostenta dicha figura legal** es fungir como el mecanismo constitucional *intraproceso* que puede ser utilizado por los sujetos procesales intervinientes en un proceso, **para el amparo para los derechos de orden supra legal y legal**, en caso **no presenten un mecanismo específico contemplado para su protección, resguardo y posible resarcimiento** ante la **lesión efectiva materializada** por los órganos investigadores (Ministerio Público y Policía Nacional del Perú).

1.3.2. Aspectos medulares en torno a la calificación de la acción de tutela

a) Respecto a la legitimidad conferida al juez para la realización del examen del contenido del derecho objeto de tutela:

Resulta necesario empezar describiendo lo expuesto en el **AP N.º 04-2010/CJ-116**, (f.j. **15 declarado doctrina legal**), al dejar claramente establecido que el **juez de garantías se encuentra legitimado para efectuar una calificación de la petición objeto de tutela**, a efectos de mayor precisión, compartimos el fragmento relevante:

*15. [El juez de investigación preparatoria] “(...) **Debe de realizar una calificación del contenido de la solicitud** porque eventualmente el agravio puede constituirse en irreparable si se cita a audiencia, por lo que en este caso excepcionalmente puede resolver de manera directa y sin audiencia. (...) **El Juez, por tanto, está habilitado para realizar un control de admisibilidad de la petición respectiva** y, en su caso, disponer el rechazo liminar, cuidando siempre de verificar cada caso en particular para no dejaren indefensión al imputado”.*

Conforme a lo antes expresado, podemos afirmar que se encuentra claramente legitimada la facultad que ostenta el juez de garantías respecto al examen del derecho o derechos que se presentan como objeto de tutela por parte del recurrente, sin embargo, debemos de poner a relieve si esta calificación es de orden: **admisorio** o de **procedencia**, o, si esta presenta un **carácter concurrente** y, asimismo, determinar en qué casos estamos frente a una u otra a efectos de una mayor precisión respecto a dicho examen.

b) Con relación a la calificación (examen) de la petición de tutela:

Sobre el particular, el AP N. 04-2010/CJ-116 –el mismo que declara doctrina legal, el fundamento jurídico 15– presenta una **redacción poco feliz**, al desarrollar la legitimidad del órgano judicial para calificar el contenido de la tutela, pues, por un lado, **expresa** que dicha **calificación** es a **nivel de admisibilidad**, y, posteriormente, le concede como consecuencia jurídica, la **improcedencia**:

Tabla 1 Fundamento para realizar la calificación de la acción de tutela

DESARROLLO JURISPRUDENCIAL	FORMULA EMPLEADA PARA LA CALIFICACIÓN DE LA ACCIÓN DE TUTELA	FUNDAMENTO JURÍDICO
AP N.º 04-2010/CJ-116º	<i>El juez, por tanto, está habilitado para realizar un control de admisibilidad de la petición respectiva y, en su caso, disponer el rechazo liminar, cuidando siempre de verificar cada caso en particular para no dejar en indefensión al imputado.</i>	Fundamento jurídico 15 (doctrina judicial)

Fuente: Acuerdo Plenario N.º 04-2010/CJ-116 (16.11.2010)

Elaboración propia (2022)

A nuestro juicio, es incorrecta la redacción que se utiliza en el citado acuerdo plenario, por los siguientes argumentos:

- En primer orden, la **admisibilidad** y **procedencia** de una petición de tutela son actos procesales comprendidos en el examen legitimidad de **orden formal**, que ostenta el juez de garantías ante su presentación; *contrario sensu*, la categoría de **fundabilidad** responde al conocimiento que tiene el órgano jurisdicción del fondo de la controversia y, que previa audiencia o inmediatamente –la posibilidad de emitir un pronunciamiento de iure conforme se desarrollará líneas abajo–, puede ser fundado o infundado en atención al menoscabo real (violación al derecho o derechos) que se haya presentado, esto es, de **orden fondal**.
- En segundo orden, la institución procesal de **admisión** e **improcedencia** guardan una **conceptualización distinta** y, por tanto, **efectos distintos ante el examen de orden formal realizado**, como bien anota Monroy Palacios, (2007, p. 302); **la primera**, “*el juez, –de oficio o de título de parte– expide una declaración provisional de invalidez por medio de la cual, sin concluir el procedimiento, otorga un plazo para remover el defecto que la provocó, por considerarse una situación subsanable*”; y, agrega: “*de producirse la subsanación, habrá nacido en el juez el deber de pronunciarse sobre el fondo de la cuestión. Por el contrario, agotada la oportunidad para sanear el vicio identificado con la declaración de inadmisibilidad, en razón del principio procedimental de preclusión*” y **la segunda**, “*sirve para*

denunciar la existencia de una invalidez cuyo defecto invocado es considerado insubsanable y, que, en consecuencia, al igual que la infundabilidad pone fin al procedimiento”.

A mayor abundamiento, podemos aseverar que la **fundabilidad** de una litis o conflicto jurídico (en términos generales), **se encuentra condicionada** a aquellos casos que **de manera previa se ha comprobado el cumplimiento** de los **presupuestos de orden formal** y han sido **superados**, por tanto, queda expedito para su conocimiento sustantivo (fondo de la causa), pudiendo ser este: **fundado** o **infundado**.

- En último orden, es preciso poner a relieve que en nuestro Código Procesal Penal, de una revisión de su articulado, nos permite advertir que el legislador ha incurrido en el citado error conceptual en múltiples casos, pues, en las diferentes incidencias (por citar un ejemplo concreto, en la presentación de recursos impugnatorios –405 del CPP– u ofrecimiento de prueba nueva en sede de impugnación 422 del CPP), utiliza la formula legislativa: **presupuestos para su admisión o admisibilidad**, empero, su incumplimiento presenta como consecuencia jurídica la **improcedencia**, pues, no están sujetos a la posibilidad de una **subsanción**; *ergo*, estamos inexorablemente ante **presupuestos de procedencia**.

Sobre particular, vale mencionar que esta errónea práctica legislativa se ve materializada de igual manera, en nuestro proceso civil, conforme lo desarrolla y demuestra el profesor, Juan José Monroy Palacios (ídem, p: 293:308).

c) Apuntes concretos sobre los pronunciamientos de la evaluación de orden formal de la petición de tutela:

De acuerdo con lo descrito en el párrafo anterior, **el juez está facultado de realizar un control sobre la petición objeto de tutela de orden formal**, el mismo que de una **correcta interpretación** de lo establecido como doctrina legal en los Acuerdos Plenarios N.º 04-2010 y 02-2012 pueden presentar dos pronunciamientos:

Tabla 2: Calificación de la solicitud de tutela

PRONUNCIAMIENTO	SUPUESTOS O ASPECTO ANALIZADO	BASE JURISPRUDENCIAL
INADMISIBLE	<p><u>Requisito de admisibilidad</u></p> <p>Acudir previamente a la autoridad competente (léase: fiscal) para la cesación de la afectación materializada.</p>	<ul style="list-style-type: none"> - AP N.º 02-2012/CJ-116 (f.j. 11 declarado doctrina legal). - Auto superior dictado en el Exp. N.º 02-2018-“4”, Lima (f.j. 7.1) emitida por la Sala Penal Especial (en adelante, SPE) el 16.10.2018.
	<p><u>Requisitos de procedencia:</u></p> <p>Estar dentro del espacio temporal (etapa de investigación preparatoria) que permite su incoación</p>	<ul style="list-style-type: none"> - AP N.º 04-2010/CJ-116 (ff.jj. 11 y 19 declarado doctrina legal). - Más recientemente, la Cas. N.º 1142-1017, Huancavelica (ff.jj. 17 y 18) dictado por la SPP el 25.05.2018, y la Cas. N.º 168-2016, Huancavelica, (f.j. 7.2) expedida por la Primera Sala Penal Transitoria (1SPT) el 15.06.2018.
IMPROCEDENTE	<p>No estar dentro de un supuesto de manifiesta intención del imputado o su abogado defensor de obstruir la investigación</p>	<ul style="list-style-type: none"> - AP N.º 04-2010/CJ-116 (f.j. 15 doctrina legal). - Auto superior dictado en el Exp. N.º 4-2018-15 (f.j. 2.7) emitida por la SPE el 04.11.2019.
	<p>El derecho pasible de tutela no presenta vía propia de protección (tutela específica)</p>	<ul style="list-style-type: none"> - AP N.º 04-2010/CJ-116 (ff.jj. 13 y 15 declarados doctrina legal).

Fuente: Jurisprudencia dictada por la Corte Suprema de Justicia de la República
Elaboración propia (2022)

Adicionalmente, es preciso aseverar que en atención a la **calificación** y **consecuencia jurídica** que ostenta cada una de las evaluaciones que realizará el juez de garantías, **resulta imprescindible** que se **realicen de manera correlativa** y **no simultánea**, es decir, primero, verificar el requisito de admisibilidad y, seguidamente, los presupuestos materiales de la acción de tutela.

Para concluir, tenemos que la **solicitud de tutela** es sometida a una **calificación** por parte del JIP de **tipo formal**, y, vale precisar que esta se lleva a cabo de forma **consecutiva**, pues, comprende, en **primer orden**, la verificación del cumplimiento del requisito de admisibilidad: *cesación del agravio a la autoridad competente* y, una vez superado este, continuar en **segundo orden**, con la evaluación de los presupuestos materiales de la acción de tutela: *ausencia en el estatuto procesal de vía propia para la protección del derecho afectado, que este comprendido dentro de la etapa de investigación preparatoria y que no se presente con la finalidad de obstruir la investigación*; **culminado** este estadio **de forma positiva**, el juez de la causa se encuentra expedito para emitir una **resolución de tipo fondal**.

d) Desarrollo de la calificación de la solicitud de tutela: a nivel formal

En las siguientes líneas, vamos a desarrollar como se cristaliza el **examen** que ejecuta el órgano jurisdiccional a **la solicitud de tutela** incoada por los recurrentes y de esa forma, con mayor pulcritud desarrollar como se materializa la comprobación del **requisito de admisibilidad** y los **presupuestos materiales** que ostenta dicha institución jurídica.

d.1) Sobre la verificación del requisito de admisibilidad y los supuestos que se pueden presentar:

La petición de tutela conforme a la doctrina legal emanada por el Supremo Tribunal peruano, demanda el cumplimiento de un **requisito de admisibilidad**, el mismo que presenta algunas peculiaridades que merecen un desarrollo individualizado, que a continuación realizamos.

- **La demanda o exigencia de la cesación del agravio:**

Conforme se ha expresado líneas arriba, tanto el **AP N.º 02-2012/CJ-116 (f.j. 11 doctrina legal)** y, más recientemente, ha sido reiterado dicho criterio, por la **Sala Penal Especial**, en el **Auto superior dictado en el Exp. N.º 02-2018-“4”, Lima (f.j. 7.1)** emitido el **16.10.2018**, dejando sentando que es un **requisito de admisibilidad**,

exigir previamente la cesación del agravio acaecido a la autoridad competente, esto es, el representante del Ministerio Público, no obstante, debe ponerse a relieve que **no se presenta algún formato preestablecido** para su cumplimiento, esto es, la **mera presentación del cese del agravio** en un **escrito simple**, da por cumplido dicho requisito, *ergo*, no es necesario **(incluso)** apercibir a la autoridad agravante que de no cesar con la lesión advertida se acudirá a la vía jurisdiccional a través de la petición de tutela.

- **En caso de incumplimiento del requisito de admisibilidad:**

Partiendo de la premisa, que es un requisito de admisibilidad el acudir previamente al despacho fiscal para que deje de lesionar el derecho que a juicio del sujeto procesal está siendo afectado, debemos de responder que sucede ante un incumplimiento de dicho presupuesto de admisión.

En nuestra opinión, el órgano jurisdiccional mediante auto motivado debe resolver la **suspensión de la tramitación de dicha incidencia** hasta que el sujeto procesal **cumpla** con requerir el cese a la autoridad agravante, de esta manera; **cumplida** con dicha formalidad, se puede presentar **tres supuestos:**

- **Primero:** el **despacho fiscal responde** la **solicitud de cese de agravio** y **declara ha lugar integralmente la pretensión** ante la afectación advertida por el recurrente, en tal virtud, el recurrente deberá comunicar al despacho judicial –con los anexos correspondientes– de lo suscitado, con la finalidad que **emita auto declarando la sustracción de la materia** por haberse cesado y reparado discrecionalmente la lesión por parte del fiscal agravante.

- **Segundo:** la autoridad agravante provea la solicitud interpuesta por la defensa técnica del sujeto procesal recurrente (o de este, interpuesto de manera directa) y la declare ha lugar parcialmente, o en su defecto, la defensa técnica no se encuentre satisfecho con lo argumentado o la medida correctiva, reparatoria o de protección aplicada, en ese sentido, comunicara la respuesta –con los anexos correspondientes–, y, además debe adjuntar escrito ampliatorio, con los argumentos por los cuales no se encuentra satisfecho de su resarcimiento o de la argumentación expuesta por el fiscal; estando así el estado de cosas, el juez de garantías deberá continuar con la revisión de los presupuestos materiales de la acción de tutela.

- **Tercero:** la autoridad agravante no responde la solicitud de cese de agravio presentada, en ese supuesto, comunicara dicha omisión al órgano jurisdiccional, que por la naturaleza del objeto materia de incidente: *defensa de un derecho lesionado por parte del recurrente*, consideramos pertinente aplicar el plazo que se exige –como requisito de admisibilidad– para la incoación de la solicitud de control de plazo de investigación preliminar en sede judicial descrito en el artículo 342º inciso 2 del CPP: “Si el fiscal no acepta la solicitud del afectado o fija un plazo irrazonable, este último podrá acudir al juez de la investigación preparatoria en el plazo de cinco días instando su pronunciamiento”, esto es, superados los cinco (05) días naturales o calendario para su respuesta, podrá acudir a la vía jurisdiccional y, materializándose dicho escenario, el juez de garantías con deberá continuar con el examen de los presupuestos materiales de la acción de tutela.

d.2) Sobre el control de los presupuestos materiales de la acción de tutela y los supuestos que se pueden presentar:

De acuerdo a una lectura integral de la doctrina judicial expuesta en el AP N.º 04-2010/CJ-116 y la jurisprudencia expedida por la Suprema Corte peruana, podemos advertir una línea jurisprudencial que describe los **presupuestos materiales** que ostenta la acción de tutela y, que en caso se presente su incumplimiento de uno o varios de ellos, en una determinada solicitud, fundará su rechazo liminar, por tal motivo, de ello nos ocupamos inmediatamente.

- **A modo preliminar:**

Se ha explicado anteriormente, que la **solicitud de tutela** es sometida a una **calificación** por parte del juez de garantías de **tipo formal** y, que esta se lleva a cabo de forma **consecutiva**, pues, comprende, en **primer orden**, la verificación del cumplimiento del requisito de admisibilidad: solicitud de cesación del agravio a la autoridad ultrajante y, **una vez superado este, se procede a la verificación** de los **presupuestos materiales** de la acción de tutela.

Adicionalmente, resulta necesario mencionar que, tanto a nivel doctrinal como jurisprudencial, los **presupuestos materiales** no presentan un orden de evaluación, pues, solo se menciona estos **como supuestos** ante los **cuales su incumplimiento o materialización**, según corresponda, fundará un **rechazo in limine** de la **solicitud de tutela**.

Sobre el particular, a nuestro juicio, en atención a la naturaleza y características inherentes a cada presupuesto, **podemos esbozar un orden de evaluación**, sin perjuicio de ello, debemos ser categóricos en expresar dos aspectos fundamentales: por un lado, que la **evaluación de estos debe ser concurrente**, esto es, deben ser superados cada uno de estos, pues, la **ausencia de uno** tendrá como efecto jurídico su rechazo liminar, y, por el otro, **reiterar** que no existe un **orden de evaluación** sentando a nivel doctrinal o jurisprudencial.

- **Con relación al primer presupuesto:** *oportunidad procesal de incoación.*

Referente a este presupuesto, debemos dejar sentado que la fundamentación sobre este tópico se encuentra en argumentos *infra* (**véase numeral 2.3.3.**), por tal razón, a efectos de no ser redundantes, solo nos limitaremos a replicar la conclusión arriba en el presente trabajo, la **oportunidad procesal** para promover la **petición de tutela** se circunscribe a la **etapa de investigación preparatoria** la misma que comprenda las subetapas de **diligencias preliminares e investigación preparatoria formalizada**, vale acotar que esta inicia con la **disposición de apertura de investigación preliminar** (artículos 329 y 330 del CPP) y culmina con la **emisión de la disposición de conclusión de investigación preparatoria** (artículo 343 del CPP), *ergo*, en todos los casos, instaurado debidamente un proceso de orden penal.

En consecuencia, ante la interposición de una **petición de tutela** que se **encuentre fuera del estadio procesal: investigación preparatoria**, consideramos que esta **debe ser rechazada liminalmente**, por el contrario, **si esta se encuentra dentro de la citada etapa procesal, debe darse por superado el presupuesto *sub comento*, generando que se proceda a evaluar el siguiente.**

- **Con relación segundo presupuesto:** *No estar dentro de un supuesto de manifiesta intención del imputado o su abogado defensor de obstruir la investigación*

Sobre el presupuesto bajo análisis, no vamos a profundizar, ya que se ha realizado ampliamente en numerales abajo (**cfr. numerales 2.3.6** de la presente tesis), sin embargo, consideramos necesario, desde este momento, dejar sentado algunas inferencias o aspectos relevantes:

- Primero: es **legítimo** que el **juez** realice una **labor de calificación** de la solicitud de tutela presentada y, que esta puede ser declarada **improcedente liminalmente** en caso se presente un

supuesto de mala fe procesal al advertirse que la única finalidad que esta presenta es la **obstrucción de la labor de investigación fiscal**, realizada por el fiscal encargado del proceso.

- Segundo: La declaración que la solicitud de tutela se encuentra en la causal de improcedencia antes descrita, debe ser **corroborada**, y, **debidamente fundamentada** por el juez de la causa, pues, de lo contrario inobservaría lo dispuesto por la doctrina legal de la Supremo Tribunal peruano siendo pasible de anulación la resolución judicial emitida.
- Tercero: Ante la ausencia del contenido de la causal: **obstrucción de la investigación** por parte del Código Adjetivo, es legítima y necesaria la aplicación supletoria de lo dispuesto por el Texto Único Ordenado del Código Procesal Civil (TUO del CPCP), Resolución Ministerial 010-1993-JUS publicado el 22.04.1993, que desarrolla los supuestos de temeridad y mala fe procesal, y, que, conforme a la doctrina peruana, podemos **inferir** que la citada causal es un **supuesto de mala fe procesal**.

En suma, al comprobarse que efectivamente la petición de tutela se presenta con la única finalidad de **obstruir la investigación** que está realizando el fiscal encargado del caso y, por consiguiente se advierte la **mala fe procesal** desplegada por el **recurrente**, esta debe ser declarada **improcedente liminalmente**, *contrario sensu*, no se materializa la citada causal, **debe darse por superado dicho presupuesto** y, en consecuencia, proceder a **evaluar** –en nuestra opinión– el **presupuestos material más importante** que ostenta la acción de tutela.

- **Con relación tercer presupuesto:** *El derecho pasible de tutela no presente vía propia de protección (tutela específica)*

Desde nuestro punto de vista, el presupuesto material: **residualidad**, o ausencia de mecanismo o mecanismos de protección regulados dentro del proceso en nuestro estatuto procesal, **constituye uno de los más relevantes en el incidente de tutela de derechos**, pues, se presenta como el **criterio determinante de verificación para activar la protección de un derecho de orden constitucional o legal mediante la solicitud de tutela**, es decir, posterior a la verificación por parte del órgano jurisdiccional de la **ausencia de una vía propia** regulada en la norma procesal que permita la salvaguarda del derecho afectado, se tendrá por satisfecho el citado presupuesto, *contrario sensu*, **ante la existencia de un mecanismo de tutela específica**, tendrá como consecuencia jurídica, su **rechazo liminar**.

Al respecto, consideramos necesario desarrollar con mayor profundidad los citados escenarios.

a) Existencia de una tutela específica contemplada en la norma procesal:

La materialización del presente escenario, genera una problemática no menor para el órgano jurisdiccional, pues, la **comprobación material** de que el **agravio deducido** por el recurrente ostenta un **mecanismo o vía procesal específica** de amparo (**tutela específica**), no cabe duda que genera su **rechazo liminar** para que sea materia de la **acción de tutela (tutela genérica)**, **aspecto que consideramos no controvertible**.

Sin perjuicio de ello, en atención a tres argumentos centrales:
(i) la equivalencia del juez constitucional y el JIP como **defensor** de los **derechos fundamentales** y, con mayor énfasis, de las **garantías** de orden constitucional y legal reconocidas expresamente en nuestro Código Adjetivo, a los sujetos procesales que forman parte de un proceso penal,

(ii) la observancia del **principio general del derecho *iura novit curia***, latinazgo que nuestra lengua madre es: ***el juez conoce el derecho*** y (iii) la observancia del principio ***pro actione***, fundamentan la exigencia que el **incidente** debería ser **reconducido a la vía procesal que corresponda**, empero, esta **reconducción no puede ser automática**, debe respetar las **formalidades** que ostente la **tutela específica** para su tramitación, y, posteriormente, para la defensa del derecho afectado, en ese sentido, vamos a desarrollar de forma pormenorizada los supuestos que se pueden presentar.

a.1. Notas preliminares

Al respecto, debemos mencionar que el estatuto procesal reconoce **mecanismos específicos de defensa de derechos** en **determinados supuestos de afectación**, por citar algunos ejemplos concretos: (i) la solicitud de control de plazo de investigación preliminar y preparatoria formalizada (334 y 343 del CPP), (ii) la denegatoria de diligencias sumariales (337 inciso 5 del CPP), (iii) la solicitud de examen mental al investigado y la incoación del proceso de seguridad (artículo 75 y 76 del CPP), (iv) variación y reexamen de lo incautado (artículo 319 del CPP), (v) la **reposición de plazo** (145 del CPP), **entre otros**, de esa manera, a esta instancia, podemos aseverar que se encuentran regulados en el Código Adjetivo, **instituciones jurídicas de salvaguarda de derechos** de los **sujetos procesales distintos** a la **tutela de derechos** y, además, que se presenta una **pluralidad** de esta tipología, denominada –a nuestro entender de manera más acertada– **tutela específica**.

En ese orden de ideas, Cesar Nakasaki en la exposición titulada: *El control de la imputación y la tutela de derechos*, publicada en vivo por LP Pasión por el Derecho (2021,

05min43s), **asegura** que “nuestro ordenamiento procesal presenta **cuatro tipos de tutela de derechos** y están son las siguientes: **tutela genérica o amplia** (art. 71 del NCPP), **tutela específica inadmisión de actos de investigación** (art. 337 del NCPP), **tutela específica control de plazo de inv. preliminar** (334 del NCPP) y **tutela específica control de plazo de investigación preparatoria**” (343 del NCPP).

A diferencia de la tesis antes referida, el suscrito, es de la opinión, que en nuestro ordenamiento procesal se presenta **únicamente dos tipos de tutela de derechos**:

- **Tutela genérica:** la misma que contempla **dos teorías** una de corte restringida los derechos descritos en el artículo 71.2 del CPP y otra de corte amplia, todo derecho que no contemple vía específica para la defensa de un derecho lesionado.
- **Tutela específica:** diversos artículos contemplados en nuestro estatuto procesal para la defensa de derechos lesionados de manera específica.

El fundamento de la premisa es concreto, nuestra norma adjetiva contempla una **pluralidad de instrumentos de amparo de derechos lesionados** –conforme se ha acreditado párrafos arriba–, en ese sentido, se descarta la tesis adoptada por Nakasaki Servigón (ídem, 05min43s) de **solo cuatro tipos de tutela de derechos**, dicho de otro de manera, **desde una lectura integral del estatuto procesal**, nos permite afirmar que ante la **pluralidad de mecanismos de tutela específicos** y la **divergencia de la defensa de derechos lesionados**: **tutela específica**, o, ante su defecto, la activación de la **tutela genérica o amplia**, son razones que permiten que prevalezca la división propuesta por el autor: **tutela específica y genérica o amplia**.

Habiéndose acreditado la pluralidad de mecanismos de **tutela específica** que regula nuestro cuerpo normativo procesal, ante la materialización de una **afectación o agravio** de un **derecho de un sujeto procesal**, cabe la posibilidad que por **desconocimiento de esta vía procesal específica** o **por error en la interpretación del articulado procesal por parte del operador jurídico**, active la **tutela de derechos** de tipo **genérica o amplia**, cuando lo que corresponde es la **tutela específica**, pues, se presenta un mecanismo procesal específico de amparo.

Al materializarse el escenario antes puntualizado, no cabe duda que la solicitud tiene como efecto su **rechazo liminar** para que sea materia de la **acción de tutela (tutela genérica)**, **aspecto que consideramos no controvertible**, empero, creemos que **además**, por la naturaleza de la **solicitud** (lesión de un derecho), **debería ser reconducido a la vía procesal que corresponda** y, como se afirmó líneas arriba, esta **reconducción no puede ser automática**, debe respetar las **formalidades** que ostente la **vía procesal establecida** para la defensa del derecho afectado, en ese sentido, vamos a desarrollar de forma pormenorizada los supuestos que se pueden presentar.

a.2. En caso no se contemple presupuestos formales para la admisión de la tutela específica activada

No cabe duda que nuestro ordenamiento procesal contempla múltiples mecanismos específicos de amparo para la salvaguarda de derechos, sin embargo, **en muchos de estos casos, el legislador peruano ha optado por no establecer presupuestos formales para su admisión**, en dicho supuesto, consideramos que el juez de garantías **debería reconducir el incidente a la vía procesal que corresponde**

y, por consiguiente, emitir un **pronunciamiento fondal** en este.

Ahora, enumeraremos supuestos de **tutela específica** que no ostenta requisitos formales para su presentación y admisión:

- La *solicitud de control de plazo de investigación preparatoria formalizada* descrita en el artículo 343 inciso 2 del CPP, sumillado: **Control de plazo**, presenta la siguiente redacción:

“2. Si vencidos los plazos previstos en el artículo anterior el Fiscal no dé por concluida la Investigación Preparatoria, las partes pueden solicitar su conclusión al Juez de la Investigación Preparatoria. Para estos efectos el Juez citará al Fiscal y a las demás partes a una audiencia de control del plazo, quien luego de revisar las actuaciones y escuchar a las partes, dictará la resolución que corresponda”.

En tal virtud, se ha demostrado que una vez violentado el **derecho al debido proceso** en su manifestación de **plazo razonable** por parte del fiscal provincial, las **partes procesales** pueden presentar su **solicitud correspondiente**, sin el cumplimiento de algún **requisito de forma** para dicho interposición, por tanto, en el supuesto que un recurrente por alguna razón (error o desconocimiento técnico-jurídico) presente una **solicitud** para la defensa del citado derecho instando la **tutela genérica**, el juez de garantías **debe** declarar **improcedente** la defensa de este derecho mediante esa vía procedimental y, **reconducirla** a la **vía específica** establecida por el estatuto procesal: **control de plazo de investigación preparatoria**, por consiguiente, emitir el pronunciamiento que corresponde, en este caso,

la programación de audiencia correspondiente.

- La solicitud de examen mental al investigado y la incoación del proceso de seguridad, el que se encuentra regulado en los **artículos 75 y 76 del CPP**, el primero, para la existencia de una anomalía psíquica precedente a la comisión delictiva y el segundo, en casos que sobrevenga la inimputabilidad del investigado posterior a la realización del delito cometido; en ese sentido, para mayor precisión, compartimos en un cuadro comparativo los citados artículos:

Tabla 3: Supuestos para incoar el proceso de seguridad

Artículo 75 del CPP Inimputabilidad del procesado	Artículo 76 del CPP Anomalía psíquica sobrevenida
<p>“1. Cuando exista fundada razón para considerar el estado de inimputabilidad del procesado al momento de los hechos, el Juez de la Investigación Preparatoria o el Juez Penal, colegiado o unipersonal, según el estado de la causa, dispondrá, de oficio o a pedido de parte, la práctica de un examen por un perito especializado.</p> <p>2. Recibido el informe pericial, previa audiencia, con intervención de las partes y del perito, si el Juez considera que existen indicios suficientes para estimar acreditado el estado de inimputabilidad del procesado, dictará la resolución correspondiente instando la incoación del procedimiento de seguridad según lo dispuesto en el presente Código”.</p>	<p>“1. Si después de cometido el delito le sobreviene anomalía psíquica grave al imputado, el Juez de la Investigación Preparatoria o el Juez Penal, colegiado o unipersonal, ordenará, de oficio o a solicitud de parte, la realización de un examen por un perito especializado. Evacuado el dictamen, se señalará día y hora para la realización de la audiencia, con citación de las partes y de los peritos.</p> <p>2. Si del análisis de lo actuado, el órgano jurisdiccional advierte que el imputado presenta anomalía psíquica grave que le impide continuar con la causa, dispondrá la suspensión del proceso hasta que el tratamiento de la dolencia haga posible reiniciarlo. Si fuere necesario, ordenará su internamiento en un centro hospitalario especializado (...)”.</p>

Fuente: Código Procesal Penal (publicado en el diario oficial El Peruano el 29.07.2004)

Elaboración propia (2022)

Por lo expuesto, se protege el **principio-derecho de debido proceso** en su manifestación de **legalidad procedimental** y el de **proporcionalidad** en la **aplicación** de la **consecuencia jurídica aplicable** por el delito cometido, conforme al estado de **imputabilidad** que ostenta el investigado y, conforme se advierte de la base legal antes compartida, la **solicitud** para que se **practique un examen mental** al investigado (inimputable en el momento del hecho punible o por sobrevenir a esta) no exige el **cumplimiento de ningún presupuesto formal**, el mismo que, una vez determinada su **inimputabilidad** deberá incoarse el **proceso de seguridad**, por ende, ante una **errónea petición de tutela** de los derechos antes descrito en empleo de la **tutela genérica**, el juez debe rechazar dicha solicitud decretando su improcedencia, y, además, resulta legítimo que la reconduzca a la vía correspondiente, que es una **tutela específica** para que emita el pronunciamiento que corresponde, en este supuesto, uno de **tipo fondal**, si existen indicios para practicar un examen mental al investigado.

Finalmente, reiteramos la tesis esbozada preliminarmente, ante la comprobación que el **derecho** (presuntamente) afectado **deducido por el recurrente** es instado para su defensa, a través de la petición de tutela (**genérica**), consideramos que el juez de garantías **debería reconducir el incidente** a la **vía procesal que corresponde** y, al advertir que dicha **tutela específica** carece de **presupuestos formales para su admisión y/o presentación**, se encuentra legitimado a emitir un **pronunciamiento fondal** en esta incidencia.

a.3. En caso se contemple presupuestos formales para la admisión de la tutela específica activada

A diferencia del supuesto antes desarrollado, se puede presentar el siguiente caso, en efecto el recurrente solicita la protección de un derecho que ostenta vía propia, en ese sentido, no cabe la **tutela de derecho genérica**, por consiguiente, debe ser declarada improcedente esta y, conforme se ha expuesto numerales arriba, debe ser reconducida a la vía que corresponda, empero, la **tutela específica** establecida para el amparo del derecho (presuntamente) lesionado **exige el cumplimiento de requisitos formales** para su **admisión**, lo que **origina** que el despacho judicial, realice la **calificación de la solicitud** a efectos de determinar si en el caso en concreto, estas se han satisfecho.

Por añadidura, citamos algunos ejemplos en los cuales el legislador peruano, contempla **vías procedimentales específicas** de amparo de derechos y, que presentan **requisitos o presupuestos formales** para su **admisión**:

- (i)** la solicitud de control de plazo de investigación preliminar (334 del CPP)
- (ii)** denegatoria de diligencias sumariales (337.4 del CPP)
- (iii)** reposición de plazo (artículo 145 del CPP), entre otros.

En los **dos primeros casos**, se ha establecido que el solicitante previamente acuda al órgano agravante, por la naturaleza de los derechos objeto de protección (**en el primero**, el plazo razonable y, **el segundo**, el derecho a probar) este es el fiscal encargado del caso, a efectos de que

cese con su agravio, en caso omisión de respuesta o que el solicitante no quede satisfecho puede incoar la vía jurisdiccional, y, con relación **al último caso**, se exige requisitos de forma, plazo, justificación de la solicitud y elementos de convicción que la fundamenten.

Definitivamente, si el derecho agraviado presenta una **tutela específica** y, –conforme a los casos antes desarrollados– esta vía ostenta **presupuestos formales** para su admisión, lo que corresponde es que **una vez decretada la improcedencia** de la **tutela genérica** y la **reconducción al procedimiento específico**, el juez de la causa realice una **examen de calificación** para comprobar el cumplimiento de los requisitos establecidos para esta **vía específica** de amparo, y, en caso estos se hayan **satisfecho**, emitir un **pronunciamiento** de tipo **fondal**: programando la audiencia que correspondiente [caso **(i)**] o dilucidando la causa de forma material [casos **(ii)** y **(iii)**].

b) Ausencia de tutela específica contemplada en el código adjetivo:

Una vez realizada la verificación por parte del órgano jurisdiccional de **la ausencia de una vía propia regulada** en la norma procesal que permita la salvaguarda del derecho afectado, o, dicho de otro modo, ante la **ausencia de una tutela específica** regulada en nuestro Código Adjetivo; se activa la protección a través de la **acción de tutela (genérica o amplia)**, pues, reiteramos, esta funge como *ultima ratio* de defensa derechos y/o garantías de las partes procesales, ante la imposibilidad de existir derechos exentos de amparo.

Luego de verificado este presupuesto, y, habiendo sido superado, lo que resta es continuar con el **examen de orden fondal** por parte del juez de garantías, es decir, si es **aplicable** en el caso en concreto un **pronunciamiento** que resuelva el incidente promovido de forma

definitiva el mismo que puede ser **de tipo inmediato o diferido –posterior a la audiencia correspondiente–**.

Para finalizar el presente literal, ha quedado acreditado que **realizado** el **examen de forma** a la **petición de tutela interpuesta** por el solicitante, **advirtiéndose el cumplimiento del requisitos de admisibilidad: solicitud de cese del agravio** y, además, **superando los presupuestos materiales: (i) oportunidad procesal, (ii) no intención de obstruir la investigación y (iii) residualidad**, que presenta esta figura legal, el juez de la causa queda **expedito** para emitir un **pronunciamiento fondal** en la incidencia (**de tipo inmediato o diferido –posterior a la audiencia correspondiente–**), en los términos que a continuación se desarrollan.

e) Desarrollo de la calificación de la petición de tutela de derechos: a nivel fondal

Conforme se puede advertir en párrafos *supra*, habiéndose **cumplido** con el **presupuesto de orden formal y presupuestos materiales**, el juez de garantías se encuentra **expedito para conocer a nivel fondal la causa**, sin embargo, debemos de mencionar que este mismo **debe** realizar una **calificación de la tutela de tipo fondal (de oficio o instancia de parte)** a efectos de determinar la **naturaleza, el agravio y el grado de irreparabilidad de la lesión** que se puede presentar, pues de esto dependerá que sea **legítimo** la **emisión** de un **pronunciamiento inmediato o diferido**

Lo antes aseverado, que el órgano jurisdiccional **de oficio a solicitud de parte** puede **emitir pronunciamiento *ipso iure* sin la realización de audiencia previa; encuentra un respaldo jurisprudencial**, conforme a los términos establecidos en el AP N.º 04-2010/CJ-116 (f.j. 15 declarado doctrina legal), a mayor abundamiento, compartimos integralmente el fundamento citado:

“Fundamento 15: [El juez de investigación preparatoria] «(...) **Debe de realizar una calificación del contenido de la solicitud porque eventualmente el agravio puede constituirse en irreparable si se cita a audiencia, por lo que en este caso excepcionalmente puede resolver de manera directa y sin audiencia**».

En la misma línea jurisprudencial y, citando el mencionado Acuerdo Plenario, lo expuesto por la **Primera Sala Penal de Apelaciones Nacional Permanente Especializada en Delitos de Corrupción de Funcionarios**, en la **Resolución N.º 03 – auto de segunda instancia (f.j. 6.7)** emitida el **18.11.2019** [*Caso Nadine Heredia Alarcón*] tramitado en el **Expediente N.º 03-2017-10-5002-JR-PE-02-**

Por lo antes expresado, podemos aseverar inexorablemente que, ante **el examen del contenido del derecho pasible de tutela** por parte del órgano jurisdiccional, ante la **naturaleza, el agravio** y el **grado de irreparabilidad de la lesión** que se puede presentar, puede presentarse dos supuestos:

- En atención a la naturaleza del agravio, **emitir un pronunciamiento de iure**, ya que, este puede devenir en irreparable.
- De no estimar necesario un pronunciamiento inmediato, conforme a la agenda judicial, deberá **llevarse a cabo la audiencia respectiva**, a efectos de emitirse a la culminación de esta, **el auto correspondiente**.

Concluyentemente, podemos afirmar que se encuentra reconocido **como doctrina legal** que el **juez de investigación preparatoria debe** realizar un **examen al contenido** de la petición de tutela **de tipo fondal** a efectos **de establecer la naturaleza del agravio deducido**, de esa forma, poder **emitir un pronunciamiento inmediato** o justificar las razones por las cuales ante no presentarse **irreparabilidad del agravio deducido, convoca a la audiencia correspondiente**, asimismo, que el **examen de orden fondal**, debe realizarse sin necesidad que la parte recurrente lo peticione, **puede realizarse de oficio**, sin embargo, es importante recordar que *poder que no se ejerce, se pierde*, en ese sentido, los operadores jurídicos deben instar un pronunciamiento de **iure** en tanto en cuanto adviertan que el **agravio puede devenir en irreparable** sino recibe una protección inmediatamente.

1.3.3. Oportunidad procesal para incoar la audiencia de tutela

El proceso penal común peruano, (esto es, los procesos simples y los procesos especiales como los de ejercicio de la acción privada, terminación anticipada, de faltas, entre otros), regulado conforme a los términos desarrollados en el CPP, presenta tres etapas claramente definidas y delimitadas: *la investigación preparatoria* (conformada por la subetapa de diligencias preliminares e investigación preparatoria formalizada), *etapa intermedia* y *juzgamiento* o denominada también *juzgamiento*.

Sobre el particular, el profesor Arsenio Oré (2015, tomo I, p. 15 y 16) enseña que a diferencia del Código de Procedimientos Penales –que adopta un sistema inquisitivo y presenta dos etapas: “*la instrucción o periodo investigador y el juicio, que se realiza en instancia única*”. conforme al artículo I del TP del CdPP)–, el proceso penal conforme al texto vigente del Código Procesal Penal, “*ha configurado formalmente el proceso penal en tres etapas claramente diferenciadas: la investigación preparatoria, fase intermedia y juzgamiento*”; sin embargo, coincidimos totalmente, cuando agrega con mayor precisión, que a lo largo del iter procesal, podemos advertir hasta seis etapas y estas son la siguientes:

“Es posible distinguir hasta seis fases: 1. Investigación preliminar o de diligencias preliminares, que, comprende la investigación llevada a cabo por la Policía o el Ministerio Público, antes de la emisión de la disposición de formalización y continuación de la investigación preparatoria; 2. La investigación preparatoria, que comprende los actos de investigación llevados a cabo por el fiscal, bajo la supervisión del juez de la investigación preparatoria; 3. La fase intermedia, que es la fase de saneamiento en relación a la decisión fiscal de formular acusación o requerir el sobreseimiento, a efectos de continuar con el proceso hacia la siguiente etapa o, en su caso, archivarlo; 4. La fase de juzgamiento, que comprende todo el desarrollo del juicio hasta la sentencia; 5. La fase de impugnación, y; 6. La fase ejecución”.

A efectos de pronunciarnos sobre el espacio temporal en el cual se puede promover esta figura legal, **en primer orden**, debemos exponer lo establecido en nuestro código adjetivo, pues, este tópico si encuentra un desarrollo expreso en el artículo 71 inciso 1 del CPP, el cual presenta la siguiente formulación:

“Artículo 71.- Derechos del imputado:

1. El imputado puede hacer valer por sí mismo, o a través de su Abogado Defensor, los derechos que la Constitución y las Leyes le conceden, desde el inicio de las primeras diligencias de investigación hasta la culminación del proceso”.

En ese sentido, a **nivel legislativo** podemos advertir una indicación expresa de la **oportunidad procesal** en la cual **resulta admisible** la promoción de la acción de tutela, **en segundo orden**, y, siguiendo la formulación legislativa antes descrita, a **nivel jurisprudencial** tenemos lo expresado por el AP N.º 04-2010/CJ-116, emitido el 16.11.2010, el cual en sus **fundamentos jurídicos 15 y 19 –declarados doctrina legal–** expone con claridad meridiana el criterio a seguir respecto al espacio temporal de procedencia para dicha figura legal:

***Fundamento 11:** “(...) Desde esta perspectiva, el JIP, se erige en un juez de garantías durante las diligencias preliminares y la investigación preparatoria ejerciendo su función de control de los derechos ante la alegación del imputado de que se ha vulnerado uno o varios de sus derechos reconocidos específicamente en el artículo 71 del NCPP (...).”*

***Fundamento 19:** “(...) la vía tutela judicial solo podría hacerse efectiva durante las diligencias preliminares y en la investigación preparatoria propiamente dicha”.*

Más recientemente, el Supremo Tribunal peruano ha **replicado** el criterio antes esbozado, vale decir, que la **procedencia** de solicitud de tutela se circunscribe a la etapa de **investigación preparatoria**, conforme a las siguientes ejecutorias supremas:

- Casación N.º 14-2010, La Libertad (f.j. 8) emitida por la SPP el 05.07.2011.
- Casación N.º 1142-1017, Huancavelica (ff.jj. 17 y 18) dictada por la SPP el 25.05.2018.
- Y, finalmente, la Casación N.º 168-2016, Huancavelica (f.j. 7.2) expedida por la 1SPT el 15.06.2018., sin embargo, esta merece una especial mención, pues, en la citada ejecutoria, se deja claramente sentado la **imposibilidad de intervención del juez de garantías ante actos**

administrativos por estar fuera de una **investigación penal per se**, para mayor claridad compartimos el extracto relevante:

“Fundamento 7.2.: “en atención al precepto normativo [artículo 71 del CPP], la tutela de derechos es una institución procesal destinada a la protección, resguardo y consiguiente efectividad de los derechos de imputado, durante las diligencias preliminares y la investigación preparatoria, donde el juez de investigación se erige como un juez de garantías, que interviene para proteger los derechos del imputado; ello se tiene que dar en el marco de una investigación penal; no obstante, en el caso de autos nos encontramos ante un procedimiento administrativo; por ende los presentes hechos no pueden ser controlados por el juzgado de investigación preparatoria”.

Por las consideraciones antes desarrolladas, podemos aseverar inequívocamente que la **oportunidad procesal** para promover la **petición de tutela** se circunscribe a la **etapa de investigación preparatoria** la misma que comprenda las subetapas de **diligencias preliminares e investigación preparatoria formalizada**, vale acotar que esta inicia con la **disposición de apertura de investigación preliminar** (artículos 329 y 330 del CPP) y culmina con la **emisión de la disposición de conclusión de investigación preparatoria** (artículo 343 del CPP), *ergo*, en todos los casos, dentro de un proceso penal.

1.3.4. Sujetos legitimados para promover la petición de tutela

De acuerdo con la **ubicación legislativa** que presenta la institución jurídica procesal objeto de estudio –**está prevista** en la Sección cuarta, “*El Ministerio Público y los demás sujetos procesales*”, Capítulo Primero “*El imputado*”, Título II “*El imputado y el abogado defensor*” del Libro Primero “*Disposiciones Generales*” del Código Procesal Penal–, permitieron que un sector de la doctrina peruana, pueda argumentar que el **único sujeto legitimado** para incoarla es el **imputado** y, en razón a las facultades de representación, el **abogado defensor**, por citar ejemplos concretos lo expuesto por Coaguila Valdivia (2013 p. 23 y 24) el profesor Mario Pablo Rodríguez Hurtado en la entrevista realizada por Canal Alerta Informativa (2011, 02m03s) y el juez superior Jorge Fernando Bazán Cerna (2011, p. 72).

En nuestra opinión, resulta incorrecta la citada posición, de acuerdo a los siguientes argumentos:

- **A nivel legislativo**, se ha dejado claramente expuesto en nuestro título preliminar del estatuto procesal, unas **pautas de interpretación** para el articulado que este presenta, en ese sentido, debemos resaltar lo siguiente:

“Artículo I.- Justicia Penal

(...) 3. Las partes intervendrán en el proceso con iguales posibilidades de ejercer las facultades y derechos previstos en la Constitución y en este Código. Los jueces preservarán el principio de igualdad procesal, debiendo allanar todos los obstáculos que impidan o dificulten su vigencia.

Artículo VII.- Vigencia e interpretación de la Ley procesal penal

(...) 3. La Ley que coacte la libertad o el ejercicio de los derechos procesales de las personas, así como la que limite un poder conferido a las partes o establezca sanciones procesales, será interpretada restrictivamente. La interpretación extensiva y la analogía quedan prohibidas mientras no favorezcan la libertad del imputado o el ejercicio de sus derechos”.

De igual manera, es preciso resaltar que el articulado que guarda relación con los **derechos** que ostentan las diferentes **partes procesales** comprendidas en un litigio penal:

- Con relación al agraviado: Artículo 95.- Derechos del agraviado del CPP.- “1. El agraviado tendrá los siguientes derechos (...). c) **A recibir un trato digno y respetuoso por parte de las autoridades competentes, y a la protección de su integridad, incluyendo la de su familia (...)**”.
- Con relación al actor civil: Artículo 104.- Facultades del actor civil del CPP.- “**El actor civil, sin perjuicio de los derechos que se le reconocen al agraviado, (...) y formular solicitudes en salvaguarda de su derecho**”.
- Con relación a la persona jurídica: Artículo 93 del CPP.- Derechos y garantías.- “1. **La persona jurídica incorporada en el proceso penal, en lo concerniente a la defensa de sus derechos e intereses legítimos, goza de todos los derechos y garantías que este Código concede al imputado**”.
- Con relación al tercer civil responsable: Artículo 113 del CPP.- Derechos y garantías del tercero civil.- “**El tercero civil, en lo concerniente a la defensa de sus intereses patrimoniales goza de todos los derechos y garantías que este Código concede al imputado**”.

Por lo expuesto, no cabe duda que a nivel legislativo, en observancia del **principio-derecho de igualdad procesal** que contiene el **derecho de igualdad de armas** y, conforme a la **interpretación de la ley procesal** que **exige** como **pauta de interpretación**, la proscripción de una **interpretación de carácter restrictivo** en tanto en cuanto **restringa o limite derechos**, podemos concluir que dicho **instrumento legal no es exclusivo del imputado** (y, su abogado defensor) por el contrario, es extensible para los **sujetos procesales restantes**, esto es, el **fiscal encargado del caso**, la **víctima**, el **actor civil**, la **persona jurídica** y el **tercero civil responsable** –en este último caso, en el extremo de la tutela de sus intereses patrimoniales–.

- **A nivel jurisprudencial:** Resulta necesario comentar lo expuesto por el Tribunal Constitucional peruano (en adelante, **TC**), en la **STC. Expediente N.º 3631-2011-PA, Puno** emitido en fecha **16.04.2013**, al tener incidencia directa en la facultad que ostenta un **sujeto procesal** (distinto al imputado) en promover audiencia de tutela.

En dicho proceso constitucional, el recurrente pone de manifiesto el rechazo liminar que ha sufrido tanto en sede **intraproceso (penal)** ante la presentación de su **solicitud de tutela** –siendo rechazada en primera instancia y confirmada por el Superior Jerárquico– y a nivel **constitucional**, siguiendo la misma suerte (rechazada en primera como en segunda instancia), por dicho motivo, es que interpone el **recurso de agravio constitucional** contra la **Resolución s/n** emitida por la **Sala Civil** de la **CSJ** de **Puno** el **25.07.2011**.

Al respecto, expone en la citada **Sentencia**, en el **fundamento 5** lo siguiente:

*“5. En el presente caso, el pronunciamiento judicial del rechazo liminar de la demanda resulta impertinente, toda vez que, a diferencia de lo considerado por las instancias judiciales, este Tribunal considera que el presente caso no se trata de una pretensión de mera legalidad –consistente en la correcta interpretación legal del código procesal penal– sino que se trataría de una interpretación restringida de dicho Código, atentatoria del derecho a la igualdad de armas entre las partes, **que lo impediría al actor (civil) acudir al órgano jurisdiccional en caso que el Ministerio Público atente contra sus derechos en el marco de la investigación preparatoria que describe.** 6. En consecuencia, **resulta necesario corregir el error en el juzgar de las instancias judiciales inferiores**, debiéndose revocar la resolución de primera instancia a fin de que se admita a trámite la demanda y se emita el pronunciamiento constitucional que corresponde al caso, de conformidad con la Constitución y la ley”.*

Conforme al tener expositivo de la **STC**, podemos emitir las siguientes ideas finales:

- Primero, censura el rechazo liminar que ha realizado tanto las instancias judiciales **intraproceso** –a través de las resoluciones emitidas dentro del proceso penal en el cual es parte el demandante (de la acción de amparo), en su calidad de **actor civil**–, como **extraproceso** –estas últimas emitidas en el proceso constitucional incoado–.
- Segundo, a su criterio, el caso no versa únicamente en la **pretensión** del recurrente de que se realice una interpretación de legalidad del artículo en cuestión (el artículo 71 del CPP y su ubicación legislativa), pues, estaríamos ante una interpretación y análisis restringido, por el contrario, resulta necesario una interpretación integral del código adjetivo en materia procesal penal.
- Tercero –y, con mayor relevancia para los fines de esta investigación–, puntualiza que realizar una interpretación restringida para dilucidar la presente causa, no observaría el **principio de igualdad de armas** e impediría que un **sujeto procesal** (distinto al imputado, en este caso el **agraviado**) puede acudir al **control judicial** para denunciar **violación a sus derechos**.
- Cuarto, **compartimos parcialmente** la **parte resolutive** de la **sentencia sub comento**, pues, **coincidimos** respecto al **error incurrido** en el **rechazo liminar** realizado por las instancias inferiores y nos parece correcto el fundamento en que se rebate dicha posición, empero, **censuramos** la **omisión** de pronunciarse sobre el **fondo de la causa** conforme lo habilita el artículo 18 y 19 del derogado Código Procesal Constitucional (CPC derogado), Ley N.º 28237 publicado en el diario oficial El Peruano 31.05.2004 –vigente al momento de emitirse dicha sentencia– y la jurisprudencia del mismo Supremo Intérprete de la Constitución.

En virtud de lo expuesto, podemos aseverar que el criterio expuesto por el **TC** peruano es **admitir** la posibilidad que un **sujeto procesal** (distinto al imputado) –en el caso en concreto, **agraviado**– pueda **instar** la **audiencia** de tutela de derechos **durante la investigación preparatoria** en tanto en cuando considere la **afectación** a sus derechos por parte del **Ministerio Público** (y, por extensión, la **Policía Nacional del Perú**).

Recientemente, el **Órgano Supremo de Interpretación Constitucional**, ha ampliado el criterio esbozado primigeniamente, y, establece que **cualquiera de los sujetos procesales comprendidos** en una **investigación** puede presentar una **acción de tutela**, a efectos de controlar el accionar desplegado por el despacho fiscal, este ha sido materializado en la **Sentencia** emitida en la sesión del **Pleno N.º 626-2021**, de fecha **13.05.2021** en el **Expediente N.º 00788-2020-PA, Huara (f.j. 15)**, a efectos de mayor precisión compartimos integralmente dicho fundamento:

*“No obstante ello, el Tribunal Constitucional recuerda que de acuerdo con lo establecido por el artículo 358 del Código Procesal Civil –de aplicación supletoria– el recurrente [en el caso, un **agraviado**] **tiene el deber de utilizar el recurso que corresponda**; y, de otro lado, **que en el marco de las diligencias preliminares y la investigación preparatoria, a fin de preservarse el principio de igualdad procesal, cualquiera de los sujetos procesales o partes involucradas pueden cuestionar y controlar mediante tutela de derechos el ejercicio regular de las funciones del fiscal como titular de la acción penal frente al juez de garantías (artículos 1.3 del Título Preliminar y 71, inciso 4, del Nuevo Código Procesal Penal)**”.*

Al interpretar el criterio esbozado por el TC, podemos advertir lo siguiente:

➤ **Criterio general:**

Cualquier **sujeto procesal** comprendido en una investigación **puede incoar** la **petición de tutela**, el **fundamento** de esta posición adoptada es la observancia del **principio de igualdad**

procesal y la **facultad (necesidad)** de **controlar** el **ejercicio regular** de las **funciones atribuidas** al representante del Ministerio Público (esto es, interpretando en negativo, la falibilidad en la que puede incurrir al desarrollo de sus competencias).

➤ **Criterio específico (hechos que promovieron la acción de amparo y, generaron el fallo constitucional analizado):**

Ante la **inadmisibilidad o improcedencia** del recurso de **elevación de actuados** (conforme al artículo 334 inciso 5 del CPP) –que ostenta el **denunciante y agraviado** para la revisión de la **decisión fiscal de archivo** de la **investigación preliminar o formalización de investigación preparatoria o reserva de la investigación** dictado en sede de investigación preliminar o formalizada–, **procede** la promoción de la **audiencia de tutela de derechos**.

En conclusión, la línea jurisprudencial adoptada por el **Tribunal Constitucional**, es **autorizar** que cualquier sujeto procesal (**distinto al imputado**) pueda instar la **audiencia de tutela de derechos**, en observancia del **principio de igualdad procesal**, y, más concretamente, en su manifestación de **igualdad de armas** y la **facultad (necesidad)** de **controlar** el **ejercicio regular** de las **funciones atribuidas** al representante del Ministerio Público y Policía Nacional del Perú (esto es, interpretando en negativo, la falibilidad en la que pueden incurrir –las citadas autoridades– al desarrollo de sus competencias).

- **A nivel doctrinal:** El juez supremo Neyra Flores citando a Alva Florián (2010, p. 18) expone 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 [...]”* y, agrega líneas adelante: *“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”, vale precisar, que esta se materializa antes de la emisión del **AP N.° 04-2010 del 16.11.2010**.

De igual manera, **respaldando** una posición a favor de que la **víctima** (y, por extensión los demás sujetos procesales distintos al imputado) puedan promover la audiencia de tutela tenemos a Cesar Alva (2010, p. 19), Juan Sánchez (2010, p. 79), Mendoza Ayma (2009, pp. 116:17) y Elky Villegas (2016), en contrario sentido, **desaprobando** dicha posición Coaguila Valdivia (2013, p. 24), Mario Pablo Rodríguez Hurtado en la entrevista (Canal Alerta Informativa, 2011, 2m03s) y el juez superior Jorge Fernando Bazán Cerna (2011, p. 72).

Por añadidura, vamos a detallar las principales conclusiones a las que arribó Sánchez Espejo (2019, p. 196:199) en su tesis titulada *Inclusión de la víctima como sujeto legitimado para instar la audiencia de tutela de derechos en salvaguarda del numeral 3 del artículo I y numeral 3 del artículo IX del Título Preliminar del Código Procesal Penal Peruano*, siendo estos:

- *“(…) el derecho de defensa fundamenta la legitimidad de todas las partes para instar la audiencia de tutela de derechos, resulta lógico que la víctima pueda acceder a ella”.*
- *“El 71.40% de Jueces de Investigación Preparatoria, así como el 42.85% de Fiscales Penales y el 75.00% de abogados patrocinadores de víctimas, todos ellos entrevistados, consideran que la posibilidad reservada expresamente para el imputado de acudir en vía de tutela ante la vulneración o limitación de sus derechos reconocidos colisiona con el derecho de igualdad procesal y de defensa de la parte agraviada”.*
- Finalmente, *“el 100.00% de entrevistados manifestó que sí resulta necesaria la existencia de un instrumento procesal para que puedan recurrir al Juez de Investigación Preparatoria ante la vulneración de sus derechos y así puedan repararlos o reponerlos al estado anterior a su vulneración”.*

Por tanto, si bien es cierto a **nivel doctrinal** no existe una paridad respecto a la posibilidad que **sujetos procesales distintos al imputado** acudan a la vía jurisdiccional a través de la petición de tutela, consideramos que en razón a la interpretación sistemática del estatuto procesal y, en observancia del principio-derecho de igualdad procesal que comprende al principio de igualdad de armas, debemos respaldar la posición que consiente la posibilidad que todo sujeto procesal comprendido en un proceso penal, puede incoarla siempre y cuando acredite el cumplimiento de los **presupuestos de admisibilidad y procedencia** que presenta la citada figura legal.

En consecuencia, consideramos que una **interpretación extensiva y favorable** de nuestro estatuto procesal, además, conforme a los derechos conferidos a los diferentes **sujetos procesales** por dicho cuerpo normativo, aunado a la tesis doctrinal que respalda dicha posibilidad y, conforme a lo expuesto como **criterio** por nuestro **Tribunal Constitucional**, es **correcto** aseverar que resulta **legítima y viable** la **posibilidad** que todo **sujeto procesal** que este comprendido en el proceso penal se encuentra **legitimado** para **promover** la **audiencia de tutela de derechos**, empero, con las **limitaciones propias** que presenta **la naturaleza de su incorporación al proceso** y, en tanto en cuanto acredite el cumplimiento de los **presupuestos de admisibilidad y procedencia** que exige la acción de tutela.

1.3.5. La naturaleza del agravio pasible de reclamación vía tutela

Acerca del presente tópico, con suma claridad expone el **AP N.º 04-2010/CJ-116**, emitido en fecha 16 de noviembre de 2010, la **naturaleza jurídica** del **agravio** pasible de tutela, en su **fundamento jurídico 12 (declarado doctrina legal)**:

“Fundamento 12: *“la tutela de derechos es un mecanismo eficaz tendiente al restablecimiento del statu quo de los derechos vulnerados, que encuentra una regulación expresa en el NCPP, y que debe utilizarse única y exclusivamente cuando haya única infracción –consumada– de los derechos que le asiste al imputado. Como puede apreciarse, es un mecanismo o*

instrumento procesal que se constituye en la mejor vía reparadora del menoscabo sufrido”.

En ese sentido, el criterio a seguir respecto a la **naturaleza** del **agravio** que presenta el **recurrente** de dicho instrumento legal **es siempre** uno de carácter **real, consumado** y pasible de **restablecimiento o reparación**, así lo entiende la **Sala Penal Nacional de Apelaciones Especializada en Delitos de Corrupción de Funcionarios** (Colegiado A) en el **Expediente N.º 00047-2018-2018-2-5201-JR-PE-04**, materializada en el **auto superior – resolución N.º 02** emitida el **28.01.2019**, al señalar en su **fundamento VI**, que opera la **sustracción de la materia**, empero, la relevancia de los **derechos materia de pronunciamiento** y para efectos **correctivos y preventivos** habilitan la **posibilidad de una resolución fondal**:

“VI. Sustracción de la materia:

[Ante el cumplimiento de lo solicitado: acceso a los autos del expediente fiscal](...) *En este incidente se ve producido lo que nuestro sistema jurídico se denomina **sustracción de la materia**, la misma que se materializa **cuando al momento de resolver la controversia ha cesado la amenaza o violación de un derecho constitucional o se ha convertido en irreparable**; no obstante, para efectos correctivos y preventivos, el Colegiado considera que **resulta razonable emitir pronunciamiento respecto a los agravios planteados**”.*

Para concluir, podemos afirmar que la **naturaleza** que presentan **los agravios** susceptibles de defensa por la tutela de derechos, es que sea **integral** o dicho de otro modo, **consumada, real y pasible de resarcimiento**; empero, en supuestos en los que **opera la sustracción de la materia**, consideramos que también resulta **viable y legítimo** se emita el auto judicial correspondiente, con la finalidad que se sistematice precedentes judiciales que sirvan de directrices para la conducción dentro y fuera de la investigación penal por parte de las autoridades competentes, para que se **omita** dichas vulneraciones y, **en su defecto**, al volverse a presentar una afectación similar, sirva de fundamento para que los magistrados puedan emitir un **pronunciamiento inmediato (ipso iure)**.

1.3.6. Con relación a la legitimidad del rechazo liminar de la petición de tutela ante un supuesto de mala fe procesal y el deber que ostenta el juez para la acreditación de dicho supuesto

Al respecto, tenemos lo expuesto **AP N.º 04-2010/CJ-116** dictado el **16.11.2010** se pronuncia sobre el **rechazo liminar en caso de obstrucción del imputado o abogado**, concretamente en el **fundamento jurídico 15 (doctrina judicial)**.

*“Fundamento 15: (...) Asimismo, no está obligado a convocar audiencia a audiencia de tutela en los casos que se **aprecie manifiesta intención del imputado o de su abogado defensor de obstruir la labor de la investigación de la fiscalía en vez de debatir sobre la existencia de un agravio de derechos**”.*

Y, agrega más adelante en el mismo numeral: *“El juez, por tanto, **está habilitado para realizar el control de admisibilidad de la petición respectiva y, en su caso, disponer el rechazo liminar, cuidado siempre de verificar cada caso en particular para no dejar en indefensión al imputado**”.*

Más recientemente, se ha **replicado** el **criterio antes descrito** por la **Sala Penal Especial** al **reconocer** expresamente el **carácter prescindible** de la **audiencia de tutela** ante el **supuesto: obstrucción a la labor de investigación del despacho fiscal**, ante el cual se puede **rechazar liminalmente** la solicitud interpuesta, en las siguientes **ejecutorias supremas**:

- **Auto de vista – Resolución N.º 04** emitida por la **SPE** el **04.11.2019** en el **Expediente N.º 04-2018-15 (ff.jj. 1.8. y 2.7)** [Caso: *Cesar José Hinostroza Pariachi*], en el cual ante un revisión del **auto de primera instancia** se advierte que no existe una **debida motivación** que permita fundar un **rechazo liminar** (esto es, que se materializa la causal de improcedencia), por dicho motivo –aunado a una contradicción sobre su facultad de emitir pronunciamiento tomando en consideración que estamos ante un proceso de alto funcionario público–, en ese sentido, es declarado **fundado** el recurso de **apelación** presentado por la defensa técnica de Hinostroza Pariachi, por consiguiente, declarado **nulo** el **auto de primera instancia**, y, **ordenándose** la realización de una audiencia a efectos de emitir un **pronunciamiento fondal** del caso.

- **Auto de vista – Resolución N.º 05** dictada por la **SPE** el **10.12.2018** en el **Expediente A.V. N.º 19-2018** (ff.jj. **1.11, 2.2 y 2.7**) [*Caso: Pedro Pablo Kuczynski Godar*], en vía de revisión por el Superior Jerárquico, se advierte que los **fundamentos** por los cuales **rechaza liminalmente** la acción de tutela, no se encuadra con **algún supuesto de improcedencia liminal** declarado doctrina legal (***oportunidad procesal, residualidad y presentar la solicitud con fines de obstrucción***), por ende, al no demostrarse una intención de **obstrucción de la investigación**, debió llevarse a cabo la **audiencia correspondiente**; en consecuencia, declara la **fundabilidad** del recurso de **apelación** interpuesto, **anulando el auto de primera instancia**, y, **ordenando** la realización de una **nueva audiencia** a efectos de emitir un **pronunciamiento fondal** del caso.

De acuerdo con lo antes compartido, los magistrados supremos consideran **legítimo** que el juez de investigación preparatoria pueda **rechazar *in limine*** las acciones de tutela promovidas por los sujetos procesales, en casos en los cuales el **recurrente** tenga como finalidad principal y/o subyacente la **obstrucción de la investigación**, por esta razón, resulta pertinente desarrollar el contenido que presenta **dicha causal de improcedencia liminar** en nuestro ordenamiento jurídico:

- En primer lugar, el Código Adjetivo, no hace referencia expresa del contenido de dicho supuesto –**obstrucción de la investigación**– tópico materia de estudio en el presente numeral, no obstante, podemos citar algunos artículos que, sin tener incidencia directa, describen **criterios rectores** que delimitan la conducta que debe presentar dentro de un proceso las **partes procesales**.
- a) **Con relación al abogado defensor:** en el artículo 84 párrafo *in fine*, del citado cuerpo normativo, sumillado: ***Derechos y deberes del abogado defensor*** expresa textualmente lo siguiente:

“(…) El abogado defensor está prohibido de recurrir al uso de mecanismos dilatorios que entorpezcan el correcto funcionamiento de la administración de justicia”.

b) **Con relación al representante del Ministerio Público:** tenemos la exigencia de conducirse con **observancia del principio de objetividad** en su labor investigativa, descrito en el artículo IV del Título Preliminar y 61 del Código Adjetivo penal, los mismos que a continuación compartimos:

- **Artículo IV del CPP.- Titular de la acción penal:-** “2. *El Ministerio Público está obligado a actuar con objetividad, indagando los hechos constitutivos de delito, los que determinen y acrediten la responsabilidad o inocencia del imputado. Con esta finalidad conduce y controla jurídicamente los actos de investigación que realiza la Policía Nacional*”.
- **Artículo 61 del CPP.- Atribuciones y obligaciones.-** “1. *El Fiscal actúa en el proceso penal con independencia de criterio. Adecua sus actos a un criterio objetivo, rigiéndose únicamente por la Constitución y la Ley, sin perjuicio de las directivas o instrucciones de carácter general que emita la Fiscalía de la Nación*”.

- En segundo lugar, y, a diferencia de la regulación que presenta el estatuto procesal penal, el **TUO del Código Procesal Civil**, –aplicable a los procesos tramitados en materia penal, conforme a lo dispuesto en la Primera Disposición Final: “*Las disposiciones de este Código se aplican supletoriamente a los demás ordenamientos procesales, siempre que sean compatibles con su naturaleza*”–, describe **supuestos** en los cuales nos encontramos ante una **conducta temeraria** o que configura **mala fe procedimental**; a efectos de mayor claridad, compartimos el artículo pertinente.

“Artículo 112.- Temeridad o mala fe

Se considera que ha existido temeridad o mala fe en los siguientes casos: 1.- Cuando sea manifiesta la carencia de fundamento jurídico de la demanda, contestación o medio impugnatorio; 2.- Cuando a sabiendas se aleguen hechos contrarios a la realidad; 3.- Cuando se sustrae, mutile o inutilice alguna parte del expediente; 4.- Cuando se utilice el proceso o acto procesal para fines claramente ilegales o con propósitos dolosos o fraudulentos; 5.- Cuando se obstruya la actuación de medios probatorios; y 6.- Cuando por cualquier medio se entorpezca reiteradamente el desarrollo normal del proceso; 7.

Cuando por razones injustificadas las partes no asisten a la audiencia generando dilación”.

Sobre el artículo en mención, coincidimos con lo expuesto por Ledezma Narváez (2015, tomo I, p. 341) al referir lo siguiente:

*“(…) la norma en comentario ha tratado de precisar los alcances de la temeridad o mala fe **a pesar de qué se trata de patrones axiológicos**. Los estándares jurídicos que enuncia **permiten a los jueces determinar hasta donde se extiende el límite de la conducta lícita de las partes y donde comienza la reñida con el deber de lealtad y probidad**”.*

Líneas más adelante, la citada autora, **define conceptualmente las instituciones jurídicas** objeto de examen, de la siguiente manera:

*“(…) **la temeridad** consiste en la conducta de la parte que deduce pretensiones o defensas, cuya injusticia o falta de fundamento no puede ignorar de acuerdo con una mínima pauta de razonabilidad (...). **Mala fe**, es la **conducta procesal que se manifiesta mediante la formulación de peticiones exclusivamente destinadas a obstruir el normal desenvolvimiento del proceso o a retardar su decisión**” (ídem, p. 341 y 342).*

A causa de lo fundamentado, podemos afirmar que la **temeridad** está relacionada al **contenido de las pretensiones formuladas** (v. gr. ausencia de fundamentación fáctica o jurídica o, se postulan hechos falsos) por los sujetos procesales, *contrario sensu*, la **mala fe procesal** guarda relación con el **comportamiento desplegado** por las partes en el desarrollo y ejecución material de los actos procesales que intervenga dentro del proceso; *ergo*, la **causal de improcedencia liminar** de la petición de tutela: **obstrucción de labor de la investigación** es un supuesto de **mala fe procesal**.

- En tercer lugar, sobre los tópicos desarrollados en el presente numeral, resulta necesario compartir lo expuesto por la **CSJ**, en la **Casación N.º 126-2021, Lambayeque (f.j. 6)** emitida por la **SPP** en fecha **15.12.2021**:

“Sexto.- (...) La temeridad o mala fe procesal debe probarse y explicarse razonablemente en el auto

judicial; el solo hecho de interponer un medio de defensa, propiamente una transferencia de competencia, que como principio no interrumpe el curso del principal –la ley (artículos 39 a 41 del CPP) no lo autoriza–, no puede calificar la conducta de quien lo hace de “maliciosa”, debe haber en la causa conductas específicas, actuaciones realizadas, que así lo demuestren (artículo 112 del Código Procesal Civil). De modo general, debe tenerse presente que el debido ejercicio del derecho de defensa en modo alguno puede considerarse como mala fe procesal”.

Conforme a la línea jurisprudencial esbozada, podemos resaltar los siguientes **criterios esbozados**:

- Las **instituciones jurídicas**: temeridad y/o mala fe procesal deben ser probadas y debidamente motivadas (describir razonablemente su materialización) en las resoluciones judiciales que son advertidas, *ergo*, es labor del **magistrado** acreditar la conducta **obstruccionista** –en el mismo sentido, la **STC. Expediente N.º 0295-2012-PHC, Lima (f.j. 4)** emitida el **14.05.2015**–.
- La sola presentación de un **mecanismo de defensa** (a modo de ejemplo, en el caso de la ejecutoria suprema: **cuestión de competencia** y, con relación a la presente tesis, la **solicitud de tutela**) **no configuran** un **supuesto de mala fe procesal**, pues, es puramente la **materialización** del **derecho de defensa** que ostentan los investigados de un proceso.
- Para la configuración de la **temeridad** o **mala fe procesal** debe presentarse **conductas específicas** pasibles de subsumirse en los supuestos desarrollados en el artículo 112 del TUO del CPC.

En ese sentido, a nivel jurisprudencial se ha delimitado y dotado de contenido los parámetros que debe presentar una **resolución judicial** que concluya que se configura las instituciones jurídicas de temeridad y **mala fe procesal**, aplicable a la evaluación que debe realizar el **juez de**

garantías al **calificar** la petición de tutela que es presentada ante su despacho.

Definitivamente, es **legítimo** que el **juez** realice una **labor de calificación** de la solicitud de tutela presentada y, que esta puede ser declarada **improcedente liminalmente** en caso se presente un **supuesto de mala fe procesal** al advertirse que la única finalidad que esta presenta es la **obstrucción de la labor de investigación fiscal**, realizada por el representante del Ministerio Público, empero, esta debe ser **corroborada**, y, **debidamente fundamentada** por el juez, pues, de lo contrario inobservaría lo dispuesto por la doctrina legal de la Supremo Tribunal peruano y el principio-derecho de **debida motivación** de las resoluciones judiciales, siendo pasible de **anulación la resolución judicial emitida**.

1.3.7. Medidas que se pueden emitir en el incidente de tutela

Referente al presente tópico, debemos partir citando lo expuesto por la norma adjetiva al dejar sentado las medidas pasibles **de aplicación** al advertir la **materialización del agravio deducido** por el recurrente en la incidencia de tutela de derechos conforme el artículo 71 numeral 4 del estatuto procesal, presenta la siguiente redacción legal:

*“(...) 4. Cuando el imputado considere que durante las Diligencias Preliminares o en la Investigación Preparatoria no se ha dado cumplimiento a estas disposiciones, o que sus derechos no son respetados, o que es objeto de medidas limitativas de derechos indebidas o de requerimientos ilegales, **puede acudir en vía de tutela al Juez de la Investigación Preparatoria para que subsane la omisión o dicte las medidas de corrección o de protección que correspondan**”.*

Del artículo en mención, podemos advertir que las **medidas** que se pueden adoptar al declarar **fundado** una **solicitud** de **tutela** son las siguientes:

- Subsanan la omisión u omisiones que presenten los actos procesales.

- Dicte medidas de corrección de los actos procesales impugnados por el recurrente.
- Conceda medidas de protección al solicitante.

A nivel jurisprudencial, tenemos lo expuesto por el **AP N.º 04-2010/CJ-116**, expedido el **16.11.2010**, en su **fundamento jurídico 11** expone las **medidas** que se pueden emitir en la audiencia de tutela:

“Fundamento 11: (...) en otras palabras, su finalidad esencial consiste en que el Juez determine, desde la instancia y actuación de las partes, la vulneración de al derecho o garantía constitucional prevista en la citada norma y realice un acto procesal **dictando una medida de tutela correctiva –que ponga fin al agravio–, reparadora –que lo repare, por ejemplo, subsanando una omisión–, o protectora”**.

Posteriormente, dicho criterio ha sido secundado por diversas ejecutorias supremas, definiendo así la línea jurisprudencial que adopta el Supremo Tribunal peruano respecto al tópic bajo comentario, en ese sentido, compartimos algunos ejemplos concretos:

Tabla 4: *Jurisprudencia de la Corte Suprema que establece las medidas emitidas en la petición de tutela*

EJECUTORIA SUPREMA	EXTRACTO RELEVANTE
Casación N.º 14-2010, La Libertad (f.j. 8) emitida por la SPP el 05.07.2011	“(...) puede acudir envía de tutela al juez investigación preparatoria para que subsane la omisión o dicte las medidas de corrección o de protección que corresponda según lo establece el apartado cuatro del artículo setenta y uno del código adjetivo”.
Casación N.º 136-2013, Tacna (f.j. 3.2) emitida por la SPP el 11.06.2014	“(...) puede acudir vía de tutela al juez de la investigación preparatoria para que subsane la omisión o dicte las

Casación N.º 168-2016, Huancavelica (f.j. 3.12) emitida por la 1SPT el 15.06.2018	medidas de corrección o de protección que corresponda”.
Casación N.º 1142-2017, Huancavelica (f.j. 15) emitida por la SPP el 25.05.2018	“(…)La institución de tutela de derechos (…) faculta al imputado en acudir al juez investigación preparatoria (…) al fin de que subsane la omisión o dicte de las medidas de corrección o de protección que correspondan”.

Fuente: Jurisprudencia dictada por la Corte Suprema de Justicia de la República
Elaboración propia (2022)

Ahora bien, con relación al **contenido** o **aproximación conceptual** de las **mencionadas medidas**, desde una concepción literal en los términos expuestos por el Diccionario de la Lengua Española tenemos lo siguiente:

- Subsanar: En su segunda connotación señala *“reparar o remediar un defecto”* (Real Academia Española, s.f., definición 2).
- Corregir: Al respecto en su denotación claramente la define como la *“enmendar lo errado”* y, en su cuarta connotación: *“Disminuir, templar o moderar la actividad de algo”* (Real Academia Española, s.f., definición 1 y 4, respectivamente).
- Proteger: Como denotación expresa la acción de *“resguardar a una persona (…) de un perjuicio o peligro”* y, acota en su segunda connotación: *“amparar, favorecer, defender a alguien o algo”*. (Real Academia Española, s.f., definición 1 y 2, respectivamente).

En seguida, el autor desde una interpretación jurisprudencial, conforme a la **Resolución N.º 03 – auto de segunda instancia** emitida por la **Primera Sala Penal de Apelaciones Nacional Permanente Especializada en Delitos de Corrupción de Funcionarios** el **18.11.2019** [Caso Nadine Heredia Alarcón] tramitado en el **Expediente N.º 03-2017-10** (f.j. 6.5) brindará una **aproximación conceptual** a las citadas medidas:

- **Subsanación:** Se materializa al verificar que en las disposiciones fiscales (***imputación de la investigación preliminar y preparatoria formalizada***) la existencia de una **imputación insuficiente**, esto es, un desarrollo del relato fáctico, subsunción, calificación jurídica, consecuencia jurídica o elementos de convicción de manera genérica, contradictoria o ambigua, en ese sentido, se ordenará **reparar o remediar** el defecto formal de la imputación, **por quebrantar el derecho de defensa** en la vertiente de **imputación suficiente** que ostenta el investigado.
- **Corrección:** Al quedar acreditado que un acto procesal (**providencia, disposición o requerimiento**) fiscal, ha vulnerado algún derecho fundamental y/o legal de una parte procesal, **se ordenará enmendar defectos o errores sustanciales de la actuación fiscal o policial**, por citar algunos ejemplos: nulidad del acto procesal, se ordene cumplir con notificar una disposición que confiere medidas de protección, la concesión para la presentación de pliego interrogatorio escrito para ampliación de declaración de testigo protegido, entre otros.
- **Protección:** Se impone por el juez de la causa, al advertirse la existencia de **actos de investigación, elementos de convicción** (documental, indagatorio o material) y **diligencias fiscales y/o policiales** son **arbitrarios o ilegales**, esto es, en quebrantamiento al contenido esencial de los derechos de orden supralegal y legal, se **ordenará la exclusión** de estos, por atentar contra las garantías reconocidas a los intervinientes procesales comprendidos en la investigación.

De acuerdo con lo antes expresado, y, con fines instructivos, **analizaremos brevemente algunos casos emblemáticos** en los cuáles a criterio del juez de garantías **se ha comprobado el agravio reclamado por el peticionante, en consecuencia, es legítimo la aplicación de una de las medidas antes descritas.**

1.3.7.1. Caso Mercedes Rosalba Araoz Fernández y Carlos Ricardo Bruce Montes de Oca

a) **A nivel de primera instancia:** Auto de primera instancia –Resolución N.º 02, Expediente N.º A. V. 20-2018 emitida por el JSIP el 12.12.2018:

La defensa técnica de los exministros Araoz Fernández y Bruce Montes De Oca, presenta tutela de derechos al considerar que se ha violentado los siguientes derechos:

- **Derecho al debido proceso** en las siguientes manifestaciones:
(i) fiscal objetivo e imparcial y (ii) debida motivación de los actos procesales emitidos por el despacho fiscal.

El fundamento de sus aseveraciones responde a una serie de conductas desplegadas por el exfiscal de la Nación, Pedro Gonzalo Chavarry Vallejos –que, a juicio de la defensa técnica, denotan falta de objetividad e imparcialidad–, lo que origina que se presente **una solicitud de inhibición el 07.11.2018.**

Al respecto, en el mismo día, el despacho de la fiscalía de la Nación emite la Providencia fiscal s/n, expresando que *“carece de objeto emitir pronunciamiento porque se formuló denuncia constitucional el 06.11.2018”*, en suma: su argumento central es que a la fecha es incompetente, pues, ante la presentación de la denuncia constitucional el 07.11.2018 (y, suscrita el 06.11.2021) la causa ahora se tramitará a cargo de la Comisión del Congreso de la República conforme lo establece el Reglamento del Congreso de la República y el CPP respecto a los **proceso de altos funcionarios públicos.**

De acuerdo a los hechos descritos, el juez supremo de investigación preparatoria (en lo sucesivo, JSIP) cumple con la revisión de la normativa aplicable, y, comprueba que el iter procedimental que seguirá la denuncia constitucional formula no fenece con la sola presentación, por el contrario, está sujeto a calificación, por tanto, puede devenir en una inadmisión sujeto al levantamiento de observaciones y, además, en caso se emita una resolución acusatoria por parte del Congreso se ha dispuesto que sea el

Fiscal de la Nación quien declaró la formalización de la investigación (*vide* de manera integral ff.jj. 18 y 19 del Auto de primera instancia – Resolución N.º 02, Expediente N.º A. V. 20-2018 expedida el 12.12.2018 por el JSIP); en ese sentido, es amparado el **agravio deducido** por los solicitantes, respecto a la violación a la **debida motivación** de los **actos procesales** (providencias) emitidos por fiscalía.

Por otro lado, con relación al **agravio** relacionado al **derecho al debido proceso** en la manifestación de **autoridad objetiva e imparcial (representante del Ministerio Público)**, diferimos de la posición adoptado por el JSIP, pues, conforme se expresa en el **fundamento 26**, del citado auto de primera considera que: “(...) *no puede ser analizado por este órgano jurisdiccional por cuanto, previamente debe existir el pronunciamiento motivado del Fiscal de la Nación respecto a la solicitud de inhibición*” y, agrega líneas adelante, que no se ha dado por satisfecho el **presupuesto de admisibilidad** para promover la acción de tutela en los siguientes términos: “(...) *ello es evidente, a partir del modelo asumido por el modelo procesal del código procesal penal, según el cual, el imputado, en un primer momento, debe acudir al propio fiscal para solicitar las subsanaciones correspondientes*”.

A nuestro juicio, es **incorrecto** lo expuesto por el JSIP y, por tal motivo, se encuentra habilitado para emitir pronunciamiento sobre el agravio *sub comento*, por los siguientes argumentos:

- **Errores de *iure* y de *facto* detectados:**
 - (i) El **requisito de admisibilidad** que presenta la acción de tutela no se encuentra recogida legislativamente, *contrario sensu*, esta es desarrollada a nivel jurisprudencial, conforme a la doctrina judicial establecida en los **fundamentos 10 y 11** del **AP N.º 02-2012/CJ-116**, dictado por el I Pleno Jurisdiccional Extraordinario de las Salas Penales Permanentes y Transitorias en fecha **26.03.2012**.

- (ii) El acuerdo plenario antes citado, expone claramente en los **fundamentos 10 y 11** lo siguiente:

“Fundamento 10: (...) Es evidente, a partir del modelo procesal asumido por el NCPP, **que el imputado, en un primer momento, deberá acudir al propio fiscal para solicitar las subsanaciones.**

Fundamento 11: *Muy excepcionalmente, ante la desestimación fiscal o ante la reiterada falta de respuesta por aquél –que se erige como requisito de admisibilidad– (...), cabría acudir a la acción jurisdicción de tutela penal”.*

De acuerdo con la lectura de la doctrina legal citada, y, de los datos objetivos que se desprenden del caso, podemos **afirmar** que con **la presentación del pedido de inhibición** realizado por el abogado de los exministros Araoz Fernández y Bruce Montes De Oca en fecha **07.11.2018** se da por **satisfecho** el **requisito de admisibilidad**; pues, con la **providencia s/n** emitida en la misma fecha se da respuesta a dicha petición a través de una **desestimación fiscal**.

Asimismo, el **agravio deducido –ausencia de debida motivación** en el acto procesal: **providencia s/n** de fecha **07.11.2018–**, tiene su **génesis** en la **solicitud de inhibición**, por tanto, es un **acto sucesivo** a la **reclamación primigenia y principal** de los recurrentes **–presunta falta de objetividad e imparcialidad por el fiscal de la Nación–**, en ese sentido, presentan una **convergencia** imposible de separación, lo que impiden un pronunciamiento aislado.

- (iii) Desconoce la **naturaleza inmediata** de la **acción de tutela**, la misma que contempla la posibilidad de emitir **–incluso– pronunciamiento ipso iure** conforme a la doctrina legal del **AP N.º 04-2010/CJ-116 (f.j. 15)** y el **agravio pasible de tutela** –la continuación de actos procesales llevados a cabo por un investigador falto de objetividad e imparcialidad–.

- **Incongruencia advertida en la motivación expresada por el JSIP:**

- (iv) El despacho judicial en su fundamento 26, señala que *los investigados al sentirse afectados en cuanto a la falta de objetividad e imparcialidad del Fiscal de la Nación, solicitaron que se inhiba (entiéndase excuse) del conocimiento de la investigación, respecto a lo que no se emitió disposición motivada, y que es objeto de corrección por este juzgado, a través de la tutela de derechos*; consideramos que incurre en contradicción el JSIP, pues, bajo su propia premisa, ya se habría **cumplido el requisito de admisibilidad** por parte de los recurrentes y, que en el caso en concreto, **no se haya emitido** un acto procesal motivado que dé respuesta a la petición de inhibición interpuesta por la defensa técnica, no condiciona un pronunciamiento de fondo, más aún cuando al materializarse la audiencia correspondiente, se contó con la participación del Fiscal de la Nación que pudo refutar –en lo que corresponda– lo expresado, en ese sentido, poder emitir un pronunciamiento fondal sobre dicho agravio.

Sin perjuicio de la crítica académica que se ha realizado, para los fines del presente tópico resulta relevante compartir la **parte resolutive del auto de tutela de derechos** comentado:

***“I. Fundada en parte** la tutela de derechos solicitada por **Mercedes Rosalba Araoz Fernández y Carlos Ricardo Bruce Montes De Oca**, en la investigación preliminar que se les sigue por la presunta comisión de los delitos contra la administración pública –delitos cometidos por funcionarios públicos, cohecho activo genérico impropio y tráfico de influencias agravado–, en agravio del Estado.*

*II. **Dictar medidas correctivas**, consistentes en: 1) Declarar nula las providencias de fecha 07.11.2018. 2) Requerir al Fiscal de la Nación que emita pronunciamiento motivado, en plazo razonable, sobre la solicitud de inhibición presentadas por los recurrentes.*

3) Carece de objeto**, por ahora, **emitir pronunciamiento sobre los cuestionamientos a la imparcialidad y objetividad de Fiscal de la Nación”.

Finalmente, podemos advertir como en el caso en concreto, **de manera correcta se adopta como medida de corrección la declaración de nulidad** de la providencia s/n emitida el 07.11.2018 **mediante el cual se responde el pedido de inhibición de la accionante**, sin embargo, por los argumentos antes mencionados, **consideramos erróneo la omisión de pronunciarse sobre el agravio primigenio y principal** que promueve la presente incidencia: presuntos actos procesales llevados a cabo por un investigador falto de objetividad e imparcialidad.

- b) **En sede de segunda instancia:** Auto de vista – Resolución N.º 02, Expediente N.º “0202-2018-“1” emitida por la SPE el 11.01.2019:

Con relación al **auto de primera instancia** antes desarrollado, tenemos que **únicamente** interpone recurso de apelación el fiscal encargado de la causa –vale resaltar, que, a pesar de los **errores advertidos** y la **incongruencia incurrida** por el JSIP, la defensa técnica de los recurrentes, se reservó su derecho a impugnar el extremo relativo al segundo agravio–.

El trámite en sede de apelación **no presenta un pronunciamiento sobre el fondo de la causa**, esto es, el **auto de primera instancia – Resolución N.º 02, Expediente N.º A. V. 20-2018** emitida por el JSIP el **12.12.2018** adquiere la calidad de **cosa juzgada**, ejecutoriándose la **medida de corrección** aplicada a favor de los recurrentes.

Solo para fines instructivos, es menester anotar el razonamiento empleado en el **auto de vista** para ser declarado **inadmisible**; en el presente caso, al **omitir el apelante**, culminar su recurso impugnatorio de apelación **puntualizando una pretensión concreta** (conforme al art. 405 inciso 1 literal “c” del CPP) y, siendo este un **requisito para su admisibilidad** (conforme a la denominación que utiliza el estatuto procesal, empero, es un **presupuesto de procedencia** –constituye una **carga de admisibilidad** que deben soportar las partes–, determina su **rechazo liminar** (cfr. ff.jj. 1.2., 2.3. y 2.5. del Auto de vista – Res. N.º 02 emitida por la SPE el 11.01.2019).

1.3.7.2. Caso Víctor Antonio Meléndez Arrascue: Auto de primera instancia, Resolución N.º 02 – Expediente N.º 00021-2020-1-5001-JS-PE-01 emitida por el JSIP el 21.10.2020

En el presente caso, tenemos que el fiscal adjunto superior Víctor Antonio Meléndez Arrascue a través de su defensa técnica presenta una solicitud de tutela al materializarse –a su juicio– afectación de su **garantía de defensa** en la manifestación de **imputación concreta** (conocer los cargos formulados en su contra) en la **disposición de apertura de investigación en sede preliminar**.

Resulta necesario describir brevemente el contexto en el que se cristaliza la presunta **agresión** de la **garantía deducida** por el **solicitante**; en ese sentido, la **Segunda Fiscalía Suprema Transitoria Especializada en Delitos de Corrupción de Funcionarios del DF de Lambayeque** el **06.08.2020**, dicta la **Disposición N.º 02**, la misma que presenta la siguiente parte dispositiva:

“Aperturar diligencias preliminares contra Víctor Antonio Meléndez Arrascue, Juan Carlos Izarra Mucha y otros, por la presunta comisión de delitos contra la administración pública en la modalidad de cohecho pasivo propio y tráfico de influencias tipificados en los artículos 395 y 400 del CPP, por un plazo de sesenta (60) días (...)”.

Ante dicha situación, la defensa técnica al revisar la disposición antes citada, advierte que esta no cumple con desarrollarse conforme a los términos exigidos por la **Sentencia Plenario Casatoria N.º 01-2017/CJ-455** (f.j. 24 literal “a”) (en líneas siguientes, **SPC N.º 01-2017/CJ-455**), emitida el **11.10.2017** en el **I Pleno Jurisdiccional Casatorio de las Salas Penales Permanente y Transitorias: sospecha inicial simple**, esto es, se exige al despacho fiscal, puntos o datos de partida objetivos de las conductas delictivas materia de investigación que fundamenten la apertura de diligencias preliminares; y, con mayor razón, si en el caso en concreto se tenía ya identificado los delitos y las personas sujetas a la investigación.

Por el motivo antes descrito, es que –en cumplimiento del **requisito de admisibilidad** exigido para incoar esta figura legal– presenta su solicitud de precisión de imputación ante el despacho fiscal, el cual obtiene su respuesta a

través de la **Providencia s/n** de fecha **25.09.2020**; la misma que a juicio de la defensa, **resulta insatisfactorio** acudiendo así a la vía judicial.

Es así, como toma conocimiento del caso el **JSIP** –en atención al cargo que ostenta el recurrente Meléndez Arrascue: **fiscal adjunto superior**– y, sobre el **agravio deducido**, el despacho judicial **advierte** que en efecto los **actos procesales fiscales: Disposición N.º 02** emitida el **06.08.2020** y la **Providencia s/n** de fecha **25.09.2020** no cumplen con la exigencia de **imputación concreta** –presupuesto esencial para el eficaz ejercicio de defensa– que merece todo investigado de una causa penal.

En tal virtud, es que tomando en consideración los actos procesales objeto de revisión judicial y, ante la evidencia de la materialización del agravio deducido, muy acertadamente expone en el **fundamento 8.7., 8.8. y 8.9.**, que conforme ha establecido como doctrina judicial el **AP N.º 02-2012/CJ-116**, respecto a la **disposición de formalización y continuación de investigación preparatoria** aplicable *mutatis mutandi* a la **disposición de apertura de investigación preliminar la medida correctiva aplicable “(...) bajo ningún concepto el auto judicial puede ser anulatorio y, menos, de archivo o sobreseimiento anticipado de la investigación”**, por lo expuesto, es que **resuelve** conferir la siguiente medida:

“(...) por tales razones, la tutela de derechos solicitada deviene en fundada, debiendo concederse el plazo de diez (10) hábiles para que el representante de Ministerio Público subsane la omisión de imputación fáctica en la disposición fiscal materia de cuestionamiento, conforme a los fundamentos expuestos en la presente resolución y cumpla con formular las proposiciones fácticas correspondientes.” (fundamento 9).

Como producto del análisis realizado al **Auto de primera instancia – Resolución N.º 02, Expediente N.º 00021-2020-1-5001-JS-PE-01** emitido por el **JSIP** el **21.10.2020**, podemos concluir que respecto a los actos procesales: **disposición de apertura de investigación preliminar y disposición de formalización y continuación de investigación preparatoria** la **medida correctiva** en ningún caso será la **anulatoria**, por el contrario, siempre tendrá un **efecto subsanatorio** de las **omisiones** que se advierta en estas.

1.3.8. Algunos aspectos adicionales relacionados con la petición de tutela

1.3.8.1. Sobre la posibilidad de acudir vía casación en un incidente de tutela de derechos ante la invocación de casación excepcional:

Referente a este tópico, los jueces supremos han dejado sentado en el **Auto de Calificación de la Casación N.° 497-2016, Arequipa** dictada por la **SPP** el **07.10.2016**, que resulta **admisible** que en un **incidente de tutela de derechos** sea posible que la causa sea conocida por el Supremo Tribunal en instancia excepcional, conforme se expone en los fundamentos jurídicos 7 y 8:

“Séptimo.- El recurso de casación se interpone contra el auto de vista del 03.05.2016 que confirma el auto de 18.03.2016 que declaró infundado el pedido de tutela de derechos formulado por la defensa del imputado, por tanto, no se trata de una resolución recurrible vía casación ordinaria –artículo 427 numeral 1 del Código Adjetivo– lo que prima facie implicaría una su desestimación.

Octavo.- Si bien las limitaciones planteadas en el inciso 1 y 2 del artículo 427 del Código Procesal Penal pueden ser superada si se realizan la interposición motivada de la llamada casación excepcional –inciso 4 del artículo 427 del CPP– (...).”

En el mismo sentido, se pronuncian los **Autos de Calificación de Casación N.° 463–2018, Sullana** (ff.jj. 2.2, 2.3, 2.4, y 2.5) emitida por la **SPP** el **03.08.2018**, y, **1644–2017, Apurímac** (ff.jj. 2, 3 y 4) dictado por la **Segunda Sala Penal Transitoria** (en líneas siguientes, **2 SPT**) el **04.05.2018**.

Ahora bien, es menester poner de manifiesto, que en contrario sentido, el citado Órgano Jurisdiccional Supremo ha dejado sentado en el **Auto de Calificación de la Casación N.° 99-2010, Amazonas** (f.j. 3) dictado por la **SPP** el **17.02.2011**, que resulta **imposible** acudir a la **instancia excepcional** en la **acción de tutela** mediante la **casación ordinaria**, pues, **no se puede satisfacer el presupuesto objetivo** para la procedencia del citado recurso (supuestos descritos en el artículo 427.1 del CPP), dejando claramente expuesto, que el **supuesto: autos que pongan fin al procedimiento**, no calza para la **impugnación** de los **autos de vista** que se emitan dentro de un **incidente de tutela** al no poner fin al proceso penal propiamente dicho, sin

embargo, como nota final, resaltamos que **reconoce** la posibilidad de **acudir vía casación extraordinaria**, no obstante, **previo cumplimiento de requisitos** para su **admisibilidad**, que en el caso en concreto, no se materializa dicha situación.

A efectos de mayor claridad, compartimos el fundamento antes citado:

“TERCERO: *Observamos que el recurso de casación incide sobre un objeto impugnado no recurrible en casación; al respecto, el artículo 427, apartado 1 del NCPP expresa que el recurso de casación procede, entre otros, contra los autos que pongan fin al procedimiento o extingan la acción penal o la pena. En el presente caso la resolución que motivó la impugnación del Fiscal Adjunto Superior recayó sobre una Audiencia de Tutela, decisión que por su propia naturaleza no extingue el procedimiento penal declarativo de condena; asimismo, no resulta aplicable el apartado 4 del referido artículo: por cuanto, en concordancia con el artículo 430.3 NCPP exige la fundamentación del desarrollo jurisprudencial a desarrollarse, situación no presente en este caso y solucionada a través del AP N.º 04-2010 / CJ-116, de fecha 16.11.2010”.*

CUARTO: *En consecuencia, el recurso de casación no puede admitirse a trámite, no siendo de aplicación las costas procesales conforme al artículo 499.1 del NCPP”.*

De acuerdo a las ejecutorias supremas antes citadas, podemos aseverar inequívocamente que es posible que en un **incidente de tutela de derechos** el Supremo Tribunal peruano tome conocimiento de la causa en tanto en cuanto se **presente un recurso de casación** de tipo: **excepcional** y, que este cumpla con los **presupuestos** que se exige para su **admisión**; para mayor abundamiento, compartimos los siguientes argumentos que complementan la aseveración realizada por el suscrito:

- En primer orden, es pertinente anotar que el **recurso de casación** es un recuso impugnatorio de **carácter extraordinario** que encuentra su **respaldo constitucional** en los artículos 141 –“*corresponde a la Corte Suprema fallar en casación o en última instancia, cuando la acción se inicia en una Corte Superior o ante la propia Corte Suprema conforme a ley (...)*”– y 139 inciso 6 –“*son principios y derechos de la función jurisdiccional: (...) 6. La pluralidad de la instancia*”– de la *lex magnum* peruana.

- En segundo orden, a nivel legal, es desarrollada en el **Libro IV: Impugnación, Sección V: Recurso de casación**, artículos 427 al 436 del CPP, los que deben ser interpretados conforme con a las **normas generales para los recursos impugnatorios** establecidos para la impugnación –artículos 404 al 414 del citado cuerpo normativo–.
- En tercer orden, de la interpretación que se realiza del estatuto procesal, podemos advertir que el legislador peruano ha contemplado respecto a la **casación penal** una disgregación de esta, teniendo así, la siguiente tipológica: **casación ordinaria** (427 inciso 1 al 3 del CPP) y **casación extraordinaria** (427 inciso 4 del CPP).
- En cuarto orden, y, en correlato con lo antes descrito, para la **admisión del recurso de casación ordinario** se exige el cumplimiento de los siguientes **presupuestos**:
 - **Presupuestos generales aplicables a todos los recurso.-** legitimidad, forma y plazo, contenidos en el artículo 405 del CPP).
 - **Criterio objetivo o cualitativo.-** que se encuentre dentro del ámbito de procedencia del recurso conforme a los supuestos establecidos en el artículo 427 inciso 1 del CPP: “*sentencias definitivas, los autos de sobreseimiento, y, los autos que pongan fin al procedimiento, extingan la acción penal o la pena o denieguen la extinción, conmutación reserva o suspensión de la pena*”, en ese sentido, **no sería de aplicación** ningún supuesto en el cual se tramite el incidente de **tutela de derechos**, al no presentar como medida correctiva, alguna que permita dar por finalizado el proceso penal.
 - **Criterio subjetivo o cuantitativo.-** la pena del delito más grave objeto del proceso en el cual se expidieron las resoluciones pasibles del recuso –autos que pongan fin al procedimiento y sentencias– superen en su extremo mínimo, seis (06) años de

pena privativa de libertad, de acuerdo a lo establecido en el artículo 427 inciso 2 del CPP.

- En quinto orden, con relación a la **casación excepcional**, es preciso señalar que de igual manera que la **casación ordinaria**, debe cumplir con lo dispuesto como **presupuestos generales de los recursos** (establecido en el artículo 405 del CPP), sin embargo, queda **eximida** del cumplimiento de los **criterios objetivos y subjetivos**, empero, es necesario el cumplimiento pormenorizado de lo siguiente:
 - Debe cumplir con describirse el supuesto de **casación excepcional** que se pretende en el caso en concreto, dicho de otra manera, –en términos de Huayllani Choquepuma, 2020, p. 38–, *este recurso procede cuando la materia propuesta **busque unificar interpretaciones contradictorias, afirmar una línea jurisprudencial y sustentar el interés casacional.***
 - Debe **subsumirse** el **agravio advertido** en **uno o varios** de los **supuestos** establecidos en el artículo 429 del CPP.
 - No debe estar incurso en un supuesto de **desestimación** contenida en el artículo 428 del CPP.
 - Para finalizar, de conformidad con el artículo 430 inciso 1 del CPP, resulta necesario que se cumpla con **especificar las razones que justifican** el desarrollo de doctrina jurisprudencial invocada.

Conforme a lo antes descrito, consideramos correcto lo expuesto por los jueces supremos al considerar **arreglado a ley** que un **incidente de tutela de derechos** pueda ser **conocido por la instancia suprema** (excepcional), al invocarse la **casación excepcional** y se **acredite** el cumplimiento de los presupuestos que se exigen para la **admisión de esta**, aunado a ello, también nos alineamos al **criterio esbozado** sobre la **imposibilidad** de acudir a través de la **casación ordinaria** en el citado incidente, pues, se **incumple** con

el **criterio objetivo** que se exige para su admisibilidad, esto es, estar comprendida dentro de las resoluciones pasible de interposición del recurso.

1.3.8.2. No puede decretarse la nulidad del auto de tutela de derechos por no emitirse inmediatamente al culminar la audiencia respectiva si no guarda una entidad suficiente para estimar dicha consecuencia:

Sobre el particular, es preciso recordar lo expuesto en la **Casación N.° 14-2010, La Libertad** emitida por la **SPP** el **05.07.2011**, al exponer en el **fundamento jurídico 10**, que el **pronunciamiento diferido** en el incidente de **petición de tutela** posterior a la **audiencia correspondiente** por **sí misma** no la convierte en **nula**, pues, dicho aplazamiento **debe presentar una especial entidad** para que se disponga dicha consecuencia:

“Décimo.-Si bien en la audiencia de fecha 20.01.2010, luego de escuchar las partes procesales el colegiado dispuso dar por cerrado el debate y suspendió la audiencia para el día 27.01.2010, a fin de expedir la resolución que corresponda, esto es, después de siete (07) días situación que contraviene el apartado cuatro del artículo setenta y uno del CPP, que establece que la solicitud del imputado se resolverá inmediatamente a la realización de la audiencia, sin embargo, dicha inobservancia no puede ser causal de nulidad de los actos procesales subsiguientes pues esta contingencia en el contexto del proceso no está revestida de una especial relevancia como sustentar tal consecuencia”.

A nuestro juicio, es correcto la posición adoptada por el Supremo Tribunal peruano, pues, debemos tomar en consideración algunos aspectos imprescindibles para dicho supuesto:

- a) El principio de **conservación de los actos procesales** recogido expresamente en el **artículo 152 inciso 1 del CPP**, el mismo que deja sentando que: *“(...) si no obstante su irregularidad, el acto ha conseguido su fin respecto de los interesados o si el defecto no ha afectado los derechos y las facultades de los intervinientes”*, el acto procesal conserva sus **efectos jurídicos**.

- b) La **inobservancia** de lo dispuesto en el estatuto procesal –respecto a la exigencia de inmediatez que se debe tener para la emisión del auto judicial correspondiente: “(...) **La solicitud del imputado se resolverá inmediatamente, previa constatación de los hechos y realización de una audiencia con intervención de las partes**” (artículo 71 inciso 4 del CPP)–, **no vicia per se** dicho acto procesal y,
- c) Debe analizarse en cada caso concreto **si el aplazamiento se encuentra justificado en atención al agravio deducido y la naturaleza que esta presenta**, asimismo, **si a causa del aplazamiento el agravio ha aumentado o mermado** y, finalmente, debe corroborarse si existe una **relación de causalidad** que permita **acreditar algún vicio entre el aplazamiento de la emisión del auto correspondiente y el contenido de este que permita sustentar la nulidad advertida.**

Recapitulando, **no es recibo denunciar la nulidad del auto judicial**, que resuelve **un incidente de tutela de derechos**, al fundamentarse únicamente en que se presenta en el caso, un **aplazamiento a su pronunciamiento final**, esto es, al **haber sido emitido posterior a la culminación del debate correspondiente.**

1.3.8.3. Consideraciones especiales advertidas en la Casación N.º 168-2016, Huancavelica emitida por la 1 SPT el 15.06.2018:

En la **Casación N.º 168-2016, Huancavelica** expedida por la **1SPT** el **15.06.2018**, se ha presentado algunos aspectos que –a nuestro criterio– merecen una especial mención, por tal motivo, procedemos a destacar algunos aspectos preliminares, antes de desarrollar las notas distintivas que esta presenta.

La defensa técnica del Sr. **Alfredo Cerna Vega** promueve la acción de tutela al suponer que se le ha afectado su **derecho al debido proceso** en su manifestación de **legalidad procesal al incumplir lo dispuesto por el CPP** respecto al procedimiento para la toma de muestra sanguínea para la prueba de alcoholemia, en el caso en concreto se desarrollan los siguientes hechos:

- Con fecha **23.11.2015** se produce un accidente de tránsito en el cual él se encontraba como conductor del automóvil de placa PIV-227 por el centro poblado de Pucapampa, es así como a horas 05:50 aproximadamente cegado por la luz solar pierde la estabilidad del timón y cae por una pendiente de diez metros aproximadamente produciendo lesiones a sus pasajes y su persona.
- En el mismo día, se presentan al centro de salud, miembros de la PNP y el representante del Ministerio Público a efectos de realizarse la prueba de alcoholemia la misma que concluye como resultado: **negativo**, sin embargo, a pesar de ello, se le requiere la toma de muestra sanguínea para el examen de **intoxicación en sangre** (conforme a los términos desarrollados en el artículo 213 del CPP).

Ante dicho escenario, la causa ha presentado el siguiente itinerario procedimental:

Tabla 5: *Iter procedimental de la Cas. N.º 168-2016, Huancavelica*

EJECUTORIA SUPREMA	FRAGMENTO DESTACADO
<p>Casación N.º 168-2016, Huancavelica emitida por la Primera Sala Penal Transitoria el 15.06.2018</p>	<p>Derecho al debido proceso en su manifestación de legalidad procesal al incumplir lo dispuesto por el CPP respecto al procedimiento para la toma de sangre para la prueba de alcoholemia.</p>
	<p>Primera instancia: <i>“Mediante la resolución del 21.12.2015, la jueza de investigación preparatoria declaró improcedente la solicitud de tutela de derechos”. (fundamento 2.2).</i></p>
	<p>Segunda instancia: <i>“La Sala Penal de Apelaciones por auto del 22.01.2016 confirma el auto de primera instancia que declaró improcedente la solicitud de tutela de derechos peticionado por Alfredo Cerna Vega por no existir diligencias de investigación y no tener la condición imputado”. (fundamento de hecho 3.2).</i></p>
	<p>Instancia excepcional: En la parte decisoria de la ejecutoria suprema se resuelve: <i>“Declarar infundado el recurso de casación interpuesto por el accionante Alfredo Cerna Vega contra el auto de vista del 23.01.2016 que confirmó la resolución de primera instancia del 21.12.2015 que declaró improcedente su solicitud de tutela de derechos, en consecuencia: no casaron el auto de vista mencionado emitido por la Sala Penal de Apelaciones de la Corte Superior de Justicia de Huancavelica”.</i></p>

Fuente: Casación N.º 168-2016, Huancavelica (15.06.2018)
Elaboración propia (2022)

Descrito dichos aspectos preliminares, a continuación, vamos a mencionar algunos tópicos que desarrolla la presente ejecutoria suprema *sub examine*.

1.3.8.3.1. Sobre la imposibilidad de promover tutela de derechos por afectación en actos administrativos (ante la ausencia de apertura de investigación preliminar)

La citada ejecutoria suprema, expone en los fundamentos **6.2.1.** y **7.2.**, con suma claridad, el **estadio procesal de procedencia de esta figura legal –investigación preparatoria–** y, además, acota que esta solo puede **promoverse** dentro de un **proceso penal per se (investigación)**, a efectos de mayor claridad compartimos los fundamentos señalados integralmente:

*“Fundamento 6.2.1.: “(...) 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 (...)”.*

Asimismo, agrega numerales abajo, **fundamento 7.2.:** “ (...) en atención al precepto normativo [artículo 71 del CPP], la tutela de derechos es una institución procesal destinada a la protección, resguardo y consiguiente efectividad de los derechos de imputado, durante las diligencias preliminares y la investigación preparatoria, donde el juez de investigación se erige como un juez de garantías, que interviene para proteger los derechos del imputado; **ello se tiene que dar en el marco de una investigación penal; no obstante, en el caso de autos nos encontramos ante un procedimiento administrativo; por ende los presentes hechos no pueden ser controlados por el juzgado de investigación preparatoria”.**

Al respecto, complementar el criterio esbozado por los jueces supremos en los siguientes términos:

- a) En contra del Sr. Cerna Vega **no se instauró una investigación penal**, pues, **no se ha recepcionado una denuncia penal en su contra** –que amerite evaluación, y, posterior, calificación de esta (apertura o rechazo preliminar) **o se ha promovido de oficio** una investigación preliminar (emitiéndose la disposición que corresponde).

- b) De una lectura integral de nuestro estatuto procesal, podemos aseverar que inicia un proceso penal –investigación penal– ante la emisión de la **disposición de apertura de investigación preliminar** (que permite conforme al artículo 71 numeral 2 literal “a” exigir una imputación necesaria (conocimiento de cargos formulados en contra de una persona, que en adelante, en términos generales, ostenta la calidad de procesado).

Por las consideraciones expresadas, tenemos que la **petición de tutela** puede ser presentada en calidad de imputado, una vez instaurada la **investigación penal en su contra**, esto es, desde la emisión de una **disposición de apertura de investigación preliminar** y, dentro de la etapa de investigación preparatoria hasta antes de la emisión del a **disposición de conclusión de IP**.

1.3.8.3.2. Sobre la posibilidad de actuación probatoria en el incidente de tutela

Un tópico poco desarrollado tanto a nivel doctrinal como jurisprudencial es el relativo a la **posibilidad** de que se lleve a cabo **actuación probatoria** en la **audiencia de tutela de derechos**, en ese orden de ideas, tenemos que poner a relieve lo que se presenta en la ejecutoria suprema antes citada:

- En primer lugar, se describe en los **fundamentos 7.3, 7.4, y 7.5**. que durante la **audiencia de tutela de derechos** llevada a cabo en primera instancia **por el juez de investigación preparatoria** se recepciona las declaraciones de:
 - (i) Declaración testimonial de Hernán Domingo Campos Palomino, en su calidad de comandante de la Policía Nacional del Perú, comisario sectorial de Huancavelica.
 - (ii) Declaración testimonial de Víctor Manuel López Torres en su calidad de comandante médico, jefe del Policlínico de Huancavelica.

- (iii) Declaración testimonial de Mauro Eloy Carhuamaca, en su calidad de suboficial Brigadier PNP, encargado del Servicio de Dosaje Étílico de la Región de Salud PNP-Huancavelica.
- En segundo lugar, la **actuación** de los **documentos obrante en autos (7.6., 7.7., 7.8.)**: Reglamento Nacional de Tránsito, denuncia policial y Directiva N.º 18-09-2011-DIRGEN/EMG-DIRSAL-B “*Normas y procedimientos para la atención de exámenes de dosaje étílico a personas involucradas en la participación de accidentes de tránsito a nivel nacional*”.

A manera de colofón, tenemos que el magistrado de instancia ha **actuado prueba** al **repcionar** las **declaraciones** de las **autoridades correspondientes** en la audiencia instalada para dilucidar la causa, asimismo, respecto a la **documental obrante en autos** al haber sido objeto de actuación y debate en esta; por tanto, al **no haber sido censurado** el accionar por parte del juez *ad quo*, por parte de los jueces supremos y, por el contrario, **utilizar dichos elementos de convicción para fundamentar su resolución**; no cabe duda que –al menos tácitamente– **consienten** la posibilidad que se realice **actuación probatoria** –entiéndase, al acto por el cual el órgano jurisdiccional **extrae la información de la fuente de prueba**–, en las audiencias de tutela de derechos promovidas a efectos de un mejor resolver de la causa.

1.4. Tesis sobre el ámbito de protección de los derechos amparables por la tutela de derechos

Desde su incorporación en el estatuto procesal, el mecanismo procesal, tutela de derechos ha estado sujeto a diversas interpretaciones respecto al ámbito de los derechos objeto de su protección, pues, por un lado, un sector mayoritario consideraba que este debe ser conforme a lo dispuesto por la doctrina legal emanada de los **Acuerdos Plenarios N.º 04-2010 y 02-2012 de tipo cerrado** (*numerus clausus*) delimitándose estos a los derechos descritos en el inciso 2 del artículo 71 del Código Adjetivo penal, denominada **tesis restringida** y, por otro lado, un sector más reducido postulaba un **ámbito de protección amplio** (*numerus apertus*) de derechos amparables en tanto en cuanto cumplan con el **presupuesto material: residualidad**, intitulada como **tesis amplia**.

En tal virtud, a continuación, desarrollaremos brevemente algunas notas distintivas que presentan cada una de las tesis antes mencionadas y, el estado de cosas jurisprudencial que presenta cada una de estas.

1.4.1. Posición restringida

La acción de tutela se incorporó en el ordenamiento jurídico nacional, mediante su promulgación del Decreto Legislativo N.º 957 denominado: Nuevo Código Procesal Penal y publicado en el diario oficial El Peruano en fecha 29.01.2004; concretamente codificada en el artículo 71 del estatuto procesal; sin embargo, desde esa fecha, no ha presentado alguna modificatoria en su redacción.

En tal virtud, ante la problemática que se gesta sobre la correcta aplicación y desarrollo de dicha figura legal, es que mediante el AP N.º 04-2010/CJ-116, asunto: *Audiencia de tutela*, dictada en fecha 16.11.2006 se pretendió dotar de contenido su regulación y, establecer de obligatorio cumplimiento: *doctrina legal* sus considerados –a nivel relativo, pues, cabe apartamiento debidamente motivado, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 22 del TUO de la LOPJ– por las instancias judiciales de inferior jerarquía.

A nuestro juicio, el citado acuerdo plenario no cumple con su labor esclarecedora, pues, su redacción muestra algunas contradicciones y poca claridad que no permitieron unificar criterios para su óptimo desarrollo y aplicación de dicho

instrumento procesal, dicho esto, tenemos que al amparo de dicha doctrina legal se estableció una *posición restringida de derechos objeto de protección*, más concretamente, conforme a los fundamentos jurídicos declarados doctrina legal que a continuación compartimos:

Tabla 6: Acuerdo Plenario N.º 04-2010/CJ-116

ACUERDO PLENARIO	FUNDAMENTO DESTACADO – POSICIÓN RESTRINGIDA
<p>AP N.º 04-2010/CJ-116, (VI Pleno Jurisdiccional de las Salas Penales Permanentes y Transitorias) 16.11.2010</p> <p>Doctrina legal: 10 al 19.</p>	<p>Fundamento 10: (...) Los derechos protegidos a través de esta audiencia [de tutela] son los que se encuentran recogidos taxativamente en el artículo 71 del NCPP.</p>
	<p>Fundamento 11: “(...) Desde esta perspectiva, el JIP, se erige en un juez de garantías durante las diligencias preliminares y la investigación preparatoria ejerciendo su función de control de los derechos ante la alegación del imputado de que se ha vulnerado uno o varios de sus derechos reconocidos específicamente en el artículo 71 del NCPP.</p>
	<p>Fundamento 14: “lo expuesto en el fundamento jurídico precedente no significa que el imputado o su abogado defensor puedan cuestionar a través de la audiencia de tutela cualquier tipo de disposición o requerimiento que haga el fiscal, pues, solamente se pueden cuestionar los requerimientos ilegales que vulneran los derechos fundamentales relacionados con los enumerados en el artículo 71 a los numerales 1 al 3 del NCPP. Por lo tanto, aquellos requerimientos o disposiciones fiscales que vulneran derechos fundamentales pero que tienen vía propia para la denuncia o control respectivo, no podrán cuestionarse a través de la audiencia de tutela.</p>
	<p>Fundamento 16: “[actos de investigación del MP] es decir, estos actos de investigación podrán quedar viciados o excluidos, según el caso, si se vulneraron derechos fundamentales que se encuentran recogidos en el artículo 71 NCPP”.</p>
	<p>Fundamentos 17: “a través de la audiencia de tutela se podrá solicitar la exclusión del material probatorio obtenido ilícitamente – en los casos en que esta sea la base de sucesivas medidas o diligencias– siempre que no exista una vía propia para alcanzar este propósito y que tenga que ver con la afectación o vulneración de alguno de los derechos fundamentales del imputado reconocido en el artículo 71 NCPP”.</p>
	<p>Fundamento 19: “es una garantía de específica relevancia procesal penal, que puede usar el imputado cuando ve afectado y vulnerado uno o varios derechos establecidos específicamente en el artículo 71 del NCPP”.</p>

Fuente: Acuerdo Plenario N.º 04-201/CJ-116 (16.11.2010)
Elaboración propia (2022)

Conforme se puede advertir, resulta necesario mencionar desde esta instancia, en los **fundamentos jurídicos: 10, 11, 16, 17 y 19** que describen los **derechos** que comprende la **acción de tutela**, solo mencionan a los **derechos regulados** en el **artículo 71 del CPP –de forma integral–, a diferencia del fundamento: 14, único** que señala que el citado mecanismo procesal **solo es de aplicación** para los **derechos determinados** en los **numerales 1 al 3**, esto es, **solo los desarrollados textualmente** en el **inciso 2**, que precisa un **catálogo de derechos específico**, siendo este el **fundamento** para defender la **adhesión** a una **tesis restringida**.

Adicionalmente, tenemos que el **AP N.º 02-2012/CJ.116** emitida el **26.01.2012**; en el cual **–señalan los defensores de la tesis restringida–** secunda la tesis antes citada, en los siguientes fundamentos de manera más concreta:

Tabla 7: Acuerdo Plenario N.º 02-2012/CJ-116

ACUERDO PLENARIO	TÓPICO	FUNDAMENTO DESTACADO
AP N.º 02-2012/CJ-116, (I Pleno Jurisdiccional Extraordinario de las Salas Penales Permanentes y Transitorias) 26.03.2012 Doctrina legal: 06 al 11.	Limitación del ámbito de protección de los derechos amparables vía tutela	Fundamento 6: <i>“Los derechos fundamentales que se protegen son aquellos previstos en el citado artículo 71 del NCPP (...).”</i>
		Fundamento 9: <i>“Así las cosas, se entiende que el párrafo 14 del AP N.º 04-2012/CJ-116 limite el ejercicio de la acción de tutela, a la que califica de residual a los derechos taxativamente enumerados en el artículo 71 NCPP”.</i>

Fuente: Acuerdo Plenario N.º 02-2012/CJ-116 (26.03.2012)
Elaboración propia (2022)

Sin embargo, al igual que el **AP N.º 04-2010/CJ-116** tenemos que el acuerdo plenario objeto de análisis, tanto en su **fundamento 6 y 9**, refiere que los derechos pasibles de defensa son los **reconocidos** en el **artículo 71 del CPP**, y, no delimita de manera expresa y específica que son los contemplados **únicamente** los descritos en el inciso 2 del citado artículo; el énfasis que el suscrito realiza a dicha redacción, será explicada de forma sucinta en las líneas siguientes, empero, con mayor profundidad en el **subcapítulo II: interpretación teológica** al realizar una evaluación del artículo que regula la solicitud de tutela.

De acuerdo a lo antes mencionado, es que –a nuestro entender– se gesta la **tesis restringida** del ámbito de protección de los derechos pasibles de amparo por la acción de tutela, sin embargo, a lo largo de los años, analizando la jurisprudencia **(de forma general)** que se ha emitido, podemos advertir que el **rechazo** al conocimiento de **derechos afectados (carente de vía procedimental específica para su defensa)** encuentra su **fundamento principal**, el no ser **mencionado expresamente** en la lista de derechos descritos en el **inciso 2 del artículo 71 del Código Adjetivo**.

Además, otro aspecto a destacar de la **tesis analizada**, es que el **fundamento principal** si bien es cierto, es su no descripción en el **inciso 2 del artículo 71 del Código Adjetivo**, empero, los órganos jurisdiccionales de distinto nivel de nuestra jurisdiccional nacional-penal emplean para la materialización de dicho **fundamento, dos argumentos** que guardan una **relación: parte–todo, pero con un objetivo común: la reducción del ámbito de protección de los derechos pasibles de tutela a los reconocidos expresamente en el inciso 2 del artículo 71 del CPP, por un lado**, el **no reconocimiento del derecho (que se reclama)** en el artículo 71.2 del CPP o incisos 1, 2 o 3, del citado artículo –**restringida radical**– y, **por otro lado**, **señalando de forma genérica la no mención del derecho (que se reclama)** en el **artículo 71 del CPP –restringida moderada–**.

Sobre la premisa antes aseverada, el lector podrá advertir que los **argumentos empleados** por los jueces para el **rechazo** de los **derechos –presuntamente violados–** postulados por el recurrente presentan diferencias **imperceptibles** y, que, además, estas guardan una **relación: parte–todo**, no obstante, son **utilizados indistintamente** por los órganos jurisdiccionales de distinto nivel, lo que **permiten** realizar **esta subtipología** de la **tesis restringida**, conforme se demuestra a continuación.

- **Restringida radical o reduccionista: solo los derechos descritos en el artículo 71.2 del CPP o incisos 1, 2 o 3, del citado artículo**

Tabla 8: *Jurisprudencia que adopta una tesis restringida radical*

N.º	DATOS DE LA RESOLUCIÓN	ÓRGANO JURISDICCIONAL	FUNDAMENTO DESTACADO
05	Auto de vista – Res. N.º 05, emitida el 30.12.2021, Exp. N.º 0303-2021-1 [Caso <i>Luis Galarreta Velarde</i>]	3 SPDAN	<p>“4.3. La tutela de derechos tiene una "naturaleza residual", en razón que solo pueden cuestionarse, mediante este mecanismo, los requerimientos ilegales que vulneren derechos fundamentales relacionados con los plasmados en los incisos 1, 2 y 3 del artículo 71, del CPP. En consecuencia, los requerimientos o disposiciones fiscales que vulneren derechos fundamentales, pero que tengan vía propia para su denuncia o control judicial respectivo no podrán ser cuestionados por medio de la audiencia de tutela”.</p>
04	Auto de primera instancia – Res. N.º 04, emitida el 13.08.2019, Exp. N.º 00003-2010-10 [Caso <i>Nadine Heredia Alarcón</i>]	Segundo Juzgado de Investigación Preparatoria Nacional Permanente Especializado en Corrupción de Funcionarios	<p>“10. Al respecto, el suscrito en anteriores resoluciones recaídas en otros incidentes similares de tutela de derechos, viene sosteniendo que, atendiendo al carácter taxativo de la institución procesal de la tutela de derechos, solo pueden cuestionarse los requerimientos ilegales que vulneran derechos fundamentales relacionados con los enumerados en el artículo 71 apartados 1) al 3) CPP. En efecto, la CS a través del AP N.º 04-2010/CJ -116, ha establecido doctrina legal en relación a la audiencia de tutela y ha señalado que esta tiene un carácter residual, es decir, que sólo procede en aquellos casos en los que no exista otra vía propia para la denuncia o control respectivo. En relación a los derechos objeto de tutela, ha fijado que éstos sólo pueden ser aquellos que se encuentran descritos taxativamente en el apartado 2 del artículo 71 CPP, como son: [literales “a” al “f”] los cuales la defensa ha llamado derechos informativos”.</p>
03	Auto de primera instancia – Res. N.º 02, emitida el 05.04.2019, Exp. N.º 17-2015-75 [Caso <i>Rodolfo Orellana Rengifo</i>]	Tercer Juzgado de Investigación Preparatoria Nacional Especializado en Corrupción de Funcionarios	<p>“4.3.2. La Tutela de Derechos es una institución prevista en nuestro Código Procesal Penal, que otorga al imputado, la posibilidad de defender sus derechos fundamentales y constitucionales cuando éstos se vean afectados y vulnerados. Los derechos fundamentales amparados por la Tutela de Derechos, se encuentran previstos taxativamente en el artículo 71.2 del CPP; por ello, no procede este mecanismo, cuando se invoquen derechos que no se encuentren expresamente consignados en él, o que no se relacionen con ellos, tampoco procede cuando los derechos invocados tengan vía propia, o cuando se advierta que la defensa pretende obstruir la labor de investigación”.</p>

02	Auto de primera instancia – Res. N.º 02 emitida el 27.02.2018, Exp. N.º 46-2017-7 [Caso José Augusto Heighes Sousa]	Primer Juzgado Nacional de Investigación Preparatoria Especializado en Corrupción de Funcionarios	“9. El CPP, dentro del esquema garantista al que pertenece, ha regulado expresamente una serie de derechos de los imputados, los cuales se describen en el art. 71.2 CPP , y deben observarse desde el inicio de las primeras diligencias de investigación hasta la culminación del proceso- art. 71.1 CPP; ya sea porque considera que sus derechos no son respetados, o que es objeto de medidas limitativas de derechos indebidas o de requerimientos ilegales . Así, el AP 4-2010/CJ-116 del 16.11.2010), ha precisado, constituyen una lista taxativa (cerrada), enunciando los siguientes: [literales “a” al “f”].”
01	Auto de primera instancia – Res. N.º 01 emitida el 27.08.2017, Exp. N.º 23-2017-1, en: Nakasaki (ídem, 18min:20seg)		“2.3. Los derechos protegidos a través de la audiencia de tutela son los que se encuentran recogidos taxativamente en el artículo 71 inciso 2 del Código Procesal Penal. Siendo los siguientes: [literales “a” al “f”].”

Fuente: Jurisprudencia dictada por la Corte Suprema de Justicia de la República
Elaboración propia (2022)

- **Restringida moderada: solo los derechos descritos en el artículo 71 del CPP**

Tabla 9: *Jurisprudencia que adopta una tesis restringida moderada*

N.º	DATOS DE LA RESOLUCIÓN	ÓRGANO JURISDICCIONAL	FUNDAMENTO DESTACADO
04	Casación N.º 168-2016, Huancavelica emitida el 15.06.2018	Primera Sala Penal Transitoria	“ Fundamento 6.2.1.: (...) La tutela de derechos es una garantía de específica relevancia procesal penal, que puede usar el imputado cuando ve afectado y vulnerado uno o varios derechos establecidos específicamente en el artículo setenta y uno del Código Procesal Penal , quien puede acudir al JIP para que controle judicialmente la legitimidad y legalidad de los actos de investigación practicados por el Ministerio Público y repare, de ser el caso, las acciones u omisiones que generaron el quebrantamiento del derecho de las partes procesales. La vía de tutela judicial solo podrá hacerse efectiva durante las diligencias preliminares y en la investigación preparatoria propiamente dicha.”
			“ Fundamento 17: “Se coligue que la audiencia de tutela está regulada de manera restrictiva , es decir, sólo procederá en ciertos casos de afectación de

03	Casación N.º 1142-2017, Huancavelica emitida el 25.05.2018	Sala Penal Permanente	<i>derechos (los regulados en el artículo 71 del Código Procesal Penal del imputado y dentro de la fase de investigación del proceso: diligencias preliminares o investigación preparatoria propiamente dicha, por consiguiente, concluida la investigación preparatoria ya no será admisible una solicitud de tutela derechos”.</i>
02	Auto de Calificación de la Casación N.º 620-2014, Amazonas emitida el 16.04.2015	Sala Penal Permanente	<i>“Octavo. Cabe precisar que la Casación citada [136-2013, Tacna] en el fundamento jurídico anterior [3.11], dejó taxativamente establecido que: “(...) La tutela de derechos como institución procesal tiene una finalidad protectora del imputado, (...). No obstante, no toda afectación se puede reclamar a través de la audiencia de tutela de derechos, por cuanto al ser una institución procesal, el legislador y la jurisprudencia han establecido mecanismos específicos para determinados actos (...). Esta Corte Suprema a través de los APS N.º 04-2010-CJ-116 y N.º 02-2012- CJ-116 (...), ha desarrollado la institución de la tutela de derechos, habiéndose establecido como derechos legitimados para ser recurridos en vía de tutela los establecidos en el artículo 71 del CPP, constituyendo esta una lista cerrada de derechos (...). En consecuencia, no es de recibo los argumentos planteados por el recurrente, tanto más, si los derechos a la intimidad y el irrestricto derecho de la inviolabilidad del domicilio, no están taxativamente señalados en el artículo 71 del CPP”.</i>
01	Casación N.º 136-2013, Tacna emitida el 11-06-2014	Sala Penal Permanente	<i>“Fundamento 3.4 (doctrina legal): “(...) A través de los APS N.º 04-2010/CJ-116 y N.º 02-2012/CJ116 de la Salas Penales Permanente y Transitoria de la Corte Suprema de Justicia de la República ha desarrollado la institución de la tutela de derechos habiéndose establecido como derechos legitimados para hacer recurridos en vía de tutela los establecidos en el artículo 71 del CPP de 2004 constituyéndose esta una lista cerrada de derechos”. Fundamento 3.6. (doctrina legal): “(...) El derecho de ejecución de las resoluciones judiciales (comprendido dentro de la tutela procesal efectiva) no ha sido considerado dentro de dicho listado cerrado por lo cual discrecionalmente los órganos jurisdiccionales no puede incorporar nuevos supuestos de procedencia al dejar abierta la posibilidad de que se haga un uso abusivo, ilegítimo, se naturalice la figura de tutela y se permita al órgano jurisdiccional un control total tanto de las actuaciones de la policía como del Ministerio Público”.</i>

Fuente: Jurisprudencia dictada por la Corte Suprema de Justicia de la República
Elaboración propia (2022)

Conforme a la casuística nacional compartida, queda acreditado lo expuesto en líneas precedentes, la **tesis restringida**, es aquella teoría que presenta como **fundamento principal**, la delimitación del **ámbito de protección** de los **derechos amparables** a través de la petición de tutela a **un derecho descrito –o relacionado a uno de ellos–** en el artículo **71 inciso 2 del CPP**, no obstante, los órganos jurisdiccionales de distinto nivel de nuestra jurisdicción nacional-penal emplean para la materialización de dicho **fundamento, argumentos diferentes** que permiten **postular** una **división** de la **tesis bajo comentario** en los siguientes términos:

- **Tesis restringida radical:** El derecho o acto procesal objeto de la acción de tutela debe estar reconocido expresamente en algún o algunos de los derechos descritos en el artículo 71 inciso 2 del estatuto procesal (específico) o, en los numerales 1, 2 o 3 del artículo antes citado, que tomando en consideración la redacción vigente que ostenta el artículo 71 del Código Adjetivo, inevitablemente se refiere a los taxativamente señalados en el apartado 2.
- **Tesis restringida moderada:** El derecho o acto procesal que el recurrente reclama su protección debe estar reconocido en el artículo 71 del CPP (general).

En tal virtud, los **subtipos mencionados** presentan **un objetivo común:** *la reducción del ámbito de protección de los derechos pasibles de tutela a lo descrito en el inciso 2 del artículo 71 del Código adjetivo*, por tanto, el **reconocimiento de una lista cerrada (restringida)**; **asimismo**, vale reiterar, que estos guardan una relación: **parte–todo**, empero, **consideramos** que esta **subdivisión, alberga una abismal diferencia**, pues, la **tesis restringida moderada** que utiliza como fundamento solo la mención del artículo 71 del CPP (de forma genérica), no contempla los **supuestos** que **describe** el **inciso 4** del citado artículo, *ergo*, **se advierte una errónea interpretación: contra legem**, o, en otras palabras, contra el texto expreso de la ley, más concretamente, del **artículo 71 del CPP**, que en su oportunidad será desarrollado con amplitud en el **subcapítulo II: interpretación teleológica** de la investigación.

Aunado al sentido resolutivo que presentan los argumentos que respaldan la **tesis restringida radical** (derechos descritos en el artículo 71 inciso 2 del CPP) y **moderada** (de forma genérica se menciona el artículo 71 del CPP), nuestros órganos jurisdiccionales especializados en materia penal, **permiten describir un tercer supuesto**, que a nuestro entender, resulta **incatalogable**, pues, exponen que el ámbito de protección de los derechos pasibles de amparo por la acción de tutela son los reconocidos en el artículo 71 del CPP, sin embargo, describen exclusivamente los derechos expresados en el numeral 2 del artículo antes mencionado, por tanto, resulta **imposible** encuadrarla en la **tesis restringida radical** o **tesis restringida moderada**.

Para materializar las ideas antes mencionadas, compartimos algunas resoluciones que presentan esta fórmula argumentativa:

Tabla 10: Jurisprudencia de tesis restringida incatalogable

N.º	DATOS DE LA RESOLUCIÓN	ÓRGANO JURISDICCIONAL	FUNDAMENTO DESTACADO
03	Auto de vista – Resolución N.º 20, emitida el 23.11.2021, Exp. N.º 00017-2021-1	1 SPAN	<i>“2.1.4. Por su parte, el AP 4-2010/CJ-116, expedido por la CS, enuncia y desarrolla la taxatividad de los derechos protegidos por la Audiencia de Tutela, circunscritos a los recogidos expresamente por el artículo 71 del CPP, advirtiendo los siguientes: [literales “a” al “f”]. 2.1.5. Por lo tanto, la acción de este mecanismo de protección de derechos no puede proceder sino contra específicos actos que tengan relación con los derechos señalados en la lista precedente y que carezcan de una vía propia de salvaguarda (...)”.</i>
02	Auto de primera instancia – Res. N.º 03, emitida el 21.07.2021, Exp. N.º 0004-2020-2 [Caso Luis Arce Córdova]	JSIP	<i>“4.3 Los derechos protegidos son los que se encuentran recogidos taxativamente en el artículo 71 del CPP, se tiene: [literales “a” al “f”]. 4.4 Es preciso señalar que, la tutela de derechos se impulsa siempre que el ordenamiento procesal no señale taxativamente una vía determinada para la reclamación de un derecho afectado. Lo señalado no faculta al investigado o a su defensor para que puedan cuestionar, a través de la audiencia de tutela de derechos, cualquier tipo de disposición o requerimiento que haga el representante del Ministerio Público, toda vez que, únicamente se pueden cuestionar los requerimientos ilegales que vulneran derechos fundamentales relacionados con los enumerados en los</i>

			<i>numerales 1 al 3 del artículo 71 del CPP. Su carácter es residual”.</i>
01	Auto de primera instancia , Res. N.º 02, emitida el 04.12.2019, Exp. N.º 00042-2019-3 [<i>Caso: Hugo Velázquez Zavaleta</i>]	JSIP	<i>“3.3. Los derechos protegidos son los que se encuentran recogidos taxativamente en el artículo 71 del CPP, se tiene: [literales “a” al “f”]. 3.4. Es preciso señalar que, la tutela de derechos se impulsa siempre que el ordenamiento procesal no señale taxativamente una vía determinada para la reclamación de un derecho afectado. Lo señalado no faculta al investigado o a su defensor para que puedan cuestionar, a través de la audiencia de tutela de derechos, cualquier tipo de disposición o requerimiento que haga el representante del Ministerio Público, toda vez que, únicamente se pueden cuestionar los requerimientos ilegales que vulneran derechos fundamentales relacionados con los enumerados en los numerales 1 al 3 del artículo 71 del CPP. Su carácter es residual”.</i>

Fuente: Jurisprudencia dictada por la Corte Suprema de Justicia de la República
Elaboración propia (2022)

En resumen, sobre la base de la **tesis restringida radical o reduccionistas** (únicamente los derechos acopiados en el apartado 2 del artículo 71 del CPP), la **tesis restringida moderada** (de forma genérica se cita a los derechos expresados en el artículo 71 del Código Adjetivo) y la vertiente **incatalogable** (que mezclando ambas tesis antes citadas, cita por un lado de forma general el **artículo 71** del CPP, por otro lado, a región seguido, describe los derechos descritos en el inciso 2 del citado artículo), es que se cimenta **la tesis restringida** de derechos amparables vía tutela, que guarda como **objetivo o fundamento** *la reducción de los derechos pasibles de tutela a una lista cerrada (restringida), siendo estos los reconocidos expresamente en el artículo 71.2 del cuerpo normativo antes citado* y, que ha sido replicado por los diversos órganos jurisdiccionales a nivel nacional a lo largo de los años y, que posteriormente, se evaluará a efectos de precisar las razones de su posición adoptada.

1.4.2. Posición amplia

Posteriormente, la jurisprudencia expedida por los distintos órganos de nuestra administración de justicia sobre el tópic: *ámbito de protección de los derechos amparables vía tutela* se ha ido ampliando y abarcando derechos adicionales de los reconocidos expresamente en el artículo 71 numeral 2 del Código Adjetivo, esto es, los denominados derechos de tipo sustancial: conocimiento de cargos formulados en contra del investigado (artículo 71.2 literal “a” del CPP) y derechos instrumentales (artículo 71.2 literal “b” al “f” del CPP); los argumentos para su ampliación son diversos y serán analizadas con mayor profundidad en razón a cada derecho ampliado de manera concreta.

Sin perjuicio de lo antes expresado, a nivel preliminar consideramos pertinente detallar algunos ejemplos de cómo el Supremo Tribunal peruano, en las ejecutorias supremas emitidas en el último decenio, ha ido en contra de su doctrina legal y sin fundamentar las razones de su ampliación en cada caso concreto:

Tabla 11: Jurisprudencia que adopta una tesis amplia

N.º	DATOS DE LA RESOLUCIÓN	O.J.	DERECHO PROCESAL OBJETO DE TUTELA	FUNDAMENTO DESTACADO
04	Casación N.º 257-2019, Tumbes emitida el 10.02.2021	SPP	La posibilidad de cuestionar el acto procesal: declaración de complejidad <i>per se</i> y en el marco del crimen organizado	Fundamento destacado 1.2. “c y d”: <i>Corresponde al fiscal, a partir de los datos objetivos declarar determinada calificación procesal a su investigación –simple, compleja o por criminalidad organizada–. Las partes legitimadas podrán cuestionar aquella declaración en la forma y vía correspondiente. La forma está vinculada al tiempo inmediato posterior al que el fiscal emite la disposición que asigna determinada cualidad a la investigación; en tanto que la vía será la tutela de derechos –artículo 71 del NCPP–, siempre que se vulneren derechos del imputado, o con posterioridad mediante el control de plazo –artículo 343 del aludido código–.</i>
03	Auto de vista, Expediente N.º 15-2018 emitida el 12.11.2018	SPE	Derecho a la imparcialidad y objetividad del Fiscal de la Nación	Fundamento destacado 4: <i>“Este mecanismo ha sido considerado como uno de carácter residual, en tato salvaguarda los derechos contenidos en el art. 71 del CPP, y, además, en el entendido que no se cuente con</i>

				<i>mecanismos específicos regulados para determinados actos”.</i>
02	Auto de vista, Expediente N.º 02-2018-4 emitida el 16.10.2018	SPE	La posibilidad de cuestionar el acto procesal: declaración de complejidad de una investigación	Fundamento destacado 8.7.: “(...) el procedimiento para proteger la naturaleza de la complejidad de la investigación preparatoria es la tutela de derechos , previo requerimiento de la defensa del imputado al Ministerio Público que lo desestima o no da respuesta”.
01	Casación N.º 171-2011, Lima emitida el 16.08.2012	SPP	Derecho a la gratuidad de la administración de justicia (expedir los actuados del expediente fiscal gratuitamente)	Declara doctrina legal los fundamentos 10, 11 y 12; en los cuales se establece los supuestos en los cuales se puede expedir gratuitamente los actuados del expediente fiscal, empero, no se pronuncia respecto a que esta incidencia inicia vía tutela de derechos, numeral 2 de sus antecedentes, convalidando y consintiendo que sea sujeto a protección por esta.

Fuente: Jurisprudencia dictada por la Corte Suprema de Justicia de la República
Elaboración propia (2022)

Por estas consideraciones, podemos advertir que si el Supremo Tribunal peruano, si en algún momento se alineó a la posición restringida (*numerus clausus*) de derechos o actos procesales pasibles de tutela, ese criterio ha ido evolucionando, materializándose de manera deliberada (expresamente señalándolo) o tácitamente (al pronunciarse sobre el fondo, convalidando actualmente, la posibilidad de reclamación por esa vía), no obstante, los casos concretos en los que **el razonamiento ha sido decantarse por una posición amplia**, este siempre se encuentra delimitado al cumplimiento del **presupuesto material: residualidad**, esto es, **que carezca de una vía procedimental específica de reclamo**.

1.5. A manera de resumen

De lo expuesto, podemos brindar una **aproximación conceptual** de la **tesis restringida** y **amplia** del ámbito de acción de la tutela de derechos, la primera, es aquella teoría que presenta como **fundamento medular** la **delimitación** de los derechos pasibles de protección mediante la solicitud de tutela a un **catálogo cerrado** (*numerus clausus*) proscribiendo la posibilidad de ser materia de incidencia un derecho no reconocido expresamente en su texto legal, siendo este, el artículo 71 inciso 2 del estatuto procesal (específico) o, en los numerales 1, 2 o 3 del artículo antes citado, y, la segunda, es aquella tesitura que estima procedente para el

amparo de la incidencia de tutela, todo derecho procesal reconocido en la Constitución y la ley (*numerus apertus*), que cumpla acreditar el cumplimiento del **(1) requisito de admisibilidad: solicitud de cesación del agravio**, y **los presupuestos materiales de procedencia: (2) oportunidad procesal: dentro de la investigación preparatoria, (3) no estar incurso en un supuesto de obstrucción al éxito de la investigación** y –de manera prevalente– **(4) la residualidad**, que carezca de vía propia para su defensa dentro del proceso penal o, en su defecto, la reconocida, no resulte procedente.

Finalmente, habiéndose delimitado las tesituras existentes en nuestra jurisprudencia nacional, a continuación, vamos a desarrollar en base a cuatro pautas de interpretación: *histórica, teleológica, jurisprudencial y contexto-social* cual consideramos la tesis (amplia o restringida) que se debe adoptar en nuestro sistema de justicia y los fundamentos que la respaldan.

CAPITULO II: HIPÓTESIS

La **tutela de derechos** (tutela genérica) posee un ámbito de protección de derechos procesales reconocidos a nivel constitucional y legal conferidos a los intervinientes en el proceso penal peruano, conforme a una interpretación histórica, teleológica –literal y sistemática–, jurisprudencial y contexto-social, de **carácter amplio**, no obstante, de acuerdo a su desarrollo legislativo y jurisprudencial, debe estar sujeto al cumplimiento de un **requisito de admisibilidad** y **presupuestos de procedencia**, que dentro de estos últimos, se recoge al principal instrumento para la **activación de esta figura legal**, la **residualidad**, dicho de otra manera, satisfecho el **requisito de admisibilidad: (1) demandar la cesación del agravio materializado y superado los **presupuestos de procedencia: (2) que sea presentando en la oportunidad procesal legitimada**, dentro de un proceso penal instaurado, concretamente, dentro de la etapa de investigación preparatoria y, **(3) no estar incurso en un supuesto de obstrucción al éxito de la investigación**, debe limitarse su **procedencia** al cumplimiento del **presupuesto más relevante** que ostenta esta figura legal: **(4) la ausencia de vía propia regulada intraproceso para su tutela**, o, dicho de otro modo, que no presente una **tutela específica** de protección regulada en el Código Procesal Penal o que la regulada expresamente no aplicable al caso en concreto.**

CAPITULO III: DISEÑO METODOLÓGICO

3.1. Tipología de la tesis

La presente disertación, ostenta cuatro líneas de interpretación: *histórica*, *teleológica*, *jurisprudencial* y *contexto-social*, en tal sentido, podemos aseverar que la tipología de la investigación empleada será de **orden mixto**, pues, en atención a cada una de estas, se adecuará una clasificación específica, para mayor claridad, lo explicamos en atención a cada pauta de interpretación seleccionada.

- Con relación a la pauta de interpretación *histórica* y *jurisprudencial*, se utilizará el **tipo documental**, pues, se recopilará, revisará e interpretará lo escrito a nivel dogmático y jurisprudencial en torno al incidente de tutela y su ámbito de protección; en ese marco, primero, se va a recopilar la información disponible en libros, manuales, revistas físicas y virtuales y, además, la jurisprudencia a disposición en los portales web de cada organismo jurisdiccional, segundo, seleccionar y acopiar en torno a la teoría que adopta (tesis restrictiva o tesis amplia de derechos amparables) y, los fundamentos que sustenta dicha posición y, en último lugar, se analizará, ponderando fundamentos y criticando en cuanto corresponda, a efectos de esbozar una pauta interpretativa que permita respaldar la hipótesis planteada.
- Con relación a la pauta de interpretación *teleológica*, es preciso señalar que esta comprende el criterio de interpretación *literal* o denominada también *gramatical* y el *criterio sistemático (in toto)*; en tal virtud, tenemos que con relación al primero, realizaremos una **investigación explicativa** al buscar la finalidad de su regulación en nuestro estatuto procesal, esto es, la *ratio* que pretendió el legislador peruano con la inserción del artículo 71 del Código Adjetivo en nuestro ordenamiento jurisdiccional procesal y, en tal virtud, ampliar la comprensión de lo dispuesto en su redacción legal que no ha variado desde su entrada en vigor en el 2004 y, con relación al segundo, un **examen de orden exploratorio** con el fin de poder abarcar el contenido integral de la norma adjetiva que presente incidencia directa

o indirecta en la tutela de derechos y que permita un modelo de interpretación final.

- Con relación a la pauta de interpretación *contexto-social*, se realizada una **investigación de tipo experimental-descriptiva** al pretender clasificar y organizar, cual es la posición que adoptan una cantidad específica de operadores jurídicos en relación a la solicitud de tutela, tópicos vinculados a esta y, con mayor relevancia, el tópico materia de examen: ámbito de protección de los derechos tutelables en nuestra administración de justicia y, en tal virtud, sistematizarla para tener una línea estándar de lo que adopta la mayoría de estos, para cumplir con dicho fin, se utiliza una técnica de recolección y análisis de información de orden descriptivo: **encuesta**.

Sin perjuicio de lo antes expresado, resulta de suma relevancia destacar que toda la investigación persigue un fin **propositivo**, es decir, recabada la investigación conforme a los tipos de investigación aplicables a cada pauta de interpretación seleccionada, se pretende proponer un criterio de interpretación a seguir por los operadores jurídicos en torno al aspecto problemático materia de tesis: el ámbito de protección de los derechos tutelables vía tutela.

3.2. Enfoque de la investigación

El enfoque que se seguirá en la presente tesis es de tipo **cualitativo**, pues, importa mayores ventajas para nuestra investigación, ya que, como se ha expresado en el numeral anterior, a pesar de que se presenten diferentes tipos de investigación en razón a cada una de las pautas de interpretación objeto de la presente tesis, consideramos que en todas estas subyace la de tipo **exploratoria** que calza mejor con el enfoque antes citado, conforme a la finalidad que se pretende, esto es, recopilar información relacionada a la acción de tutela y su ámbito de defensa, su estado de cosas a nivel jurisprudencial, el criterio que adoptan los operadores jurídicos y, de tal manera, definir que pauta o criterio interpretativo uniforme que debe seguirse para la resolución de peticiones de tutela.

3.3. Técnicas de recolección de datos

Con la finalidad de obtener la mayor cantidad de información disponible y de esa manera, tener el material necesario para una idónea y eficaz evaluación de esta, que permita en base a las pautas de interpretación poder generar un criterio uniforme de interpretación, en ese sentido, se aplicaron las siguientes técnicas:

- **Análisis legislativo-histórico:** Se pretende identificar los diferentes cuerpos normativos emitidos a lo largo de la historia legislativa peruana, a efectos de dedicarnos exclusivamente a determinar cuáles eran los mecanismos procesales que se empleaban para la tutela o defensa de derechos y, si estos se encontraban, *intra* o *extra* proceso, asimismo, comprender la *ratio* sobre la cual descansa la incorporación de la petición de tutela como instrumento garantista en el ordenamiento procesal.
- **Método de recopilación y análisis jurisprudencial:** Sobre la base de una recopilación de la mayor cantidad de resoluciones (en su acepción amplia, la misma que comprende a los autos –los mismos que se emiten en la audiencia de tutela– conforme al artículo 123 inciso 1 del CPP) emitidas en los diversos niveles por nuestros órganos jurisdiccionales y, sobre la base del material encontrado, se procederá con el estudio de los fundamentos en los cuales descansa la tesis adoptada (restringida o amplia) a efectos de determinar la evolución que se ha tenido respecto al tópico materia de examen.
- **Cuestionario de tipo cerrado:** A efectos de poder determinar el juicio que adopta un sector de abogados en ejercicio que su ámbito de actividad se circunscriba al litigio penal, de esa manera, conforme a su conocimiento empírico, pueda brindar luces sobre lo que consideran se aplica o, en su defecto, debería aplicarse, en el mecanismo procesal objeto de estudio. Es así, que en base a preguntas de tipo cerrado podemos obtener mayor cantidad de información, de fácil manejo y sistematización. Para finalizar, debemos acotar que constituye un mecanismo de recolección de datos de tipo flexible, que se puede realizar

en la red y sin necesidad de la presencia física entre los intervinientes, en atención al contexto en el cual se está gestando el presente estudio, pues, en el Perú (y, a nivel mundial) se sufre las consecuencias de la pandemia por el SARS-CoV-2 (Covid-19) y sus variantes.

3.4. Diseño muestral

De conformidad con las líneas precedentes, en la presente tesis, se va a cumplir con **recopilar y analizar la jurisprudencia emitida en la jurisdiccional penal nacional**, sin embargo, resulta pertinente realizar la siguiente precisión, consideramos necesario **concederles mayor prevalencia a las jurisprudencia emitida por la Corte Suprema de la Justicia de la República del Perú** a través de sus diferentes Salas (Permanente, Transitoria y Especial) en la resolución de las incidencias que son de su conocimiento.

En ese orden de ideas, se ha cumplido con recopilar y revisar la jurisprudencia emitida por el Supremo Tribunal peruano, desde la entrada en vigor del estatuto procesal (2004) hasta el término del año 2021, presentado el siguiente detalle:

Tabla 12: Cuadro de jurisprudencia consultada

TIPO DE RECURSO	AÑO	SPP	SPT	2 SPT
Casación y auto de calificación de casación	2004	-	-	-
	2005	-	-	-
	2006	-	-	-
	2007	8	-	-
	2008	-	-	-
	2009	-	-	-
	2010	20	-	-
	2011	120	-	-
	2012	560	-	-
	2013	424	-	-
	2014	580	-	-
	2015	1001	78	-

	2016	318	309	-
	2017	463	502	368
	2018	895	689	312
	2019	729	406	2
	2020	72	60	-
	2021	260	334	-
TOTAL POR SALAS		5450	2378	682
TOTAL – FINAL:		8,510 ejecutorias supremas y autos de calificación		

Fuente: Reporte de jurisprudencia emitida por la Corte Suprema de Justicia de la República a través de la plataforma virtual Jurisprudencia Nacional Sistematizada **Elaboración propia** (2022)

Para finalizar, respecto a la Sala Penal Especial (SPE), debe recordarse que esta tiene como competencia la exclusiva participación en procesos de altos funcionarios, el mismo que se tramita conforme a las pautas establecidas para el proceso común, con la excepción de reglas particulares estipuladas en los artículos 450 y 451 del cuerpo normativo procesal.

Al respecto, podemos detallar como funciones concretas que ostenta a las siguientes:

- Conducir la etapa de juzgamiento en los procesos en los cuales se haya emitido en requerimiento acusatorio contra altos funcionarios públicos del Estado.
- Conocer los recursos impugnatorios de apelación que se interpongan contra las resoluciones dictadas por el JSIP (450.2 del CPP).
- Asimismo, conocerán los recursos de queja cuando el Juzgado de Investigación Preparatoria declare la inadmisibilidad del recurso impugnatorio de apelación interpuesto por los intervinientes, de acuerdo al artículo 437.1 del cuerpo normativo antes citado; adicionalmente, conocerán los incidentes de inhibición y recusación (artículo 53 del CPP).

Con relación a la revisión de la jurisprudencia emitida por la citada Sala, debemos señalar que, la jurisprudencia disponible en su portal web, ítem: *listado de resoluciones*, presenta registros desde el año 2017, en ese sentido, se cumplirá con revisar desde dicha fecha hasta la culminación del año 2021, revisándose un total de 247 ejecutorias supremas, con el objeto de seleccionar las que guarden relación directa e indirecta con la acción de tutela.

De acuerdo con lo antes descrito, en la presente investigación se recopilará y revisará un total de **8,757 resoluciones**, en términos generales, pues, estas comprenden a los recursos impugnatorios de casación, autos de calificación y, autos de vista o segunda instancia que fueron de conocimiento por el Supremo Tribunal peruano y, de esa manera, poder acopiar, seleccionar y analizar las que hayan emitido en el incidente correspondiente a la **acción de tutela**.

Adicionalmente, **con relación a la entrevista-cuestionario** que se pretende realizar, el ámbito poblacional se encuentra fijado a **cincuenta (50) abogados** en ejercicio y, que su ámbito de actividad, este dentro del litigio penal, con independencia al sector que pertenezca, esto es, por un lado, el sector público (léase: Ministerio Público, Poder Judicial, Procuraduría Pública y defensa pública) y por el otro, el sector privado, en ese orden de ideas, se les remitirá el cuestionario de manera virtual, en atención al contexto en el cual se está gestando el presente estudio, pues, en el Perú (y, a nivel mundial) se sufre las consecuencias de la pandemia por el SARS-CoV-2 (Covid-19) y sus variantes; en ese sentido, se llevará a cabo de forma virtual y sistematizará mediante el formulario que permite el programa Google en la red.

3.5. Métodos de interpretación aplicados en la tesis

Al estar dentro del marco de una investigación vinculada directamente a la **ciencia social: derecho**, es coherente aplicar **métodos de interpretación** que se encuentren sistematizados y sean utilizados en esta; es así, que a lo largo del presente estudio, **serán aplicadas y empleadas** para arribar a las conclusiones correspondientes y, de esa manera, respaldar la tesis adoptada por el autor, respecto al ámbito de protección de la petición de tutela –conforme a su hipótesis planteada–, **las siguientes pautas interpretativas:**

- **Interpretación histórica**
- **Interpretación teleológica (literal y sistemática)**
- **Interpretación contexto-social**
- **Interpretación jurisprudencial**

Conforme a lo antes mencionado, resulta fundamental; en primer lugar, brindar una **aproximación conceptual** sobre el término **interpretación jurídica**; en segundo lugar, delimitar los **tipos de interpretación aplicados** en la presente investigación y, en último lugar, desarrollar como se **materializarán** estos –a nivel preliminar– en el estudio del tópico objeto de examen: el ámbito de protección de la acción de tutela.

- **En primer lugar**, es necesario señalar que la palabra **interpretación**, deriva de la *acción de interpretar*, la misma que **etimológicamente** proviene voz latina *interpretare* o *interpretari*; sobre el particular, acota Díez Picazo (1975, 225) que la locución antes descrita “(...) *procede del griego «meta fraxtes» que indica al que se coloca entre dos, para hacer conocer a cada uno, lo que el otro dice*”.

Vale agregar lo expresado por el Diccionario de la Real Academia de la Lengua Española, al definir en su **connotación jurídica**, a la palabra **interpretar** como: “*determinar el significado y alcance de las normas jurídicas*” (Real Academia Española, s.f., definición 8).

Respecto a la **interpretación jurídica**, tenemos en doctrina internacional, lo enseñado por Guillermo Cabanellas (1994, tomo IV, p. 472), al definir que “*la Interpretación jurídica por excelencia, es la que pretende descubrir para sí mismo (comprender) o para los demás (revelar) el verdadero pensamiento del legislador o explicar el sentido de una disposición*” y, con mayor detalle, agrega Ludwig Enneccerus (1953, p. 197):

“Interpretar una norma jurídica es esclarecer su sentido y precisamente aquel sentido que es decisivo para la vida jurídica y, por tanto, también para la resolución judicial. Semejante esclarecimiento es también concebible respecto al derecho consuetudinario, deduciéndose su verdadero sentido de los actos de uso, de los testimonios y del «usus fori» reconocido y continuo. Pero el objeto principal de la Interpretación lo forman las leyes”.

Aunado a ello, el profesor sanmarquino Rubio Correa establece la **relación que presenta** la interpretación jurídica y la teoría general del derecho, **afirmando que presentan una relación parte–todo** y, guarda como finalidad la **interpretación jurídica** “(...) *desentrañar el significado último del contenido de las normas jurídicas cuando su sentido normativo no queda claro a partir del análisis lógico-jurídico interno de la norma*” (2005, p. 235).

Y, brindando algunos alcances sobre la **labor que cumple el intérprete jurídico** –en los términos enseñados por Torres Vásquez (2019, p. 56)– podemos resaltar los siguientes:

*“En **primer lugar**, la labor del intérprete se dirige a descubrir o develar el sentido inmanente en la norma; **en segundo lugar**, como por lo general una norma evoca varios sentidos, selecciona o fija el sentido con el cual se obtenga la solución más justa del caso concreto; y, **en tercer lugar**, si el sentido o sentidos de la norma no se adecuan a la nueva realidad social, el intérprete atribuye a la norma el significado que lo actualiza.”*

A modo de resumen, podemos señalar que la **interpretación jurídica** es aquella disciplina perteneciente a la **teoría general del derecho**, mediante la cual el **intérprete jurídico** (que puede ser tanto el legislador o el operador jurídico) brinda una aproximación, alcance o significado de un dispositivo legal, el cuál en todos los casos debe materializarse como el **sentido más favorable** que puede presentarse, aplicado al caso en concreto para la resolución de conflicto de intereses, en suma: insumo fundamental para la motivación de **los actos procesales** (en términos

generales) y, **resoluciones fiscales, judiciales y, de índole administrativa** (en términos particulares).

- **En segundo lugar**, y, sin ingresar a la problemática de **la existencia o no de tipos o métodos** de interpretación jurídica, pues, es un tema que su complejidad merece una propia investigación o, sobre cuáles deben ser **utilizados** por el **intérprete jurídico** para un **óptimo** alcance de la norma –sobre el particular, Von Savigny (1879, p. 183:255) postula con mucha firmeza que: “(...) **los métodos de interpretación no constituyen tipos sobre los cuales puede elegirse uno en predilección de otro, si no que en suma (los métodos literal, histórico, lógico y sistemático) resultan indispensables para la interpretación de la ley**”–, por lo expuesto, en la presente investigación, reiteramos, hemos considerado oportuno utilizar los siguientes métodos interpretativos: **histórica, teleológica (literal y sistemática), jurisprudencial y contexto-social**.
- **En último lugar**, conforme a los términos antes descritos, las **pautas de interpretación** que serán empleadas en la presente investigación se materializarán –a modo preliminar– de la siguiente manera:

a) Con relación a la interpretación histórica:

- En primer orden, se pretende abordar, cual es el procedimiento *intra* o *extra* proceso empleado para la defensa y salvaguarda de los derechos que ostentan los sujetos procesales comprendidos en un proceso ordinario tramitado conforme al Código de Procedimientos Penales de 1940 y proceso sumario conforme al Dec. Leg. N.º 124.
- En segundo orden, analizar el impacto y cambios significativos que presentó la protección de los derechos reconocidos constitucional y legalmente a las partes procesales desde la vigencia del Dec. Leg. N.º 638, Código Procesal Penal de 1991 (en adelante CPP

de 1991), publicado en el diario oficial El Peruano el 27.04.1991.

- En tercer orden, la transición que presentó el proceso penal peruano ante la innegable conversión del sistema penal adoptado: sistema inquisitivo (CdPP de 1940) a un sistema acusatorio con rasgos adversariales (CPP de 2004), su proceso de constitucionalización materializado con la paulatina entrada en vigor del CPP de 2004, Dec. Leg. N.º 957 en el año 2006 y la divergencia que reconoce dicho cuerpo normativo entre eficientismo y garantismo procesal.
 - En cuarto orden, someter a evaluación el propósito que tuvo el legislador peruano desde la vigencia del CPP de 2004, analizando la exposición de motivos, informes y otros documentos que fundamentaron dicho proceder y, en ese sentido, las razones para la incorporación de la acción de tutela en este.
 - Por último, es menester desarrollar y analizar las razones por las cuales desde su entrada en vigencia a la fecha en que se realiza el presente estudio, no ha presentado modificaciones; asimismo, si resulta necesario que se presente alguna modificación y el fundamento que respalda la conclusión arribada.
- b) Con relación a la interpretación teleológica: Sobre el presente método de interpretación, nos hemos permitido unificar la **interpretación literal y sistemática de la norma**, pues consideramos que de manera subyacente, ambas exponen la finalidad (*ratio legis*) de su existencia o con mayor propiedad, de su regulación en nuestro código adjetivo, esta se cristalizará, en base a una interpretación aislada y, en conjunto, de dicho cuerpo normativo; a mayor precisión, describiremos los parámetros a desarrollar:
- b.1. Interpretación literal: Tomando en consideración que en nuestro estatuto procesal, el único artículo que hace referencia

a la solicitud de tutela, es el artículo 71 del CPP, se pretende realizar un análisis aislado de dicho artículo, dicho de otro modo, independiente del cuerpo legal que lo contiene, esto implica **una revisión individual** de cada uno de sus apartados que presenta en *lege lata* y, a su vez, **de manera integral**, para lograr advertir el propósito que pretendió el legislador peruano con su regulación.

b.2. Interpretación sistemática: En nuestra opinión, este tipo de interpretación, implica una evaluación que no se circunscribe al cuerpo normativo que contiene a la institución jurídica estudiada (CPP), por el contrario, a todo el ordenamiento jurídico vigente a nivel nacional (Constitución Política y otros aplicables supletoriamente), en ese sentido, se realizará el siguiente examen:

- La ubicación legislativa que presenta la petición de tutela dentro del estatuto procesal.
- La regla procesal de interpretación extensiva que reconoce expresamente el artículo VII del TP del CPP a las normas procesales en tanto en cuanto favorezca a los sujetos procesales y, *contrario sensu*, la interpretación restringida en supuestos que: coacte la libertad o el ejercicio de los derechos procesales de las personas; adicionalmente, la prevalencia que ostentan los artículos contenidos en el título preliminar del citado cuerpo normativo.
- Los principios–derechos reconocidos a nivel constitucional y, en otros cuerpos normativos que, por su naturaleza, resultan aplicables supletoriamente, dotando de contenido al proceso penal y su regulación.

c) Con relación a la interpretación jurisprudencial:

- **Primero**, pretendemos evaluar de forma pormenorizada la **doctrina judicial** instaurada en el **AP N.º 04-2010/CJ-116** emitido en fecha 16.11.2010 en el marco del VI Pleno Jurisdiccional de las Salas Penales Permanente y Transitoria y el **AP N.º 02-2012/CJ-116** de fecha 24.03.2012, emitido en el marco del I Pleno Jurisdiccional Extraordinario de las Salas Penales Permanente y Transitoria, al desarrollar en sus fundamentos lo relativo a la acción de tutela.
- **Segundo**, vamos a analizar el sentido argumentativo que presenta la línea jurisprudencial que adopta una tesis restringida (únicamente derechos reconocidos textualmente en el artículo 71.2 del CPP) del ámbito de procedencia de la figura legal estudiada y, las razones por las cuales, consideramos se realiza una errónea interpretación por los diferentes magistrados intervinientes en la resolución de dichas incidencias.
- **Tercero**, habiendo transcurrido dieciséis (16) años desde la entrada en vigor del estatuto procesal, es preciso estudiar la evolución jurisprudencial que presenta la institución jurídica objeto de tesis, a efectos de determinar cuál es la postura que adoptan los magistrados en sus respectivas resoluciones, para cumplir con dicho resultado –como se ha expresado numerales arriba– se recopilará y analizará la jurisprudencia emitida en la jurisdiccional penal nacional, sin embargo, consideramos necesario concederle mayor prevalencia a las jurisprudencia emitida por la Corte Suprema de la Justicia de la República del Perú a través de sus diferentes Salas (Permanente, Transitoria y Especial) en la resolución de las incidencias que guarda relación directa o indirecta a la tutela de derechos y el tópico objeto de examen, respectivamente.

- **Cuarto**, de manera transversal pretendemos resaltar la jurisprudencia emitida por el Poder Judicial en todas sus instancias y los autos interlocutorios y sentencias del Tribunal Constitucional, en los cuales sin tener una incidencia directa con el instrumento procesal petición de tutela, guarda una relación indirecta al desarrollar los siguientes tópicos:
- La constitucionalización del derecho procesal penal, esto es, el reconocimiento expreso de derechos en nuestro estatuto procesal, que implica un respeto, y, observancia en las conductas realizadas por la autoridad investigadora.
 - Sobre la legitimidad y/o posibilidad de cuestionar actos procesales emitidos por el despacho fiscal (disposiciones salvo la disposición de formalización y continuación de investigación preparatorias, providencias, requerimientos ilegales).
 - El reconocimiento que ostenta el JIP al erigirse como un juez de garantías, es decir, su intervención radica en fungir como garante de los derechos que ostentan las partes procesales y así, se materialice un proceso conforme a ley.
 - No existen actuaciones realizadas por parte del Ministerio Público que se encuentra exentas de revisión o control ejecutado por el JIP, pues, su finalidad de este último dentro del proceso es de control legal y constitucional de las actuaciones procesales.
- **Finalmente**, en base al estado de cosas jurisprudencial, pretendemos esbozar algunos argumentos por los cuales resulta **válido y legítimo** la **irrecurribilidad** de las **disposiciones de apertura de investigación preliminar y formalización y continuación de investigación preparatoria, a diferencia** de lo que se presenta, en las disposiciones que *declaran compleja la investigación o*

declaran compleja en el marco del crimen organizado y de conclusión de investigación preparatoria (y, con respecto a este último, la posibilidad de nulificar los actos procesales siguientes que se hayan emitido, por citar algunos ejemplo, requerimiento acusatorio o de sobreseimiento).

- d) Con relación a la interpretación contexto-social: Es preciso resaltar que la presente investigación pretende exponer un fundamento que encuentre su respaldo en la **praxis judicial**, dicho de otra manera, que cumpla con recopilar la postura que adopta el **operar jurídico** (léase: jueces, fiscales, defensa privada y pública, entre otros) y los **fundamentos** por los cuales concluye que la tesis a la cual se alinea, es la idónea para la efectiva protección de los derechos que ostentan los sujetos procesales comprendidos en un proceso.

Sin perjuicio de lo antes expresado, que es la razón fundamental de su realización, consideramos oportuno formular preguntas que guardan incidencia con el tema de investigación y, de esa manera, tener una lectura integral a nivel práctico-casuístico, permitiendo respaldar la posición que se exponga en cada una de las pautas de interpretación empleadas.

En consecuencia, se pretende realizar, una encuesta-cuestionario circunscrita a cincuenta (50) abogados en ejercicio y, que su ámbito de actividad, este dentro del derecho penal y procesal penal del sector público (léase: Ministerio Público, Poder Judicial, Procuraduría Pública y defensa pública) y sector privado, vale decir, que –en atención al contexto en el cual se está gestando el presente estudio, pues, el Perú (y, a nivel mundial) sufre las consecuencias de la pandemia por el SARS-CoV-2 (Covid-19) y sus variantes–, se les remitirá el cuestionario de forma virtual y sistematizará mediante el formulario que permite el programa Google en la red.

3.6. Listado de abreviaturas empleadas en la redacción de la investigación

A lo largo de la presente investigación, el lector podrá advertir que su texto presenta la utilización de abreviaturas, que ostentan como única finalidad, una mejor comprensión del desarrollo argumentativo realizado y no incurrir en una ampliación excesiva del texto que presenta, en ese sentido, sobre la base de un cuadro sinóptico daremos cuenta de estas, para evitar eventuales confusiones de lo expuesto por el autor.

Tabla 13: *Listado de abreviaturas*

ABREVIATURA	DENOMINACIÓN INTEGRAL
Const.	Constitución Política del Perú
CC	Código Civil
CP	Código Penal
TUO de la LOPJ	Texto Único Ordenado de la Ley Orgánica del Poder Judicial
LOMP	Ley Orgánica del Ministerio Público
TUO del CPC	Texto Único Ordenado del Código Procesal Civil
CPconst derogado	Código Procesal Constitucional derogado
NCPconst	Nuevo Código Procesal Constitucional
CdPP	Código de Procedimientos Penales
CPP / CPP de 1991	Código Procesal Penal / Código Procesal Penal de 1991
TP	Título Preliminar
RMP	Representante del Ministerio Público
DADP	Disposición de apertura de diligencias preliminares
DFYCIP	Disposición de formalización y continuación de investigación preparatoria
CSJ / CSJE / CSJ	Corte Superior de Justicia / Corte Superior de Justicia Especializada / Corte Suprema de Justicia de la República
FP	Fiscalía Provincial

DF	Distrito Fiscal
FSCEDCF	Fiscalía Supraprovincial Corporativa Especializada en Delitos de Corrupción de Funcionarios
EP	Publicado en el diario oficial El Peruano
SPC	Sentencia Plenaria Casatoria
f.j. / ff.jj.	Fundamento jurídico / fundamentos jurídicos
AP/ APS	Acuerdo Plenario / Acuerdos Plenarios
Cas. / R. N.	Casación / Recurso de Nulidad
TCR	Tercero Civil Responsable
PP	Prisión preventiva
DPJ	Detención preliminar judicial
FN	Fiscal de la Nación
SPDA / SPDAN	Sala Penal de Apelaciones / Sala Penal de Apelaciones Nacional
JIPEDCFYCO	Juzgado de investigación preparatoria especializado en delitos de corrupción de funcionarios y crimen organizado
DCFYCO	Delitos de corrupción de funcionarios y crimen organizado
JIPEDCF	Juzgado de Investigación preparatoria especializado en delitos de corrupción de funcionarios
SPDANPEDCF	Sala Penal de Apelaciones Nacional Permanente Especializada en Delitos de Corrupción de Funcionarios
JIP / JIPP	Juzgado de Investigación Preparatoria / Juzgado de Investigación Preparatoria Permanente
JSIP	Juzgado Supremo de Investigación Preparatoria
SPP / SPT / SPE /	Sala Penal Permanente / Sala Penal Transitoria / Sala Penal Especial
Corte IDH	Corte Interamericana de Derechos Humanos
DADDH	Declaración Americana de Derechos y Deberes del Hombre
DUDH	Declaración Universal de Derechos Humanos
PIDCP	Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos
CADH	Convención Americana de Derechos Humanos

Fuente y elaboración propia (2022)

CAPÍTULO IV: CUERPO DE LA INVESTIGACIÓN

4.1. Subcapítulo I: Interpretación histórica

La primera **pauta de interpretación** aplicada en la presente tesis, es la denominada **interpretación histórica**, que puede ser definida –a nuestro entender–, como el criterio que aplica el **intérprete** u **operador jurídico** para la determinación del **sentido** o **razón de la ley** sobre la base de las razones que motivaron su elaboración y, posterior promulgación –**contexto legal**– esto es, el **examen del proceso de evolución legislativo**, que ha presentado el precepto normativo para alcanzar su **resultado final**: el **texto jurídico vigente que ostenta**.

En ese orden de ideas, **comprende el estudio** de la exposición de motivos y los ordenamientos procesales de similar naturaleza que comprenden al precepto normativo o norma jurídica, **con el objetivo** de advertir las circunstancias que dieron origen a la regulación actual de una determinada ley.

Conforme a la conceptualización brindada, en la presente tesis, se cristaliza el **criterio de interpretación citado**, en la evaluación del **proceso legislativo** que ha exteriorizado la **solicitud de tutela** como **institución jurídica**, para obtener la **justificación** que motivo al legislador nacional para su **inserción material** en el estatuto procesal, en ese sentido, **determinar cuál era el mecanismo procesal empleado** por el imputado (o, su defensa técnica) para la observancia, respeto y/o, en eventual lesión, el restablecimiento de un derecho de orden procesal reconocido a su favor, **en los cuerpos normativos procesales precedente al CPP**, vigente a la fecha que se suscribe la presente investigación en todos los distritos judiciales del Perú.

Ahora bien, resulta necesario mencionar desde esta instancia que, la **acción de tutela** como **institución jurídica** o **mecanismo procesal** regulado en el CPP, **no presenta paradigma o precedente de similar naturaleza** en nuestro ordenamiento jurídico, esto es, –en términos del **AP N.º 04-2010/CJ-116 (f.j. 10)** dictado el 16.11.2010–, se configura como uno de los **principales aportes** que **ostenta el sistema procesal** adoptado por nuestro Código Adjetivo penal, por tanto, sobre la base de esta premisa, destacaremos los **medios** o **métodos** que

ejecutaron tanto el investigado como su abogado defensor **para la protección de sus derechos de orden procesal** antes de la entrada en vigor del CPP.

De lo expuesto, corresponde precisar la **estructura organizativa** que se seguirá a lo largo del presente **subcapítulo**:

- a) En primer lugar, evaluaremos los **procesos penales ordinarios** y **sumarios** conforme al **CdPP** y **Dec. Leg. N.º 124** a efectos de determinar los **mecanismos procesales empleados** *intra* o *extra* proceso, para la protección de derechos de orden procesal que ostenta el investigado.
- b) En segundo lugar, **analizar el impacto** y **cambios significativos** que presentó la protección de los derechos reconocidos constitucional y legalmente a las partes procesales desde la vigencia del CPP de 1991, publicado en el diario oficial El Peruano el 27.04.1991.
- c) En tercer lugar, la **transición que presento el proceso penal peruano ante la innegable conversión del sistema penal adoptado**: sistema inquisitivo (CdPP de 1940) a un sistema acusatorio con rasgos adversariales (CPP de 2004), su proceso de constitucionalización materializado con la paulatina entrada en vigor del CPP, y el equilibrio de valores entre eficientismo y garantismo procesal.
- d) En cuarto lugar, someter a evaluación el **propósito** que tuvo el legislador peruano con la vigencia del CPP, analizando la exposición de motivos, y, el articulado que ostenta, en ese sentido, **las razones para la incorporación de la acción de tutela en este**.
- e) En último lugar, es menester **desarrollar** y **analizar** el **fundamento** por el cual, **desde su entrada en vigor a la fecha** en que se realiza el presente estudio, **no ha presentado modificaciones**; asimismo, si resulta necesario que se presente alguna modificación y, en ese sentido, desarrollar el argumento que respalda la conclusión arribada.

Finalmente, antes de iniciar el desarrollo de la presente **interpretación**, corresponde recordar que la finalidad es desarrollar el **proceso legislativo** que ha manifestado la **acción de tutela** en nuestro ordenamiento jurídico.

4.1.1. Los mecanismos de protección empleados en los procesos ordinarios y sumarios conforme al CdPP y el Dec. Leg. N.º 124

a) A modo preliminar:

Conforme reza en el título del presente numeral, **se pretende evaluar** de manera conjunta, los **procesos ordinarios y sumarios**, pues, en esencia ambos presentan **convergencia** en la forma de desarrollar la denominada **etapa de instrucción**, por ende, el autor se permite –a efectos de no ser redundante–, unificarlos y evaluarlos de manera conjunta –esto es, mencionar los mecanismos procesales que se empleaban para la protección de derechos del investigado en la citada etapa procesal–, para posteriormente, emitir una conclusión final sobre estos, empero, resulta necesario brindar previamente algunas notas relevantes que si merecen ser individualizados respecto a los procesos mencionados.

a.1. Proceso ordinario conforme al CdPP

El CdPP fue promulgado el 23.11.1939, publicado en el diario oficial El Peruano el 16.01.1940, sin embargo, enseña Oré Guardia, (tomo I, p. 62) que su vigencia empieza el 18.03.1940, además, que se encuentra influenciado por su predecesor el Código de Procedimientos en Materia Criminal de 1920 y gestada por la promulgación del Código Penal (en adelante, CP), Dec. Leg. N.º 635 publicado en el diario oficial El Peruano el 08.04.1991 y la Constitución Política del Perú promulgada el 29.12.1993 y publicada el 30.12.1993, pues, **se pretendía armonizar las citadas normas con el proceso penal.**

Influenciado por el Código de Enjuiciamiento Francés de 1808, y, como principal característica presenta, la adopción como sistema procesal, la confluencia de un **sistema acusatorio e inquisitivo**, esto es, de **naturaleza**

mixta; a juicio de Miranda Estrampes (2005, p. 444) el CdPP se ha esquematizado sobre la base del **sistema mixto**, sin embargo, prevalece a el enfoque **inquisitivo**, aspecto que coincidimos.

Ahora bien, sobre la estructura que presenta el CdPP, tenemos que desarrollar su articulado en dos facciones, un **Título Preliminar: disposiciones generales** y, el cuerpo procesal *per se*; de lo cual solo debemos destacar que el **proceso ordinario** ostenta **dos etapas procesales** claramente delimitadas, la **etapa de instrucción** –en buena cuenta, es el periodo de investigación y, en términos actuales, la denominada diligencias preliminares en el CPP– y el **juicio**.

a.2. Proceso sumario en arreglo al Dec. Leg. N.º 124 y su modificatoria

Luego de treinta años de vigencia del CdPP, el parlamentario nacional advertía una **problema** en el desarrollo de **nuestra administración de justicia** que subsiste en la actualidad, y, es la **carga procesal** que deviene en un **proceso penal lento**, o, viceversa, como **circulo vicioso inacabable**; por tal motivo, es que el **08.11.1969** se promulga el **Decreto Ley N.º 17110** con el objeto de –y, cito– “*activar los procesos y hacer pronta y oportuna la administración de justicia penal*”, materializado mediante el establecimiento de un **proceso** “expeditivo” denominado **sumario** o **abreviado** para la sustanciación de procesos de **delitos** de pequeña y mediana intensidad, **suprimiendo** la etapa de **juicio** dentro de su iter procedimental.

Es así, que **comprende** dentro de su **ámbito de aplicación** a delitos contra la vida el cuerpo y la salud cometidos por negligencia, los de abandono de familia, matrimonio ilegal, seducción, daños, usurpación, abigeato, especulación, acaparamiento, agio y usura (artículo 1) y, establece que su etapa de instrucción se sujetará bajo los lineamientos del proceso ordinario (artículo 2), empero, con la diferencia del plazo de duración, siendo este noventa (90) días, posterior a ello, los autos se remiten al órgano investigador, con el objeto que emita su dictamen fiscal en el plazo de doce (12) días, ante lo cual tiene dos alternativas:

- Emitir acusación fiscal: en ese sentido, se corre traslado a los sujetos procesales para que **dentro** del plazo de ocho (08) días puedan absolverla y, solicitar su **informe oral** (artículo 07); el mismo que con o sin su realización, el juez instructor en el plazo máximo de doce (12) días emitirá su pronunciamiento de la causa, la misma que es pasible de impugnación en el plazo de **veinticuatro (24) horas** o, ante la ausencia de esta, se **elevará** en consulta al **Tribunal Correccional –Superior Jerárquico–** (artículo 08).
- Emitir dictamen fiscal negando la comisión del delito o la responsabilidad penal del imputado: Al respecto, el juez puede **disentir** con la apreciación fiscal, designando a un **nuevo despacho fiscal** para que se pronuncie sobre la instrucción realizada, siendo esta decisión pasible de impugnación (artículo 06) y, posterior a ello, en caso decida acusar el nuevo fiscal, se continuará con el trámite antes desarrollado o, en su defecto, al **coincidir** con la **decisión** del agente fiscal, expide el **auto de sobreseimiento** (artículo 09).

Conforme se puede advertir, se deja a discrecionalidad para **aprobar** o **censurar** la decisión fiscal, previa puesta a conocimiento de las partes y, con o sin absolución. sin trámite adicional, se emitirá la **sentencia** correspondiente, pues, como se mencionó previamente, este proceso **carece** de **etapa de juzgamiento**.

Posteriormente, la pretensión primigenia del legislador nacional –procesos penales expeditivos– **se amplía**, pues, a su entender, el objeto se estaba cumplimiento de forma parcial, ante el reducido catalogo delitos pasibles de aplicación, es así, que se promulga el **Decreto Legislativo N.º 124** el **12.06.1981** y publicado en el diario oficial El Peruano el **15.06.1981**; siendo en adelante, **aplicable** para aproximadamente **cincuenta y dos (52) figuras delictivas**.

Aunado a ello, tenemos que la **Ley N.º 26680** (publicado en el diario oficial El Peruano el 30.11.1996) amplía una vez más el catálogo de delitos que se tramitaran por la **vía sumaria**, el mismo que a juicio de Oré Guardia alcanzó

el 79,02 % de los delitos comprendidos en nuestro CP (ídem, p. 64), sobre el particular, con meridiana claridad resume esta situación Miranda Estrampes (ídem, p. 445) considerando que es una respuesta a “*un fenómeno de **utilitarismo jurídico**, en el cual primaban **razones pragmáticas** frente a las **garantías procesales constitucionales**”.*

a.3. Convergencia en el desarrollo de la etapa de instrucción del CdPP y Dec. Leg. N.º 124 y su modificatoria mediante el Dec. Leg. N.º 1206

De entrada, destacamos que –al igual que el **Dec. Ley N.º 17110** (publicado en el diario oficial El Peruano el 08.11.1969)– el **Dec. Leg. N.º 124**, establece en su artículo 03, que su **instrucción** se sujeta a las **directrices del proceso ordinario**, concediendo un plazo para su desarrollo de **treinta (30) días** prorrogables a instancia del despacho fiscal por este mismo plazo como máximo y, respecto a la **etapa de juzgamiento** debemos de aseverar **categoricamente** que conforme a los **artículos 4, 5 y 6** del citado cuerpo normativo, esta **no se encuentra regulada**, es decir, **no forma parte del proceso como etapa procesal**, ordenándose **sentenciar acabada la instrucción**.

En síntesis, queda acreditado que tanto el **proceso ordinario** regido por el **CdPP** y el **proceso sumario** (o, denominado **abreviado**, motivo por el cual será empleado de forma indistinta a lo largo de este numeral) conforme al **Dec. Leg. N.º 124** coinciden en la **forma** de desarrollar su **etapa de instrucción**, por lo cual tiene sentido el examen en conjunto que se realizará en líneas siguientes.

Sin embargo, debemos mencionar que esta **no ha estado exenta de modificatorias en su regulación**, pues, mediante el **Dec. Leg. N.º 1206** (publicado en el diario oficial El Peruano el 23.09.2015), el parlamentario nacional ha variado algunos aspectos respecto a esta **etapa procesal**, por ende, vamos a desarrollar las que **guardan relación con el estudio de los mecanismos de defensa que comprende esta etapa**, las que no presenten relación o exceden esta etapa, **no serán mencionadas**, es así, que serán

abordadas desde dos dimensiones, por un lado, formales y, por otro, sustantivas:

- A nivel formal, debemos de mencionar **algunos aspectos plausibles** y otros **censurables**, que presentan las **modificaciones** del **texto original** del **Dec. Leg. N.º 124** a través del **Dec. Leg. N.º 1206**:
 - En primer orden, tenemos que se **amplía el plazo** de **instrucción** teniéndose así que el plazo será de **noventa (90) días** y, pasibles de **prórroga** por **sesenta (60) días (Artículo 3 modificado)**, siendo un **aspecto plausible**, pues, como se determinará líneas adelante, el **objeto** de la instrucción es la **reunión** de **elementos** de **juicio** de **cargo** y de **descargo** para emitir un **pronunciamiento** arreglado a ley y al caso en concreto.
 - En segundo orden, **un tópico criticable** es que se recorta el plazo para que la defensa técnica pueda presentar sus **informes escritos** concediendo un plazo de **cinco (05) días (artículo 5 modificado)**, a diferencia del texto original, que concedía un plazo de **diez (10) días**.
 - En tercer orden, **otro aspecto a destacar**, es el **plazo** que ostenta el juzgador para emitir su pronunciamiento, pues, el **texto original** le confería un plazo de **quince (15) días**, sin embargo, el **texto modificado** lo reduce a **diez (10) días** para emitir la resolución que corresponda (**artículo 05 modificado**), en ese sentido, **plausible**, pues, se pondera el carácter **expeditivo** que debe presentar el proceso sumario.
 - En último orden, tenemos que el **artículo 6** del **texto original** del cuerpo normativo *sub examine*, es suprimido por el **Dec. Leg. N.º 1206**, entendemos que la razón principal para esta decisión del legislador, es que tanto la **sentencia absolutoria como condenatoria** debe ser leída en público y, es suficiente con la participación de la defensa técnica en representación del acusado, constituyéndose así un **aspecto destacable** a nuestro entender.

➤ A nivel sustantivo: Conforme se expresó líneas arriba, nos limitaremos a las modificatorias realizadas a la **etapa de instrucción** que guardan relación con el estudio de los mecanismos de defensa que comprende esta etapa.

- La **primera modificación** que advertimos versa sobre el **deber** que se le **confiere** al **juez penal** de **garantizar el cumplimiento de los plazos legales de la investigación preliminar y la instrucción** (Artículo 49 modificado), pues, en el texto original, **no se contempla dicha función**; asimismo, es necesario destacar que la **inobservancia de dicho deber**, genera **responsabilidad disciplinaria**.

En suma, tenemos que es **una función** del **juez penal instructor garantizar** que los plazos procesales establecidos dentro del proceso judicializado se cumplan, pues, por un lado, afectaría el derecho al debido proceso en su manifestación de plazo razonable y, por otro lado, esta omisión acarrea responsabilidad, en ese sentido, advertimos **una primera modificación** sobre las **competencias** que ostenta el **juez instructor**.

- La **segunda modificatoria** respecto al **desarrollo** de la audiencia de presentación de cargos regulado en el artículo 77 del CdPP, ha cambiado significativamente, entre los aspectos que podemos destacar son: **a)** que el juez penal deberá realizar un **control de legalidad** de la imputación penal formulada en contra del investigado (inciso 6) y se establece –al menos a nivel formal– el estándar de prueba que se debe superar, **b)** ante una **apertura de instrucción** se habilita la posibilidad de **postular** actos de investigación que acrediten la tesis de defensa y, **c)** en caso ser rechazos, es impugnabile ese extremo del auto apertorio; garantizándose así, el **derecho a la prueba** del investigado.

- La **tercera modificatoria** guarda relación a la función concedida conforme a la **primera modificatoria** descrita, y, básicamente se resume en los siguientes aspectos: **(a)** el establecimiento del plazo originario de instrucción de ciento veinte (120) días, prorrogables por única vez por el plazo de sesenta (60) días, que debe estar sujeto a motivación y aprobación del Superior Jerárquico del juez instructor; **(b)** la facultad de **calificar** procesalmente la **instrucción** como **compleja** –en el auto apertorio de instrucción o antes del vencimiento del plazo originario–, vale precisar que, para este tipo de proceso es **ocho (08) meses** pasibles de prórroga por **cuatro (04) meses**, bajo los mismos lineamientos de un proceso simple, no obstante, **confiere** la **facultad** al investigado de cuestionar la calificación procesal mediante el **recurso de apelación**; **(c)** determina las causales para declarar complejo un proceso, y, por último, **(d)** pone en vigencia en todo el territorio –aplicable al proceso ordinario y sumario– el artículo 334 del CdPP, que **concede la facultad de controlar el plazo de la instrucción**.

Por lo expuesto, ahora corresponde evaluar los **mecanismos procesales** de **defensa** reconocidos a nivel constitucional y legal a favor del imputado ante vulneración de derechos de orden procesal, **durante** la **etapa de instrucción**, que es la equivalente a la **investigación preparatoria**, **etapa procesal** determinada por el legislador para promover la **acción de tutela**.

b) Mecanismos de defensa de derechos regulados en los procesos ordinarios y sumarios pasibles de promoción durante la instrucción:

En el presente literal, se pretende evaluar los **mecanismos procesales** que ha **concedido el CdPP para los procesos ordinarios**, y, conforme al **texto vigente del Dec. Leg. N.º 124 aplicables** también para los **procesos sumarios**, en ese sentido, advertir que derechos quedan **exentos** de protección.

Tabla 14: *Derechos protegidos por el Código de Procedimientos Penales*

DERECHO PROTEGIDO	MECANISMO O VIA PROCESAL
Debido proceso en su manifestación de procedimiento preestablecido ante incumplimiento de requisitos de admisibilidad o el tema debe ser tratado en otro vía judicial	Cuestión previa y cuestión prejudicial (art. 04)
El derecho de defensa y debido proceso (en términos generales al regularse la excepción de naturaleza de juicio y acción, cosa juzgada, amnistía y prescripción	Excepciones procesales (art. 05)
Debido proceso en su vertiente de juez predeterminado por ley	Impugnación (apelación o nulidad, según el órgano emittente) para la acumulación y desacumulación judicial (art. 20.5)
	Declinatoria de jurisdicción (arts. 27 y 28) el mismo que admite impugnación (apelación o nulidad, según el órgano emittente)
Debido proceso en su manifestación de juez imparcial	Recusación e inhibición arts. 29, 30 y 31 para jueces de instrucción y 40 para los magistrado superiores
Debido proceso en su expresión de fiscal imparcial y objetivo	Excusa fiscal (art. 41) y por remisión el artículo 19 del TUO de la LOMP
Derecho de defensa al permitir oponerse a la constitución en actor civil	(art. 56)
Derecho a la prueba en su manifestación de aportación y/o ampliación de diligencias	(Art.72 incisos 2 y 3)
Debido proceso en su expresión de funcionarios imparciales que intervienen en el proceso: peritos	(art. 165)

Debido proceso en su manifestación de plazo razonable, al poder cuestionar el exceso de duración de la instrucción	(art. 202 y Segunda Disp. Comp. y Final del Dec. Leg. N.º 1206)
--	---

Fuente: Código de Procedimiento Penales (publicado en el diario oficial El Peruano el 16.04.1940)

Elaboración propia (2022)

De lo expuesto, es ostensible que el **proceso ordinario y sumario**, contemplan **mecanismos de protección específicos** para la **exigibilidad** de los **derechos de orden procesal** que ostenta el imputado reconocidos en la Constitución y la ley, no obstante, se advierte que **presenta un déficit** importante al **no comprender derechos de orden procesal** relevantes para el desarrollo de un proceso penal, esto es, se advierte derechos que se encuentran exentos de protección y que se manifiesta como vacíos en el **CdPP**, sin el cual **no podríamos aseverar** que estamos ante un **proceso debido**.

Tabla 15: *Derechos no protegidos por el Código de Procedimientos Penales*

DERECHO NO PROTEGIDOS	ARTÍCULO PERTINENTE
La manifestación de aportación –como se demostró anteriormente, si se contempla y describe los requisitos para su evaluación–, sin embargo, no desarrolla forma de impugnación ante un rechazo por parte del juez penal instructor	(art.72.2)
Asimismo, respecto a facultad de impugnar el pronunciamiento relativo a la solicitud de la ampliación de una diligencia realizada en sede fiscal	(art.72.3)
Derecho de defensa en su manifestación del acceso al expediente en cualquier estado de la causa, ante la discrecionalidad de decretar secreta una actuación , y, no detalla los límites que presenta esta decisión judicial y facultad de cuestionarla	(art.73)

Derecho a la prueba en su expresión de admisión de acto de prueba solicitado y la derecho a la pluralidad de instancias	NO SE PRONUNCIA
Derecho de debido proceso en su manifestación de cuestionar la prueba ilícita , teniendo en cuenta que, los actos de investigación sumariales (policiales) tienen calidad de prueba	NO SE PRONUNCIA
Derecho de defensa en su vertiente de notificación de actos procesales ejecutados por el juez penal y participación en diligencias sumariales programadas	NO SE PRONUNCIA
Derecho al debido proceso en su manifestación de legalidad procesal ante la tramitación del proceso por vía ordinaria cuando corresponde por vía sumaria	NO SE PRONUNCIA
Derecho a la igualdad en su expresión de igualdad de armas procesales, es patente el desequilibrio de facultades y medios de defensa de los cuales carece el imputado, cristalizado en que el órgano investigador y decisor convergen en un mismo sujeto procesal	NO SE PRONUNCIA
Derecho al debido proceso en su manifestación de interdicción a la arbitrariedad , en la facultad de cuestionar las actuaciones fiscales y policiales	NO SE PRONUNCIA
Derecho de presunción de inocencia y debido proceso en la manifestación del <i>ne bis in ídem</i> , ante la persecución paralela o persecución de un hecho archivado previamente en sede fiscal	NO SE PRONUNCIA

Fuente: Código de Procedimiento Penales (publicado en el diario oficial El Peruano el 16.04.1940)

Elaboración propia (2022)

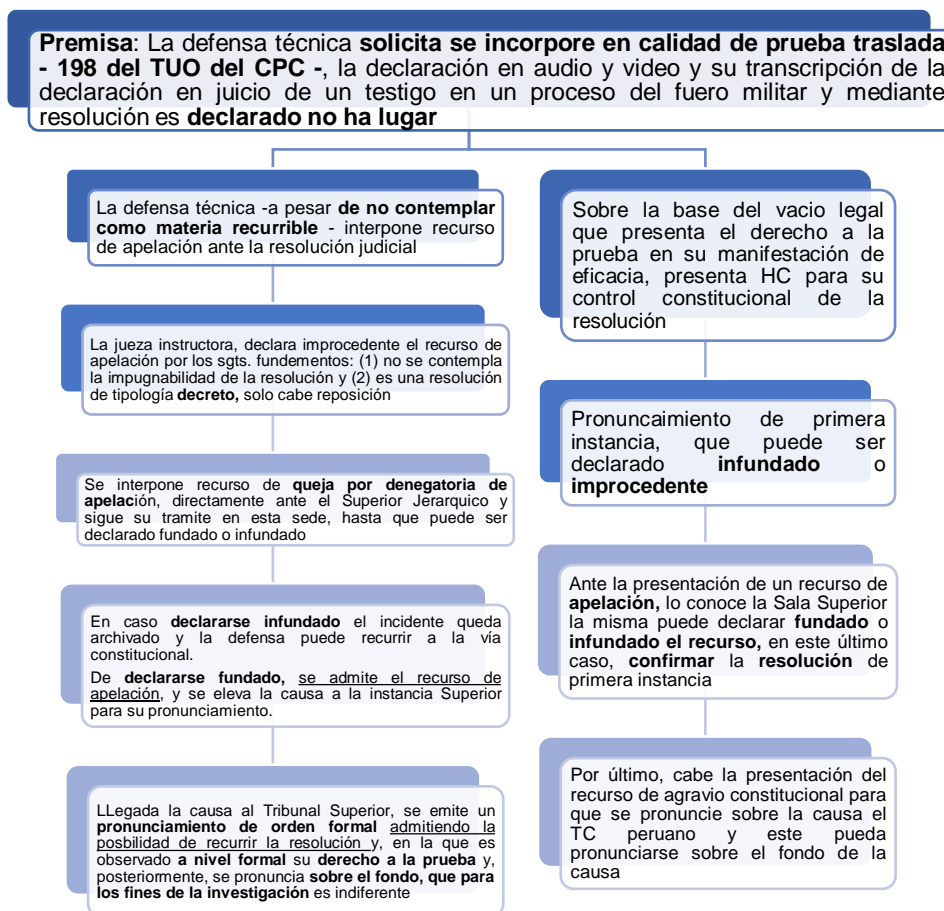
Conforme a lo antes acreditado, los **procesos ordinarios y sumarios** presentan una gama de derechos que **no presentan una vía de protección específica** –que por cuestiones de tiempo y espacio enumerarlos todos resultaría una tarea interminable–, que **impide afirmar** que se **desarrolla** un debido proceso, en ese sentido, lo que debemos responder a continuación es: **¿qué mecanismos activaba el investigado** (directamente o a través de su

defensa técnica) para petitionar el restablecimiento de los derechos vulnerados descritos previamente?

A nuestro entender, conforme a la regulación del CdPP y el ordenamiento jurídico vigente en esa época, el recurrente tiene **dos vías** para la **reclamación** de un **derecho de orden procesal** –antes citado u otro que en la praxis judicial se haya presentado– de orden constitucional o legal durante el desarrollo del proceso: (a) **Recursos impugnatorios** o (b) incoar los **procesos constitucionales**, específicamente, el habeas corpus o la acción de amparo.

Sobre la base de esta aseveración, **esquematzaremos el iter procedimental** que puede desarrollarse, al activar cualquiera de las **dos vías de reclamación** antes citadas, por la vulneración del **derecho a la prueba** en su manifestación de **eficacia probatoria**, ante la **declaración de inadmisión (rechazo)** de **incorporar prueba trasladada** al proceso penal incurso.

Ilustración 1: *Iter de la actuación de los mecanismos de protección empleados en los procesos tramitados en el Código de Procedimientos Penales*



Fuente y elaboración propia (2022)

En ambos casos, el **proceso** puede **durar** aproximadamente **dos (02) años**, lo que en efecto, **la activación y demora en la dilucidación de la causa**, por sí misma causa agravio, aunado a la **inseguridad y ausencia de predictibilidad jurídica** que se tiene para **resolver** el supuesto antes descrito, dado el **vacío legal** que presenta el **CdPP** para la protección del **derecho a la prueba** en su **expresión de eficacia probatoria**, ante la **declaración de inadmisión (rechazo) de incorporar prueba trasladada** al proceso penal incurso, dicho de otra manera, por la ausencia de **mecanismos de protección** para el **citado derecho** y, que indudablemente es aplicable a los **demás derechos enumerados previamente** que **carecen** de una **vía propia** para ser protegidos.

Además, no cabe duda que **instrumentalizar la vía constitucional**, para la **protección de derechos de orden procesal**, tiene como resultado, la sobrecarga del control constitucional, que en efecto, conlleva a que estos procesos constitucionales también devengan en lentos e inobservar uno de los principales fines esenciales que ostenta estos citados procesos, siendo este, la **vigencia efectiva** de los derechos constitucionales reconocidos por la Constitución y los Tratados Internacionales, que ostenta el procesado accionante.

c) Conclusiones finales

Finalizada la revisión del CdPP que regulaba al **proceso ordinario y sumario**, queda acreditado que contempla **mecanismos procesales taxativos** para la protección de **derechos de orden procesal** reconocidos a nivel constitucional y legal, sin embargo, la **técnica legislativa** empleada nos permite afirmar que, **deja en absoluta desprotección** a otros derechos de **igual relevancia**, que impide encuadrar a estos procesos como debidos.

Es ostensible la **desprotección** en los citados procesos de **tres derechos** de orden procesal, –por citar algunos, pues, la lista resulta extensa–, sin el cual se puede afirmar un **debido proceso: (1) legalidad procesal** para reclamar la tramitación de un proceso en vía ordinaria cuando lo que corresponde es la vía sumaria, o, viceversa, tomando en consideración que guardan

desemejanzas abismales respecto a la etapa de juzgamiento, (2) derecho a la prueba, ante la imposibilidad de controlar la postulación de diligencias o ampliación de estas, ante un rechazo realizado por el juez a cargo de la causa, teniendo en consideración que sin este mecanismo, no se puede generar convicción sobre la tesis que se defiende en el proceso y, por último, (3) acceso a la totalidad del expediente judicial, pues, se habilita la posibilidad de decretar el secreto de actos judiciales, empero, no fórmulas de controlar esta decisión adoptada.

Ante la **desprotección** de los **derechos de orden procesal** que ostenta el procesado, por la **ausencia** de **mecanismos de protección regulados de manera específica dentro del CdPP**, el imputado o, su defensa técnica recurre **dos vías para exigir su observancia y restablecimiento**, *intra proceso*, los **medios impugnatorios (apelación)** y *extraproceso*: incoar los **procesos constitucionales**, no obstante, la demora que presentan ambos en su dilucidación, causan agravio por sí misma, empero, respecto a los **medios impugnatorios**, ante la ausencia de regulación concerniente a la **posibilidad de recurrir resoluciones judiciales** que se pronuncien sobre estos, el accionante ve materializado otra afectación, siendo esta, el debido proceso en su vertiente de **falta de seguridad y/o predictibilidad jurídica**.

4.1.2. El impacto de la vigencia del CPP de 1991

A partir de la década de 1980 y 1990, en Latinoamérica, empieza a materializarse una concepción distinta del debido proceso, adoptándose de esa forma la consolidación del modelo **acusatorio**, que principalmente se caracteriza por albergar en su seno a la **división o separación de funciones** entre el **órgano investigador y decisor o de juzgamiento**, el cambio de estatus que ostenta el imputado, de **objeto a sujeto pasivo del proceso**, por ende, aumento en el reconocimiento de los **derechos** que ostenta y, la **simplificación procesal**.

Dado el impacto que tuvo esta nueva corriente filosófica en el proceso penal, el Perú no fue ajeno a alinearse a esta, viéndose materializado en la promulgación del **CPP de 1991**, a través del **Decreto Legislativo N.º 638**, publicado en el

diario oficial El Peruano en fecha **27.04.1991**; **adoptándose** en nuestro ordenamiento procesal por primera vez el denominado sistema penal **acusatorio**; caracterizándose por institucionalizar la **separación de funciones** entre la **función de persecución y juzgamiento**, que exige previamente a esta última, la formulación de una **acusación previa**.

Sin perjuicio de lo antes dicho, se presente un tema controversial respecto a este cuerpo normativo procesal y, es que, su vigencia se fue **dilatando** en múltiples oportunidades, hasta –en palabras de Oré Guardia (ídem, p. 65)– **condenarlo** a una *vacatio legis interminable*; no obstante, resulta necesario precisar que, en **trece distritos judiciales** –en los **dieciséis distritos judiciales** restantes se encuentra vigente el CPP– se encuentra vigente parte de su **artículo**, entre los cuales destacamos:

- La regulación del **principio de oportunidad** (artículo 02).
- El **mandato de detención** (artículo 135), los fundamentos para poder imponer esta medida coercitiva de carácter personal (artículo 136), la duración que puede ser impuesta (artículo 137), los medios impugnatorios pasibles de promoción durante este incidente (artículo 138) y, en el **defecto de su aplicación**, la posibilidad de imponer la **comparecencia con restricciones** (artículo 143), medidas aplicables ante el incumplimiento de esta última, como la **conducción compulsiva** (artículo 144) o la **caución** (artículo 183).

Además, desarrolla el **régimen de notificación** de las medidas de coerción personal antes mencionadas (artículo 145) y, se regula la figura de la **liberación provisional** –que en lenguaje del CPP, se equipara a la cesación de prisión preventiva– (artículo 182 del CPP), su tramitación (artículo 184), la posibilidad de impugnarla (artículo 185) y, la misma que en caso se **declarare fundada**, describe las **reglas de conducta** que pueden imponerse al procesado (artículo 186), por ende, pasible de **revocación** (artículo 187).

- Por último, desarrolla las **diligencias especiales** y su forma de materializarse, estos son: levantamiento del cadáver (artículo 239), necropsia (artículo 240), prohibición de embalsamamiento en caso de homicidio (artículo 241), como proceder ante indicios de envenenamiento (artículo 241) y, respecto a las precisiones –indicación del arma o instrumento con el cual se lesiono– que se deben tener ante delitos por lesiones corporales (artículo 243).
- Los últimos artículos vigentes, giran en todo a los delitos de aborto y patrimonio, en los que, se **exige** la acreditación de la preexistencia del embarazo y el bien (artículos 244 y 245, respectivamente).

Dado el **articulado vigente** que presenta el cuerpo normativo bajo estudio, y, habiéndose descrito de manera pormenorizada estos, no corresponde ampliar sobre mecanismos de protección específicamente regulados, pues, por un lado, **no registra vías de protección taxativamente señalados**, y, por otro lado, el **cambio significativo se materializa desde la adopción de un sistema procesal diferente**, el cual permite advertir que, desde años 1990 el parlamentario peruano, varía de norte, empezando un tratamiento diferenciado respecto al imputado y sus derechos, resultando innegable que el **sistema acusatorio**, adoptado integralmente por este ordenamiento, al ser preponderantemente **garantista**, dicho de otra forma, prevalece **la protección de los derechos** que ostenta el **imputado**, **relegando la concepción de objeto para implementar** el tratamiento como a **sujeto pasivo del proceso**, más no ampliamos, puesto que corresponde al siguiente numeral desarrollar con amplitud el cambio de paradigma de inquisitivo a acusatorio con rasgos adversariales.

Para finalizar, resulta pertinente mencionar que, durante la **década de los noventa**, en el Perú se presenta un suceso anecdótico, el Congreso de la República, aprueba el **CPP de 1995**, sin embargo, este fue observado por el Poder Ejecutivo, sentenciando al citado cuerpo normativo, al eterno olvido, al no haber sido absuelta por los legisladores peruanos, por tal motivo, no fue promulgada ni entro en vigencia en nuestro ordenamiento jurídico, siendo la

ratio por la cual no ha sido analizada en el proceso de reforma procesal penal del presente subcapítulo.

4.1.3. La transición del CdPP al CPP: la acción de tutela como aporte del sistema procesal acusatorio con rasgos adversariales

Conforme al proceso evolutivo que se ha ido desarrollando hasta ahora, podemos aseverar que, en el Perú se ha gestado dos sistemas procesales claramente definidos por diferentes cuerpos procesales, por un lado, el CdPP predominantemente **inquisitivo** y, por otro lado, el **CPP de 1991** de hegemonía **acusatoria**; sin embargo, conforme se mencionó líneas arriba, este último no entro en vigencia integralmente en los Distritos Judiciales del Perú, por los constantes aplazamientos que presento, es así que, el **29.07.2004** se publicó en el diario oficial EP el **Decreto Legislativo N.º 957, Código Procesal Penal** (en adelante, **CPP**) de orientación **acusatoria con rasgos adversariales**, del mismo modo se pronuncia, Peña Cabrera-Freyre (2007 p. 122:123) y Oré Guardia & Ramos Dávila (2005, p. 117-120).

Sobre el particular, debemos destacar que, la **exposición de motivos** del **CPP**, no publicado en el diario oficial EP, junto al articulado del ordenamiento procesal, al contrario, conservado por la Secretaria Técnica de la Comisión Especial de Implementación del CP, no obstante, este expresa con claridad meridiana que el este **estatuto procesal**, es producto de un cambio de paradigma que tiene un lapso de **quince (15) años** de desarrollo, que pretendía renovar el esquema procesal que mantuvo por cerca de seis décadas el CdPP, y que tuvo como **antecedentes** al **CPP de 1991** y **1993**, siendo así, destacamos las principales razones de la necesidad de gestación de un nuevo cuerpo normativo procesal:

- A nivel comparado, la mayoría de los países de la región, estaban adoptando un nuevo paradigma procesal que se sustentaba en la base del sistema acusatorio, y, compatibilizado con el estándar establecido por los instrumentos internacionales dictados en la época –por citar algunos ejemplos, Declaración Universal de los Derechos Humanos

(DUDH), Convención Americana de Derechos Humanos (CADH) y Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (PIDCP)–.

- De otro lado, que el nuevo código procesal penal –durante su gestación en el 2004, actualmente ya ostenta dieciséis (16) años de vigencia–, se encuentre armonizado con los parámetros descritos por el constituyente en la Constitución Política, el CP y, en suma, el ordenamiento jurídico peruano vigente.

Las principales directrices que expone, sobre las cuales se sistematizará el proceso penal recogido por el Código Adjetivo bajo comentario, es que se trata de un **modelo acusatorio**, estableciendo la **separación de funciones** de investigación y juzgamiento, y, **destacando la relevancia de los principios de** publicidad, inmediación, contradicción e igualdad de armas, y como vehículo o instrumento para la resolución de la causa e incidentes la oralidad.

Respecto a la etapa que es relevante para el presente estudio, la **investigación preparatoria**, expone que, se encuentra bajo de la dirección del representante del Ministerio Público, no obstante, establece que el juez de garantías, presenta dentro de sus competencias –de manera textual– *“ejercer actos de control que estipula el Código”* (29.5 del CPP), confiriéndole la facultad de realizar un **control de legalidad** a las actuaciones fiscales, con el objeto de asegurar un **debido proceso** mediante **diferentes vías específicas de control**, no obstante, no es sustento para considerar que se trata de un **catálogo cerrado**, por el contrario, su intervención debe materializarse **ante toda afectación o presunta violación a la legalidad procesal** que **impida** reputar como debido el proceso penal incurso.

Por último, destacamos lo expuesto en la **exposición de motivos del CPP**, al establecer que, como cuerpo normativo, se cimenta sobre la base de **dos valores trascendentales**: seguridad ciudadana –entendida, como **eficientismo**, esto es, lograr los fines del proceso penal– y garantía – que no es otra cosa que la vigencia de los derechos de orden procesal que ostenta el proceso dentro del proceso instaurado en su contra–.

4.1.4. Deducciones recaídas en la pauta de interpretación histórica

A la postre, culminada la **revisión del proceso evolutivo** que tuvo el **CPP** como **cuerpo normativo procesal** que **comprende** dentro de su articulado, a la **acción de tutela**, podemos emitir las siguientes conclusiones:

- EL CdPP que regulaba al **proceso ordinario y sumario**, contempla **mecanismos procesales taxativos** para la protección de **derechos de orden procesal** reconocidos a nivel constitucional y legal, sin embargo, la **técnica legislativa** empleada nos permite afirmar que, **deja en absoluta desprotección** a otros derechos **de igual entidad o relevancia**, que impide encuadrar a estos procesos como debidos.

Ante la **desprotección** de los **derechos de orden procesal** que ostenta el procesado, por la **ausencia** de **mecanismos de protección regulados de manera específica dentro del CdPP**, el imputado o, su defensa técnica recurre **dos vías para exigir su observancia y restablecimiento**, *intra proceso*, los **medios impugnatorios (apelación)** y *extraproceso*: incoar los **procesos constitucionales**, no obstante, la demora que presentan ambos en su dilucidación, causan agravio por sí misma, empero, respecto a los **medios impugnatorios**, ante la ausencia de regulación concerniente a la **posibilidad de recurrir resoluciones judiciales** que se pronuncien sobre estos, el accionante ve materializado otra afectación, siendo esta, el debido proceso en su vertiente de **falta de seguridad y/o predictibilidad jurídica**, por tanto, queda **acreditado** que el legislador nacional buscaba **variar este paradigma procesal** que mermaba los **derechos procesales** conferidos al procesado y que le brindaba un tratamiento de **objeto** y no **sujeto pasivo del proceso**.

- El **primer atisbo** de relegar el **sistema procesal** y las **afectaciones** que manifiesta el CdPP, se cristaliza a través del **CPP de 1991**; pues, permite advertir como se **materializa el cambio de sistema procesal**, puesto que desde **1990** el parlamentario peruano, varía de

norte, empezando un tratamiento diferenciado respecto al imputado y sus derechos, al ser innegable el **sistema acusatorio** que es adoptado integralmente por este cuerpo normativo procesal, aunado a ello, al ser preponderantemente **garantista**, es decir, prevalece **la protección de los derechos** que ostenta el **imputado**, **censura la concepción de objeto** para **implementar el tratamiento** como a **sujeto pasivo del proceso**.

- El **segundo atisbo** se materializa durante la **década de los noventa** con el **CPP de 1995**, el mismo que presentaba **notas comunes** con el **CPP de 1991**, y, tenía como mérito, que se **encontraba** influenciado por **cuerpos normativos de derecho comparado**, que indudablemente iban a mejorar el proceso penal, sin embargo, **fue observado** por el Poder Ejecutivo, sentenciando al citado cuerpo normativo, al eterno olvido, al no haber sido absuelta por los legisladores peruanos, ocasionando que no sea promulgada ni entrará en vigencia en nuestro ordenamiento jurídico, no obstante, debemos destacar que, acogió en su seno al sistema procesal **acusatorio** y, **estaba emparejado** al cambio de estatuto que pretendía el **CPP de 1991**, esto es, **persistían** en las **reglas de tratamiento garantista** a favor del **procesado**.
- Por último, como **tercer atisbo**, tenemos que la **exposición de motivos del CPP**, ha condesado en breves líneas la **intención del legislador nacional**, de **variar el paradigma procesal** que se mantuvo por sesenta años emanada del CdPP; siendo así, establece un **proceso penal** que se cimenta en el **sistema acusatorio**, y, se encuentra **compatibilizado** con el estándar establecido por los **instrumentos internacionales** dictados en la época y la **Constitución Política vigente**; además, se funda sobre la base de dos valores trascendentales: **eficiencia** y **garantía**; que tiene como uno de sus principales ejemplos: el **régimen de control de la actuación fiscal** (regularidad de la investigación preparatoria) por parte del juez de garantías.

Conforme a todo lo expuesto, está claramente acreditado que el CPP tiene por objeto **fungir** como un **cuerpo normativo procesal garantista** (no obstante, paralelamente converge la seguridad ciudadana o eficientismo) del cual emana el tratamiento del imputado como un **sujeto pasivo del proceso**, empero, **no desde un plano meramente formal o programático**, al contrario, **con manifestaciones concretas**, conforme se ve reflejado por el proceso evolutivo desde antes de su concepción hasta su entra en vigencia, esto son: **(1)** superar la ausencia de mecanismos de protección de derechos del investigado en el proceso ordinario y sumario conforme a la regulación del CdPP, **(2)** secundar el sistema penal adoptado (acusatorio) y bondades procesales que presentaban tanto el CPP de 1991 y el CPP de 1995, y, **(3)** la justificación del cambio de esquema procesal conforme reza en la exposición de motivos –la sistematización de códigos modernos en países de Latinoamérica, y, que este se encuentre compatibilizado a la Constitución e instrumentos internacionales–.

En tal virtud, se advierte la **paulatina concesión de cada vez más derechos de orden procesal al investigado**, siendo ostensible, **el aumento de garantías** primarias y secundarias, en esta última forma, se encuentra la **acción de tutela**, lo que nos permite inferir que este instrumento jurídico, funge como un **mecanismo de protección residual**, para la defensa de derechos de orden procesal reconocidos a nivel constitucional y legal, que **carezcan de vía propia**, por tanto, debe prevalecer una **concepción amplia** de derechos pasibles de tutela, pues, **responde** a la **intención legal histórica** que ha pretendido el parlamentario nacional **de brindarle una efectiva protección al imputado y no meramente formal o programática**.

4.2. Subcapítulo II: Interpretación teleológica

Resulta necesario empezar indicando que el presente **subcapítulo**, ha sido nombrado **interpretación teleológica**, entendida esta pauta por el suscrito, como el **método** mediante el cual, el **operador jurídico** ante la **alternatividad de sentidos** o **explicaciones** que se le puede **conferir a la ley**, **opta** por elegir **el más adecuado**, en atención a la institución jurídica que alberga la norma, la naturaleza que exhibe y el objeto que presenta dentro del cuerpo normativo que la comprende.

Ahora bien, es necesario advertir que, esta **pauta de interpretación** no está **carente de críticas**, puesto que la presencia de “varios sentidos o explicaciones de la ley” puede devenir inexorablemente en **apreciaciones subjetivas** que se fundan en una **posición preestablecida** que se tenga sobre la real dimensión y explicación de la ley, dicho de otra manera, lejos de ser un **proceso de interpretación**, deviene en un **procedimiento íntegramente subjetivo**, en ese sentido, nos hemos decantado por no adoptar en estricto, el examen del **criterio teleológico**, por el contrario, hemos comprendido dentro de su **matriz** a dos **criterios** que en la práctica se representan como **independientes**, empero, a nuestro entender, nada impide que sean desarrollados como un todo armonioso, pues, en esencia, persiguen como fin ulterior **comprender** la **intención del legislador** con la positivización de una norma jurídica concreta.

Es así, que a lo largo de este **subcapítulo III**, vamos a desarrollar el **criterio literal** y **sistemático**, con la finalidad de comprender la *ratio* que tuvo el legislador nacional para la incorporación y tiene actualmente, pues, hasta el final de la presente tesis, –en julio del 2022– no ha sido modificado el artículo 71 del CPP que regula a la figura jurídica: **acción de tutela**.

Dado estas ideas previas, podemos afirmar que, con la finalidad de no incurrir en un **procedimiento meramente subjetivo** y, obtener el **sentido de la ley**, nos hemos decantado por desarrollar **dos criterios de interpretación contrapuestos (gramatical o literal y sistemático)**, que permitirán enriquecer la presente investigación, no obstante, lo aseverado, no tiene incidencia en la finalidad que ostentan estos criterios, el determinar el **propósito** que pretendió el legislador con su codificación,

Sin embargo, debemos **brindar** una **aproximación conceptual** de estos **criterios o pautas de interpretación** que serán empleados:

- Criterio literal, denominada también **gramatical**; a nuestro juicio, consiste en la **técnica** mediante el cual, el operador jurídico **adquiere** el **significado** de la **ley** desde la **composición gramatical –lenguaje jurídico–** que ostenta y que ha empleado el legislador en el momento de su positivización, dicho de otra manera, determinar el sentido de la ley desde el análisis de los **vocablos** o **términos jurídicos** que comprende la norma **de manera textual**, sin evaluar preceptos normativos fuera de su propio contenido expreso.

Sobre la base de su conceptualización, entendemos que debe ser el primer método de interpretación empleado por los intérpretes, para obtener el **sentido** o **explicación** del **precepto normativo**, a efectos de advertir si se presentan vacíos, lagunas, ambigüedades o contradicciones que exijan acudir a otra **pauta de interpretación**.

Por último, el **citado criterio**, guarda intrínsecamente relación con el **principio de legalidad procesal** –que establece la **exigibilidad** de la **observancia** y **respeto** del estricto cumplimiento de las reglas procesales establecidas en el Código Adjetivo–, que en nuestro ordenamiento procesal penal, tiene un reconocimiento expreso, en el **artículo I apartado 2 del TP del CPP**, y, por dicha ubicación legislativa, no cabe duda que posee un **estatus prevalente** respecto a todo el articulado que conforma el estatuto procesal.

- Criterio sistemático, es la pauta de interpretación que exige al operador jurídico exceder su examen de la propia norma de manera individual o por sí misma –superando de esa manera, el **ámbito** de **aplicación** del **criterio literal**–, con el objeto de evaluar el **sentido legal** conferido por el legislador, desde **(I)** su **interrelación** con todo el articulado del cuerpo normativo que la comprende, **(II)** en atención su **ubicación** que presenta dentro del estatuto legal y, **(III)** sobre la base de **reglas de interpretación** establecidas de manera expresa por el cuerpo normativo que la engloba

y, otras aplicables supletoriamente recogidas en el ordenamiento jurídico de forma general.

El **fundamento** de este criterio, no es otro que la **imposibilidad de admitir** como **cierta** la premisa que, el **sentido de una norma** se encuentra **única y exclusivamente** en el **tenor legal que ostenta**, puesto que **no es una norma aislada**, por el contrario, esta **forma parte de un todo**, que exige una **armonía** entre estas, no pudiendo presentar un **significado aislado o contradictorio**.

Por añadidura, no está de más recordar lo expresado por los jueces supremos en lo penal en el **AP N.º 01-2016/CJ-116** dictado el **01.07.2016** que en su **considerando 11** –el mismo que constituye **doctrina judicial**– claramente han establecido que la **labor de interpretación** ejecutada por el órgano judicial, le **exige un deber de razonamiento** que **no puede estar delimitado** en el **análisis de orden legal**, sino por el contrario, **necesariamente** debe **comprender** a la **Constitucional Política del Perú** –y, nos permitimos extenderla, a todo el **sistema jurídico**–, por ende, a nuestro entender, reconoce como **legítimo** el empleo del **criterio antes mencionado**; en suma, lo condiciona a no realizar una **aplicación inmediata** de la ley sino a **examinar** su **validez** dentro del ordenamiento jurídico nacional.

Sobre la premisa antes descrita, debemos recordar que, conforme al artículo 55 y la Cuarta Disposición Final y Transitoria de la Const., forman parte de nuestro sistema jurídico los **tratados internacionales** y, fungen están como **criterio de interpretación**, en ese sentido, la **Cas. N.º 870-2019, Ayacucho, (ff.jj. 8.6, 8.7 y 8.8)** dictada por la **SPP** el **17.02.2021**, ha establecido como **criterios** que: **(1)** el órgano judicial **de oficio debe** ejercitar un **control de convencional** de todos los **preceptos normativos** (sin importar su nivel jerárquico, esto es, que sea de orden constitucional, legal o administrativo) con la finalidad de comprobar su adecuación a los **tratados internacionales** y la **jurisprudencia** de la Corte IDH –la misma que comprende **opiniones consultivas** y **medidas provisionales**–; **(2)** en todos los casos, el

resultado de esta debe ser **optar** por la **norma** o **interpretación** que otorgue mayor protección a los derechos fundamentales y, **(3)** expresamente, condiciona a que los **operadores jurídicos nacionales** adopten el **principio de mayor protección** y más amplia **cobertura de los derechos fundamentales**.

Por lo expuesto, queda claramente demostrado que el **criterio sistemático** es **reconocido** como **pauta de interpretación**, el mismo que está supeditado a **examinar** su **validez** dentro del ordenamiento jurídico nacional e internacional.

Culminada estas notas previas, ahora resulta necesario describir el contenido de los criterios citados, en ese orden de ideas, en el criterio literal: se examinará **de manera aislada** (por separado) cada uno de los incisos que comprende el artículo 71 del CPP y, además, **de forma integral** para comprender las razones del sentido organizativo que estableció el legislador nacional y, referente al criterio sistemático; compatibilizar el artículo 71 del estatuto procesal peruano, con todo el ordenamiento procesal, con el objeto de advertir que postura prevalece conforme a las reglas procesales establecidas **de manera expresa en el citado cuerpo normativo** y, **extra código**, en nuestro ordenamiento jurídico nacional; pero en ambos casos, con la finalidad de obtener la mejor **explicación** del contenido normativo del artículo 71 del Código Adjetivo penal y, de esa manera, adoptar la postura correcta sobre el ámbito de acción que ostente la acción de tutela.

Finalmente, sin nada más que acotar, empezamos el desarrollo del presente subcapítulo de manera sustantiva.

4.2.1. Respecto a una interpretación literal (análisis del artículo 71 del CPP)

En las siguientes líneas, conforme reza en el título del presente numeral, el suscrito realizara una **evaluación** desde la **literalidad** que ostenta actualmente el artículo 71 del CPP, sumillado: **derechos del imputado**; y, de esa forma, establecer la **ratio** que pretendió conferir el parlamentario nacional con la redacción legal otorgada, al incorporarla en nuestro estatuto procesal, y tomando en consideración que, –como se ha expresado anteriormente–, este artículo desde su inserción en Código Adjetivo no ha sido sujeto a ninguna modificatoria.

De entrada, debemos señalar el orden que seguiremos para desarrollar esta pauta de interpretación: **(1)** A modo preliminar, abordaremos aspectos puntuales sobre el **principio de legalidad procesal penal** como fundamento para la realización de la **interpretación literal**, en ese orden de idas, sus bondades y deméritos en torno a su aplicación para dilucidar la problemática relativa al ámbito de acción de la solicitud de tutela; **(2)** determinaremos si el reconocimiento legal que ostenta esta figura jurídica es el artículo 71 del CPP de manera integral o el apartado 4 del artículo citado; **(3)** disgregaremos cada uno de los cuatro incisos que comprende el artículo 71s del ordenamiento procesal, a efectos de realizar una evaluación aislada (por separado) de cada uno de estos y, posteriormente, desarrollar una análisis integral; no obstante, debemos destacar que, transversalmente examinaremos la literalidad de los términos y vocablos empleados por el legislador nacional, con el objeto de comprender la **ratio** de su utilización; así como, armonizaremos lo analizado con la jurisprudencia nacional dictada por nuestros órganos jurisdiccional especializados en materia penal, y, de esa manera desarrollar el último tópico, **(4)** en el cual esbozaremos las deducciones arribadas.

Sin mayor preámbulo, a continuación, materializamos el esquema de trabajo planteado.

(1) El principio de legalidad procesal penal como fundamento para la interpretación literal empleada para la solución de la problemática materia de investigación:

Consideramos necesario partir desarrollando al **principio de legalidad procesal**, pues, sobre este principio se **construye** la **validez** de una **interpretación literal** de la norma, tomando en consideración que este exige el cumplimiento de lo establecido por la norma de orden procesal; es así como, en el ordenamiento jurídico nacional, el **citado principio**, encuentra su reconocimiento en el **principio-derecho** delimitador de la función jurisdiccional **debido proceso** (artículo 139.3 del CPP), como **garantía matriz** de derechos de orden sustantivo y procesal que ostenta como característica fundamental su **residualidad**, esto es, comprende a todo derecho o principio carente de **reconocimiento expreso**; en igual sentido, **comprendiendo a la legalidad procesal dentro del debido proceso** tenemos a San Martín Castro (2020, p. 532:533) y Oré Guardia (2016, tomo I, p. 87).

Por añadidura, el artículo 04 del CPconst (derogado) y el artículo 09 del NCPconst, incorporan al **principio de legalidad procesal penal dentro de la tutela procesal efectiva**, no obstante, el suscrito considera que, la **relación** que presenta la **tutela jurisdiccional efectiva** y el **debido proceso**, a nuestro entender, se manifiesta de la siguiente manera: el primero funge como el **género** (postulado) y el segundo, como la **especie** (manifestación concreta) o, en términos de Monroy Gálvez (2009, p. 459 y 460), mientras que la **tutela jurisdiccional efectiva** es exigible y tiene un ámbito de proyección “*antes y durante el proceso*”, el **debido proceso** solo se circunscribe al “*desarrollo (durante) el proceso*”; a su turno, el **TC** se pronuncia afirmando que en nuestro ordenamiento constitucional, la **tutela jurisdiccional** es un derecho continente que engloba, a su vez, **dos derechos fundamentales**: el **acceso a la justicia** y el **derecho al debido proceso** en la SSTC. Exp. N.º 8123-2005-PHC/TC, Lima, (f.j. 6) del 14.11.2005 y, reiterado en el Exp. N.º 04799-2007-PHC, Lima, (f.j. 3) de fecha 09.01.2008.

Enunciado el reconocimiento del **principio de legalidad procesal penal** en nuestro ordenamiento jurídico nacional, coincidimos con lo expresado por San Martín Castro (ídem, p. 17), al aseverar que dentro de nuestro estatuto procesal, se le ha conferido un reconocimiento expreso, en el **artículo 1.2 del TP del CPP**, al dejar claramente delimitado que el desarrollo del **proceso penal** debe estar sujeto al cumplimiento de las normas que profesa el Código, no estando demás recordar paralelamente que los **artículos** descritos en el **Título Preliminar del Código Adjetivo prevalecen** sobre el resto del articulado que lo comprende y, se configuran como **pautas de interpretación**, conforme lo demanda el **artículo X del TP del CPP**.

De lo expuesto, brindamos una aproximación conceptual al **citado principio**, siendo la **facultad** que ostenta **toda sujeto procesal** sometido a un proceso a **exigir** la observancia y respeto de las normas de orden adjetivo, ante las autoridades estatales que conducen el proceso, esto es, a cumplir con los procedimientos preestablecidos para la sustanciación del proceso de manera general y sus incidencias que puedan formarse, de manera particular, en suma, las reglas procesales determinadas en el cuerpo normativo que las contiene.

A consecuencia de ello, resulta necesario que se cumpla con el contenido expresamente descrito por el legislador nacional en el artículo 71 del CPP, al establecer las reglas para el desarrollo de la acción de tutela, dicho de otro modo, la inobservancia e incumplimiento de lo descrito puede devenir en una **infracción** a la **legalidad procesal** y, por ende, **incurrir** en una **errada interpretación**, pues, todos los sujetos procesales (léase: órganos investigadores: representante del Ministerio Público y miembros de la PNP, órgano judicial, investigados y, otros) intervinientes en la causa se sujetan al estricto cumplimiento de la norma procesal.

Por último, no cabe duda que, la **interpretación literal** tiene como **fundamento de aplicación**, la **observancia** y el **respeto** del **principio de legalidad procesal**, empero, una **lectura aislada** puede devenir en desconocer u obviar la **ratio** que pretendió (y, pretende al no haber sido modificado hasta la actualidad **-2022-** que se culminó con esta investigación), sin embargo, corriendo este riesgo y, tomándolo en

consideración esta premisa, para no incurrir en una errónea y aislada interpretación, en adelante, materializamos esta método de interpretación.

(2) Ubicación legislativa expresa de la acción de tutela:

Un primer tema relevante, es establecer la **ubicación legal exacta**, en donde se encuentra contemplada la figura jurídica materia de investigación, pues, de ahí podremos advertir las primeras reglas estatuidas por el legislador nacional para su sustanciación y, que ostenta un estatus preferente por ser fuente de derecho.

Para empezar, pertinente compartir lo expuesto por doctrina legal del **AP N.º 04-2010/CJ-116** del **16.11.2010**, el mismo que en su **considerando 10** establece el parecer de los magistrados supremos en lo penal respecto a la ubicación legal que ostenta la solicitud de tutela, aseverando que esta se encuentra en **específicamente en el apartado 4 del artículo 71 del CPP**.

Adicionalmente, en Sede Suprema se ha reproducido este parecer en múltiples ejecutorias supremas, entre las cuales destacan: la **Cas. N.º 1142-2017, Huancavelica, (f.j. 15)** dictada por la **SPP** el 25.05.2018; la **Cas. N.º 168-2016, Huancavelica, (f.j. 6.2.1)** dictada por la **1 SPT** el 15.06.2018 y el **auto superior – Resolución N.º 03 (f.j. 1.10)**, Expediente N.º 07-2019-6, [Caso *Jimmy García Ruiz*] dictada por la **SPE** el **05.08.2019**; y), por ende, podemos inferir que es el **criterio uniforme** adoptada por la Suprema Corte peruana.

En iguales términos, **a nivel doctrinal** de manera unánime se han pronunciado San Martín Castro (ídem, p. 406), Ávalos Rodríguez (2020, p. 420), Alva Florián (2010, tomo 11, p. 13), Taboada Pilco citando a jurisprudencia acopiada (2011, p.187 y 864), Sánchez Córdova (2010, p. 69) y Somocurcio Quiñonez (2009, p. 276).

Dado lo expresado, vale citar el mentado apartado 4 del artículo 71 del CPP:

*(...) 4. Cuando el imputado considere que **durante las diligencias preliminares o en la investigación preparatoria no se ha dado cumplimiento a estas disposiciones, o que sus derechos no son respetados, o que es objeto de medidas***

limitativas de derechos indebidas o de requerimientos ilegales, puede acudir en vía de tutela al JIP para que subsane la omisión o dicte las medidas de corrección o de protección que correspondan”.

Por lo expuesto, desde un plano jurisprudencial, legal y doctrinal –mayoritario–, es uniforme el criterio que, la **ubicación legislativa** que ostenta la acción de tutela, de manera expresa, se encuentra reconocido en el numeral 4 del artículo 71 del CPP, y, sobre la base de esta primera premisa, evaluaremos el contenido del mencionado artículo.

(3) Análisis el artículo 71 del CPP

a) Examen aislado de los incisos que conforman el artículo 71 del CPP

Tabla 16: *Inciso 1 del artículo 71 del Código Procesal Penal*

“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”.

Fuente: Código Procesal Penal (publicado en el diario oficial El Peruano el 29.07.2004)

Elaboración propia (2022)

Del contenido del numeral 1 del artículo 71 del CPP, podemos arribar a las siguientes deducciones:

- **En primer lugar,** consideramos necesario realizar un deslinde conceptual entre los vocablos **principio**, **derecho** y **garantía** con el objetivo de evitar confusiones o contradicciones a lo largo de este numeral, pues, a menudo se suele emplear a estos, como términos equivalentes, cuando conceptualmente no lo son, por tal motivo, a continuación, los diferenciamos:

- **Derecho:** Es una facultad –siguiendo a Maier (1996, tomo I, p. 474)– que ostenta una persona para exigir el estricto cumplimiento de todas las atribuciones que son reconocidas a su favor, en ese sentido, oponible *erga omnes* (contra todos), no obstante, existe un cúmulo de derechos que, su ejercicio y exigibilidad **se circunscribe dentro de un ámbito determinado**, por citar un ejemplo, **el derecho procesal**, siendo el proceso penal el espacio de su concreción, por ende, los sujetos legitimados para su reclamo son las partes procesales (investigado, actor civil, persona jurídica, entre otros) y la exigencia (observancia y respeto) se formula contra los órganos (fiscales y judiciales) que conducen la sustanciación del proceso.
- **Garantía:** Constituye la manifestación de **exigibilidad** que ostenta un **derecho determinado** conferido a una persona para su cabal **observancia y respeto** dentro de un espacio determinado, dicho de otra manera, el **derecho** es una **garantía** por sí misma, pues, está última se configura como el **deber jurídico** de **observar** el **derecho** pues, en su defecto, será compelido a su realización –exigir su cumplimiento– por medio de mecanismos judiciales preestablecidos.

Es así, que la **garantía** puede manifestarse desde **dos vertientes**: como **garantía primaria**, la misma que se configura como el deber jurídico de observancia y respeto reconocido a favor de un sujeto, respecto a un derecho positivizado en un ordenamiento jurídico y, la **garantía secundaria**, que se exterioriza como el procedimiento o instrumento de protección previsto en un cuerpo normativo para exigir el cumplimiento en caso el derecho se encuentre lesionado.

Recapitulando, ha quedado acreditado la **interrelación** entre el **derecho** y la **garantía** dentro del **ámbito procesal**, empero, se pone de manifiesto, que no resultan ser **equivalentes**, puesto que, el primero, constituye en el reconocimiento de atribuciones o facultades conferidas por el ordenamiento jurídico hacían un sujeto comprendido en el proceso, permitiendo su exigencia hacia los

órganos que la dirigen; la segunda, se manifiesta como la fórmula de exigencia reconocida, ya sea reconociéndola en un cuerpo normativo (**primaria**) o incorporando mecanismos de protección ante una eventual lesión (**secundaria**).

Para finalizar, se advierte que, un derecho sin su **forma** de exigibilidad –**garantía primaria** o **secundaria**– queda en el ámbito de las normas programáticas carentes de reclamación, esto es, desprovistas de valor normativo, así se ha pronunciado, la **STC. Exp. N.º 1230-2003-PHC, Lima (f.j. 4)** [*Caso César Humberto Tineo Cabrera*] del **20.06.2002**, sin embargo, sin entrar en contradicción, el reconocimiento expreso del derecho en un cuerpo normativo, se manifiesta como una forma de exigibilidad, esta es, la **garantía primaria**, por ende, consideramos **pasibles de reclamación** frente a los organismos estatales.

- **Principios:** En términos de Oré Guardia (2016, tomo I, p. 77) se configuran como criterios de orden jurídico-político que sustentan y orientan al proceso en el marco de política-criminal de orden penal, en ese sentido, se configuran como **pautas interpretativas** y **de interpretación** que coadyuvan a una óptima administración de justicia; respecto al primero, pues, fungen como los criterios delimitadores de la función legislativa –tanto del Poder Legislativo como el Poder Ejecutivo–, exigiendo que su producción normativa se encuentre sujeta a sus postulados, además, con relación a la función judicial, quienes deberán priorizar los principios ante la ley ordinaria, no está demás mencionar que en materia procesal penal, le alcanza este mandato, al órgano fiscal-acusador, y, respecto al segundo, fungen como el instrumento mediante el cual, el operador jurídico podrá comprender la *ratio* de la ley y, de esa manera, una mejor aplicación, con mayor énfasis, en supuestos de ambigüedades o vacíos legales.

- **En segundo lugar**, los **derechos de orden procesal** conferidos al imputado durante el *iter* del proceso penal, esto es, su **exigibilidad** (observancia y respeto) que ostenta, puede ser **ejercido** de manera **directa** por sí mismo o por **representación**, mediante su defensa técnica elegida (defensa privada) o asignada por la autoridad correspondiente (defensa pública).
- **En tercer lugar**, el legislador nacional ha tenido a bien, **expresamente conferirle al imputado** –que, en atención a cada etapa procesal tendrá denominaciones más precisas, entre estas: **investigado**: en la etapa de IP, **acusado**: en el procedimiento intermedio y juzgamiento, y, por último, **sentenciado**, pudiendo ser **condenado** o **absuelto**; empero, un término genérico que comprende a todas estas etiquetas, bien podría emplearse **procesado**–, una **gama amplia (apertus) de derechos de orden procesal**, reconocidos **a nivel constitucional**, comprendiendo de esa manera a derechos humanos (art. 55 y Cuarta Disp. Final y Transitoria de la Const.), fundamentales (art. 02 de la Const.), constitucionales (art. 3 y 139 de la Const.) y **legal** (CP, CPP, TUO de la LOPJ, LOMP, entre otros).
- **En último lugar**, los **derechos de orden procesal** recogidos en la Constitución y las leyes **pueden ser reclamados** por el procesado ante la autoridad estatal correspondiente (**órgano investigador o judicial**) **dentro y durante** todo el proceso, desde su inicio con la **disposición de apertura de DP** hasta su final –en la mayoría de casos– con la **emisión** de una **sentencia absolutoria** o **condenatoria** que adquiera la calidad de firme (cosa juzgada) u otra forma que pueda materializarse el fin del proceso –v. gr. **disposición de no FYCIP** (sede de IP), **sobreseimiento de la causa** (etapa intermedia), entre otros–; lo destacable es que, es **trasversal, no se flexibiliza**, es decir, **exigible integralmente** durante toda la duración del proceso penal instaurado en su contra.

Sintetizando, al amparo del apartado 1 del artículo 71 del CPP, el imputado (o, su defensa técnica) dentro del esquema procesal establecido, puede **reclamar** la observancia y respeto a los **órganos competentes** (MP o PJ) de los **derechos humanos, fundamentales, constitucionales o legales** reconocidos a su favor **de orden procesal durante toda la sustanciación del proceso** instaurado en su contra.

Tabla 17: *Inciso 2 del artículo 71 del Código Procesal Penal*

“2. Los Jueces, los Fiscales o la Policía Nacional deben hacer saber al imputado de manera inmediata y comprensible, que tiene derecho a: [literal a) hasta el f)]”.

Fuente: Código Procesal Penal (publicado en el diario oficial El Peruano el 29.07.2004)

Elaboración propia (2022)

Al respecto, de entrada, debemos referir que la técnica legislativa ejecutada por el legislador nacional es plausible, pues, sobre la base del reconocimiento amplio de derechos de orden procesal conferidos al imputado (**apartado 1 del artículo 71 del CPP**), opta por establecer **garantías específicas** que ostentará durante todo el *iter* procesal –y, por extensión otros sujetos procesales conforme a las cláusulas de remisión que ostentan los derechos otorgados a estos últimos–, las razones de este proceder legal, pueden ser múltiples entre los más resaltantes –a nuestro juicio– son: **(1)** la adopción del nuevo paradigma procesal: acusatorio moderno con rasgos adversariales, **(2)** el equilibrio instaurado entre garantía y efficientismo, **(3)** la concepción del procesado como sujeto pasivo del proceso y, censurar el tratamiento como objeto y, por último, **(4)** la intención de **positivizar** en **calidad de garantías específicas** los **derechos** que, a su entender, son transversales a lo largo del proceso y, por ende, latente la posibilidad de lesión.

En Sede Suprema, la **SPP** mediante la **Cas. N.º 943-2019, Ventanilla (f.j. 4), dictada el 10.05.2021** encuadra la lista de garantías enumeradas de la siguiente forma:

- (1) derechos de instrucción de derechos (sic) –entendemos que se refiere a la comunicación de los derechos que ostenta el procesado dentro del esquema procesal en cada diligencia que participa el investigado y, no cabe duda, que de los propios literales que comprende el apartado 2 del artículo 71 del CPP–;
- (2) derechos instrumentales recogidos en el artículo 71.2 literales “a” al “d” del CPP;
- (3) derecho a no ser sometido a medios o métodos indignos que vicien o alteren la voluntad o limiten indebidamente la voluntad conforme al artículo 71.2 “e” del CPP, y,
- (4) derecho a ser examinado por un médico legista, de acuerdo al artículo 71.2 “e” del CPP.

Por tanto, de una revisión de la **exposición de motivos** del CPP, no publicado en el diario oficial El Peruano, junto al articulado del ordenamiento procesal, si no conservado por la Secretaria Técnica de la Comisión Especial de Implementación del CPP, **no concede** mayores luces sobre la **ratio expresa** de esta política legislativa adoptada para la **positivización** de los **derechos antes descritos**, empero, ello no es óbice para tener por correcta la posición del autor que, la intención de **positivizar** en **calidad de garantías específicas** los **derechos** responde a la **transversalidad** que presentan, en ese sentido, es latente la posibilidad de lesión.

Tabla 18: *Inciso 3 del artículo 71 del Código Procesal Penal*

“3. El cumplimiento de lo prescrito en los numerales anteriores debe constar en acta, ser firmado por el imputado y la autoridad correspondiente. Si el imputado se rehúsa a firmar el acta se hará constar la abstención, y se consignará el motivo si lo expresare. Cuando la negativa se produce en las primeras diligencias de investigación, previa intervención del Fiscal se dejará constancia de tal hecho en el acta”.

Fuente: Código Procesal Penal (publicado en el diario oficial El Peruano el 29.07.2004)

Elaboración propia (2022)

Siguiente el tenor legal que presenta este artículo –si bien es cierto, se proclamó un análisis aislado, la redacción legal que presenta, este numeral como se puede advertir, resulta imposible–, se puede apreciar que se **remite** a los **numerales antes examinados**, en ese sentido, tenemos que, la practica legislativa empleada en el presente numeral, es **adicionarle** a las **garantías genéricas** (inciso 1) y **específicas** (inciso 2), un **medio de comprobación material** que **acredite** efectivamente su **observancia y respeto**, siendo este, la suscripción del **acta**, en la cual se dejará constancia de dos aspectos principalmente:

- La **comunicación al procesado** de los **derechos** que **ostentará** en el proceso penal que se está siendo incoado en su contra, en el **primer acto de contacto** con la **autoridad correspondiente**, pudiendo ser el RMP o los miembros de la PNP, y,
- La **observancia y respeto** de los **derechos** anunciados que le asistirán a lo largo del proceso penal instaurado en su contra.

De acuerdo con Ávalos Rodríguez, (ídem, p. 418), esencialmente, el fin de esta obligación legal impuesta a las autoridades estatales, responde a que, el ciudadano ahora sometido a un proceso pueda **conocer** los **derechos procesales** que le asisten y, por ende, desde ese momento, **exigir** su observancia y respeto, ejercitando así, su **defensa material**, sin la necesidad de la presencia de un **abogado defensor**, por tal motivo, debe ser de manera clara y comprensible.

Ahora bien, el procesado **puede negarse a firmar** y que **se deje constancia** del **motivo** por el cual se presenta este rehusamiento, entre estos, puede **expresar textualmente** la afrenta a alguno o algunos de los derechos materializado **con o sin la presencia de la autoridad fiscal** –que a su juicio– presuntamente fueron vulnerados por el RMP o, en su defecto, por los miembros de la PNP, a efectos que, **posteriormente** pueda activar los mecanismos procesales asignados para la protección de estos, y, en ese sentido, obtener su restablecimiento.

Por último, no está de más recordar lo expresado por los magistrados supremos en lo penal, referente al **valor probatorio** de las **diligencias sumariales sin la presencia fiscal**, conforme al **R. N. N.° 202-2019, Lima, (ff.jj. 5 y 6)** dictada por la **SPP** el **22.08.2019**, esgrimiendo como criterios aplicables para los procesos penales regidos por el CdPP, empero, aplicables *mutatis mutandi* a los procesos que se rigen bajo las reglas del CPP, los siguientes: **(a) a priori**, las **diligencias sumariales sin presencia fiscal carecen de eficacia probatoria**, empero, esta regla presenta excepciones, cuando se presente un supuesto de **flagrancia delictiva** y, **(b)** nada obsta que, esta pueda generar **efectos probatorios**, al posteriormente, convertirse **fuentes de prueba**, en base a un **examen de compatibilidad** con los derechos constitucionales que ostenta el procesado.

Tabla 19: Inciso 4 del artículo 71 del Código Procesal Penal

“4. Cuando el imputado considere que durante las diligencias preliminares o en la investigación preparatoria no se ha dado cumplimiento a estas disposiciones, o que sus derechos no son respetados, o que es objeto de medidas limitativas de derechos indebidas o de requerimientos ilegales, puede acudir en vía de tutela al JIP 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.”

Fuente: Código Procesal Penal (publicado en el diario oficial El Peruano el 29.07.2004)

Elaboración propia (2022)

Recapitulando, previamente se **concluyó** que es el presente **inciso**, el que regula **expresamente** la **solicitud de tutela**, es así que, bajo esos parámetros será analizado.

- **Primero:** Delimita el **ámbito de procedencia** de la promoción de esta incidencia, circunscribiéndola expresamente a la **etapa de investigación preparatoria**, esto es, comprende la subetapas de DP e IP formalizada, por ende, constituye –a nuestro juicio– como un

presupuesto de procedencia, materia de examen formal al evaluar la solicitud planteada por el accionante.

Aunado a ello, vale reproducir las precisiones que ha brindado el Supremo Tribunal sobre este tópico, siendo estas las siguientes:

- **Cas. N.º 168-2016, Huancavelica, (f.j. 7.2)** dictada por la **1 SPT** el 15.06.2018, en la cual expresa que, no es procedente la **petición de tutela** cuando no se ha instaurado un proceso penal contra el accionante, en ese sentido, queda fuera del ámbito de protección de esta figura legal el control de actos administrativos, precisándose así, que **formalmente inicia un proceso penal** con la emisión de la **disposición de apertura de DP**.
- **Cas. N.º 1142-2017, Huancavelica, (f.j. 16)** emitida por la **SPP** en fecha 25.05.2018, estableciéndose que **se cierra la posibilidad de activar la vía judicial** mediante el **incidente de tutela**, hasta la emisión de la **disposición de conclusión de IP**, no obstante, este se **crystaliza** con la **notificación del acto procesal** a los **sujetos intervinientes en la investigación**, perdiendo en ese momento, la oportunidad de promoverla, conforme a la **1 SPE** en el **auto superior** – Resolución N.º 05, (f.j. 24) Expediente N.º 04-2016-“4” [*Cuaderno de actor civil*], del **04.09.2017** y, más recientemente, reiterada por la **SPNDAEDCF (Colegiado A)** en el **auto superior** – Resolución N.º 05 (f.j. 6.16), Expediente N.º 00031-2017-3, expedida el **30.01.2018**.

En suma, a efectos de no ser reiterativos, pues, ampliamente ha sido desarrollado este tópico en el **numeral 3.3.3** de la presente investigación, podemos resumir que, es **procedente** la petición de tutela desde la incoación del proceso penal en contra de un ciudadano, que en adelante, ostentará el estatus jurídico de procesado, mediante la **disposición de apertura de DP** hasta antes

de la **notificación** de la **disposición de conclusión** de **IP** al accionante que pretende promover la citada incidencia.

- **Segundo:** El **ámbito de protección** de los **derechos pasibles de defensa** mediante la **audiencia de tutela se encuentra recogido expresamente en este apartado**, presentado el siguiente orden: cuando el **imputado** considere durante el desarrollo de las DP o la IP: **(a) no se ha dado cumplimiento a estas disposiciones, (b) o, que sus derechos no son respetados, (c) que es objeto de medidas limitativas de derechos indebidas y, (d) de requerimientos ilegales puede acudir a la vía judicial.**

De semejante parecer se ha pronunciado la **Cas. N.º 943-2019, Ventanilla, (f.j. 4)**, emitida por la **SPP** el **10.05.2021**, no obstante, no describe textualmente los literal **(a)** y **(b)** antes citados, consideramos que responde a un error material o a una omisión no vinculante, pues, resultaría incompatible **considerar exclusivamente** los literales **(c)** y **(d)** de manera aislada, no existiendo **fundamento** para dicho proceder. Por el contrario, la **Cas. N.º 14-2010, La Libertad, (f.j. 8)** dictada por la **SPP** el **05.07.2011**, comprende expresamente todos los supuestos descritos: **(a), (b), (c)** y **(d)**.

Sin perjuicio de ello, bajo ningún argumento, es **admisible** olvidar el **presupuesto material de procedencia** para **activar la petición de tutela**, siendo esta, la **residualidad**, solo ante la comprobación que **no existe mecanismo o procedimiento específico** para el amparo del derecho reclamado, o, que **existe vía descrita** en el estatuto procesal, empero, esta **no resulta aplicable** por **proscripción legal** (por citar un ejemplo, por no estar en la **etapa procesal** para su promoción), es **procedente** que se **active** este instrumento procesal.

En iguales términos, se han pronunciado **nuestros órganos judiciales especializado en lo penal** de las diferentes instancias –**primera, segunda e instancia excepcional**– siendo enumerados en el **numeral 7.1.1.** donde se **describe** a las **resoluciones**

judiciales que han empleado como fundamento **para admitir derechos no reconocidos en el numeral 2 del artículo 71 del CPP**, lo expresado en el artículo 71 del CPP, más concretamente, lo **expresado en su apartado 4.**

A nivel doctrinal, **adoptan este criterio y fundamento** antes expresado: Ávalos Rodríguez (ídem, 421:423), Sánchez Córdova (ídem, p. 75) y Taboada Pilco (ídem, p. 188).

Conforme a lo antes desarrollado, **desde la literalidad del apartado 4 del artículo 71 del CPP**, podemos deducir que –el legislador nacional– le otorga a esta figura jurídica, una **concepción amplia de derechos** (o, dicho de otro modo, **de supuestos de procedencia**) pasibles de amparo mediante la acción de tutela, empero, **sujeto** en todos los casos a la superación del **criterio de residualidad.**

- **Tercero:** Otro aspecto de suma relevancia que emana del presente apartado, es que **determina de manera expresa, la autoridad correspondiente a dilucidar** la controversia, esto es, **comprobar** si se **acredita una lesión** a los **derechos reclamados** por el **procesado** y, en ese sentido, **dictar la resolución que corresponde**, siendo esta **función asignada al JIP**, la razón básicamente responde a lo siguiente:
 - En primer lugar, su rol que presenta dentro del esquema procesal, como **suprapartes** y, en términos de Sánchez Velarde, (2009, p.13) su **intervención** en el proceso penal no es de **tipo pasiva ni distante** del proceso penal, por el contrario, creemos que, conforme a las reglas procesales que emanan del articulado del estatuto procesal, este ostenta un estatus **intervencionista** en la mayoría de los actos procesales realizados en el proceso penal incoado, y, con mayor énfasis durante la etapa de investigación preparatoria formalizada.

- En segundo lugar, expresamente en el artículo 29 del CPP, se han establecido las funciones que ostenta el **JIP**, empero, destaca la **previsión legal** que expresamente le confiere la **facultad de intervenir para ejercitar actos de control que estipule la ley**, conforme el numeral 5 del artículo citado.

Además, una interpretación sistemática del Código Adjetivo, concordante con el artículo 323 del CPP, en los cuales se señala las funciones que ejercitara durante la IP, podemos advertir que **no se contempla** la posibilidad de **sustraerse** de emitir pronunciamiento sobre los pedidos de las partes procesales y, que existen zonas liberadas del control jurisdiccional, poniéndose a relieve su rol dentro del proceso, este es, el **controlar** de las **actuaciones procesales**, para garantizar la vigencia de los derechos de orden procesal que ostentan los sujetos procesales comprendidos en la investigación.

- En último lugar, no debe obviarse que, en nuestro ordenamiento jurídico nacional ha quedado claramente establecido que **no existen zonas liberadas** de control constitucional de las actuaciones de los órganos estatales que ejercitan el *ius puniendi* estatal, a pesar que gocen de reconocimiento constitucional las competencias otorgadas.

Por lo expuesto, podemos brindar una **aproximación conceptual** del **JIP**, es el órgano judicial que ejerce la potestad jurisdiccional, interviniente en la etapa de investigación preparatoria (y, por ende, de las subetapas que lo conforma: DP e IP formalizada) y la etapa intermedia, que tiene como finalidad, la protección de los **derechos (y, garantías)** que ostentan los sujetos procesales, reconocidos en la Constitución y las leyes, a efectos de garantizar el **debido proceso**.

- **Cuarto:** A reglón seguido, de establecer los supuestos de procedencia y determinar que el órgano competente para resolver este incidente será el **JIP**, establece las **medidas** que pueden **peticionar** los accionantes y, previa evaluación, conceder el magistrado, con el objeto de no ser redundante nos remitimos al **numeral 3.3.7.** que se realiza un desarrollo profundo de estas **medidas**, empero, para los fines pertinentes, las conceptualizamos:
 - **Subsanación:** Se materializa al verificar que en las disposiciones fiscales (***imputación de la investigación preliminar y preparatoria formalizada***) la existencia de una **imputación insuficiente**, esto es, un desarrollo del relato fáctico, subsunción, calificación jurídica, consecuencia jurídica o elementos de convicción de manera genérica, contradictoria o ambigua, en ese sentido, se ordenará **reparar o remediar** el defecto formal de la imputación, **por quebrantar el derecho de defensa** en la vertiente de **imputación suficiente** que ostenta el investigado.
 - **Corrección:** Al quedar acreditado que un acto procesal (**providencia, disposición o requerimiento**) fiscal, ha vulnerado algún derecho fundamental y/o legal de una parte procesal, **se ordenará enmendar defectos o errores sustanciales de la actuación fiscal o policial**, por citar algunos ejemplos: nulidad del acto procesal, se ordene cumplir con notificar una disposición que confiere medidas de protección, la concesión para la presentación de pliego interrogatorio escrito para ampliación de declaración de testigo protegido, entre otros.
 - **Protección:** Se impone por el juez de la causa, al advertirse la existencia de **actos de investigación, elementos de convicción** (documental, indagatorio o material) y **diligencias fiscales y/o policiales** son **arbitrarios o ilegales**, esto es, en quebrantamiento al contenido esencial de los derechos de orden supralegal y legal, se **ordenará la exclusión** de estos, por atentar contra las

garantías reconocidas a los intervinientes procesales comprendidos en la investigación.

- **Último:** En las últimas líneas del numeral 4 del artículo 71 del Código Adjetivo, se ha estatuido el **iter procedimental** a seguir en la incidencia de tutela, estableciendo que, recibida la **solicitud**, previa constatación de los hechos –derechos presuntamente lesionados y objeto de petición–, cumpla con **convocar** a la audiencia correspondiente, y, previo debate, **emita el pronunciamiento** que corresponda, que desde luego, se encuentra sujeto a las reglas descritas en el artículo 8 del CPP, para la sustanciación de mayoría de incidentes que son promovidos en la etapa de **IP**.

No obstante, vale recordar lo expuesto por el **AP N.º 04-2012/CJ-116 (f.j. 15)** del **16.11.2010**, el mismo que admite la posibilidad que el juez de garantías, recibida la solicitud y estimar que la **lesión** del derecho reclamado es ostensible, o, que esta puede **devenir en irreparable**, se encuentra **habilitado para emitir pronunciamiento de iure**.

Para los fines pertinentes, de manera pormenorizada se ha desarrollado en el **numeral 3.3.2** del presente estudio, lo que, a nuestro entender, es el **iter procesal** que se **debe seguirse** en el **incidente de tutela**.

Culminado el examen aislado de los incisos que forman parte del artículo 71 del CPP, hemos arribado a las siguientes deducciones:

- El inciso 1: Es la manifestación del legislador nacional de concederle al imputado (o, su defensa técnica) dentro del esquema procesal establecido, que puede **reclamar** la observancia y respeto a los **órganos competentes** (MP o PJ) de los **derechos humanos, fundamentales, constitucionales o legales** reconocidos a su favor **de orden procesal durante toda la sustanciación del proceso** instaurado en su contra.

- En el inciso 2: Creemos que la **enumeración** de los **derechos descritos**, guarda como objeto, **positivizar** en **calidad de garantías específicas** los **derechos** que se manifiestan lo largo del proceso (**transversales**), en ese sentido, **es latente la posibilidad de lesión** y, los que, a su juicio, ostentan cierta prevalencia, por ende, los **protege** utilizando la fórmula de **garantía primaria**, reconociéndolos expresamente en el ordenamiento procesal.
- En el inciso 3: Insatisfecho con **positivizar** una serie de **garantías específicas** a efectos que, el procesado pueda **exigir** su observancia y respeto (garantía primaria), les otorga en vía de **garantía secundaria**, un **mecanismo de contención** (protección en términos generales) y, consiste en que estos queden **expresamente** descritos en una **acta** suscripta por él mismo, con el objeto de acreditar **(i) la comunicación inmediata** de sus derechos y **(ii)** que estos últimos, han sido **observados** y **respetados** por parte de las autoridades investigadoras (miembros de la fiscalía o la PNP) y, en su defecto, **rehusarse** a firmarla o **dejar constancia expresa** de su **lesión**, para que, posteriormente **pueda activar** debidamente su restablecimiento por la vía que corresponda.
- En el inciso 4: Ha quedado claramente demostrado que **reglamenta integralmente** a la **acción de tutela**, puesto que **describe** en un solo apartado –en mejores términos que otros mecanismos procesales contemplados en nuestro ordenamiento procesal– todo lo necesario para su tramitación, así tenemos: **(1)** oportunidad procesal para promoverla: **durante la IP** (comprendiendo a las DP e IP formalizada); **(2)** sujeto legitimado para promoverla: imputado; **(3)** supuestos de procedencia: **los claramente definidos en los literales (a), (b), (c) y (d)**; **(4)** el órgano encargado de dilucidar el incidente: **JIP**; **(5)** las medidas que se pueden imponer para resolver la causa: **medidas de subsanación, corrección o protección**; y, **(6)** la sustanciación a seguir: **pronunciamiento inmediato** o, en su

defecto, **la convocatoria a audiencia y emisión de la resolución correspondiente.**

Aunado a ello, desde la **literalidad** del numeral 4 del artículo 71 del CPP, podemos aseverar inequívocamente que el legislador nacional contempla un **catálogo amplio** de **supuestos de procedencia** en los cuales el imputado puede **subsumir** los **derechos** que estima **lesionados dentro del proceso**; en iguales términos, se ha pronunciado la jurisprudencia nacional y un sector mayoritario de la doctrina.

No obstante, **en todos los supuestos (a), (b), (c) y (d)**, esta se encuentra delimitada al cumplimiento del **presupuesto de procedencia material: residualidad** (y, la superación del **requisito de admisibilidad**: demandar el cese del agravio al órgano infractor y, los **presupuestos materiales**: oportunidad procesal: dentro del desarrollo de las DP e IP formalizada y no estar incurso en un supuesto de obstrucción al éxito de la investigación).

Y, para finalizar, no advertimos en la redacción legal que presenta, que el legislador nacional haya establecido, que **solo es procedente la acción de tutela** para los **derechos descritos** en el apartado 2 del artículo 71 del CPP, al contrario, son un supuesto de procedencia contenido en el supuesto: *no se ha dado cumplimiento a estas disposiciones* [previamente desarrolladas en los numerales anteriores].

b) Evaluación integral de los incisos que conforman el artículo 71 del CPP

Compatibilizando el contenido de los numerales que comprende el artículo 71 del CPP, inequívocamente podemos afirmar:

- En primer orden, con el objeto de **dotar** al imputado –como sujeto pasivo del proceso– de un **derecho** con una forma de **exigibilidad** patente dentro del esquema procesal, es que, podemos **advertir** que la técnica legislativa empleada, es conferirle el **estatus** de **garantías**

tanto en su vertiente **primaria** como **secundaria**, el objetivo es claro, **no vaciarlos de contenido** y ostentar un carácter de mero **valor normativo**, o, dicho en términos del TC de **normas programáticas –STC. Exp. N.° 1230-2003-PHC, Lima (f.j. 4) [Caso César Humberto Tineo Cabrera]** del **20.06.2002–**, entendida esta última como, meros postulados, sin fuerza vinculante para exigir su **observancia** y **respeto**, y, en caso se materialice una lesión, **compeler** a su restablecimiento.

- En segundo orden, siendo esta la finalidad del legislador nacional, advertimos que es materializada, confiriéndole a los derechos que ostenta el imputado, el estatus de **garantías** en sus dos formas posibles:

- **Garantía primaria:**

En el inciso 1 del artículo 71 del CPP: Pretende materializar y que sea patente el **reconocimiento expreso**, dentro del esquema procesal, el otorgamiento de **derechos**, humanos, fundamentales, constitucionales y legales de **orden procesal** al imputado durante todo el desarrollo del proceso, con el objeto que pueda **exigir** su **observancia** y **respeto** a las autoridades estatales (MP y, por extensión, los miembros de la PNP y el PJ) que conducen el proceso y, en caso se presente una lesión, constreñir a su restablecimiento, en suma: se constituye como como un **catálogo abierto** (*numerus apertus*) de **derechos pasibles** de **reclamación durante todo el desarrollo del proceso**.

Asimismo, en el apartado 2 del artículo 71 del CPP: Continuando con su pretensión **garantista**, lo que realiza es **delimitar** al **reconocimiento expreso** de **derechos de orden procesal** al investigado, mediante un listado (*numerus*

clausus) de **derechos**, esto es, la descripción de **garantías específicas**.

○ **Garantía secundaria:**

De igual forma, estatuye un **primer mecanismo de control** para el respeto de las **garantías específicas** –antes descritas, conforme al apartado 3 del artículo 71 del CPP–, siendo este el **acta** (policial o fiscal, según el órgano investigador que la elabore y suscriba), mediante el cual se exige su respeto y ante lesión, se deja constancia de dicho acto o, se puede rehusar a firmarlo para informar oportunamente de las razones de este proceder.

Por último, el **segundo mecanismo de protección** que reglamenta el legislador nacional es la **petición de tutela**, descrito en el numeral 4 del artículo 71 del CPP, el mismo que comprende todo lo necesario para su materialización dentro del proceso penal, esto es, sujeto legitimado, oportunidad procesal para su activación, órgano encargado de su resolución, supuestos de procedencia, medidas a aplicar y, el trámite a materializarse.

- En tercer orden, de lo expuesto, podemos afirmar que, bajo ningún argumento es admisible pensar que **solo son reclamables dentro del proceso penal** –en modo general– o, mediante la acción de tutela –de modo concreto–, las **garantías específicas** (artículo 2), pues, conforme al **sentido organizativo del artículo 71 del CPP**, emana de este citado artículo, que su finalidad es conferirle cada vez una **mayor exigibilidad** de los derechos (ya garantías) **reconocidas expresamente** a favor del procesado, siendo así el orden establecido:
 - **Primera aproximación:** Conforme al apartado 1 del artículo 71 del CPP, conferirle **derechos de orden procesal** reconocidos a nivel constitucional y legal –**garantía primaria**– (*numerus apertus*), siendo así, el primer acercamiento de

exigibilidad, aterrizando toda la gama de **derechos de orden procesal** reconocidos para el **sujeto pasivo del proceso** dentro de nuestro esquema procesal.

- Una **segunda aproximación** es describir un catálogo delimitado de **garantías específicas** (*numerus clausus*) –inciso 2 del artículo 71 del CPP–, que guardan armonía a la **primera aproximación** de positivizar **derechos de orden procesal** reconocidos a favor del procesado, por ende, **no se contraponen ni resulta incompatibles**, únicamente tienen una función delimitadora y, –si se nos permite el término– de **sobre-exigibilidad** al positivizar más pormenorizadamente un cumulo de derechos de orden procesal que merecen este tratamiento a juicio del legislador nacional, para asegurar, en efecto, su **observancia y respeto**.
- En la **tercera aproximación** se contempla un **primer mecanismo de contención inmediato** (protección, en términos laxos) de las **garantías específicas antes descritas** –textualmente lo expresa así, el apartado 3 del artículo 71 del CPP–, que permita dejar constancia a través del **acta suscrita** por el **investigado** y las **autoridades estatales**, de su **observancia y respeto**, o, en su defecto, dejar las observaciones que correspondan, no cabe duda que, ante **una** lesión, siendo este **dato objetivo**, lo que permita, posteriormente, constreñir a su restablecimiento.
- **Cuarta aproximación:** Por último, reglamenta un **segundo mecanismo de protección**, que, de la literalidad que emana del apartado 4 del artículo 71 del CPP, podemos advertir que constituiría el mecanismos de tutela tanto para las **garantías genéricas** de orden amplio (*numerus apertus*) inciso 1 como de las **garantías específicas** (*numerus clausus*) inciso 2 del artículo 71 del citato artículo, *ergo*, podemos afirmar que, los

mecanismos de protección no se superponen o presentan incompatibilidad, por el contrario, presentan su intervención en momentos distintos.

En consecuencia, del **orden establecido** que ostentan los numerales encuadrados en el artículo 71 del CPP, podemos afirmar lo siguiente:

- (a) El **acta** es el **mecanismo por defecto** regulado por el parlamentario nacional de **manera expresa** para la cautela de las **garantías específicas** de manera concreta y, de los **derechos de orden procesal** recogidos a nivel constitucional y legal en los que pueda ser aplicable, pues, expresamente así lo ha determinado en el inciso del inciso 3 del artículo 71 del CPP y;
- (b) La **solicitud de tutela** como **mecanismo de protección**, comprende dentro de su seno, como **objeto** susceptible de su conocimiento a las **garantías genéricas y específicas**, sobre esta última, en el **supuesto de procedencia**: “*no se ha dado cumplimiento a estas disposiciones*” (71.4 del CPP).
- (c) Los **mecanismos de protección no se superponen o presentan incompatibilidad**, por el contrario, el primero en intervenir es el **acta** –primer mecanismo– mediante el cual se asegura la observancia y respeto de las garantías específicas y las garantías genéricas, empero, ante una lesión a estos, lo que genera el **citado documento** es **registrar o dejar constancia de esta afectación**, o, en su defecto, el **rehusamiento a su suscripción por parte del investigado**, dato objetivo de una presunta lesión, y, en ese sentido, surge, el segundo, al ser empleado, para **compeler al restablecimiento** del estatuto quo de antes de producida la lesión, materializándose mediante la acción de tutela –segundo mecanismo–.

- En último orden, queda **desvirtuada** la posición que pretende aseverar que desde una **literalidad** del artículo 71 del CPP, la audiencia de tutela se encuentra destinada **única y exclusivamente** a la protección de las **garantías específicas** contempladas en el apartado 2 del artículo en mención, puesto que,
 - (i) **no existe redacción legal** que así lo establezca;
 - (ii) el apartado 4 del artículo 71 del Código Adjetivo, que es reconocido como la **ubicación legal** de la acción de tutela, constituye un apartado que **satisface todo lo necesario para el trámite del incidente de tutela**, y, en este, **no comprende expresamente** a las **garantías específica**, como **único supuesto de procedencia** para esta figura jurídica; y,
 - (iii) Las **garantías específicas** –al igual que las **garantías genéricas**–, **se encuentran en otro inciso**, empero, mediante una **cláusula de remisión**: *no se respeta estas disposiciones*, entendemos lo descrito en los numerales 1 al 3 del artículo 71 del CPP se comprende a estas garantías, **abarcando así su protección** mediante la audiencia de tutela, pero como un **supuesto de procedencia, no el único**, pues, este instrumento procesal comprende en su seno los siguientes **supuestos adicionales de procedencia adicionales**: *sus derechos no son respetados, es objeto de medidas limitativa de derechos indebidas y/o, sujeto a requerimientos ilegales* (inciso 4).

c) A modo de conclusión

Desde una **interpretación literal** del artículo 71 del ordenamiento procesal, aplicable como **pauta de interpretación** en la presente investigación, empleando como fundamento el **principio de legalidad procesal penal**

recogido expresamente en nuestro estatuto procesal (art. 1.2 del TP del CPP), hemos arribado a las siguientes deducciones finales:

- Conforme a una interpretación aislada del apartado 4 del artículo 71 del CPP:

Partiendo sobre la premisa que, la **solicitud de tutela** encuentra su **ubicación** (reconocimiento) **legal** concretamente en el **presente apartado**, debemos **afirmar categóricamente** que este encuentra todo lo necesario para su **tramitación**, pues, **describe (1)** oportunidad procesal para promoverla: **durante la IP** (comprendiendo a las DP e IP formalizada); **(2)** sujeto legitimado: imputado; **(3)** supuestos de procedencia: **los claramente definidos en los literales (a – no se ha dado cumplimiento a estas disposiciones), (b – sus derechos no son respetados), (c – que es objeto de medidas limitativas de derechos indebidas) y (d – es sujeto a requerimientos ilegales); (4)** el órgano encargado de dilucidar el incidente: **JIP**, **(5)** las medidas que se pueden imponer para resolver la causa: **medidas de subsanación, corrección o protección**; y, **(6)** la sustanciación a seguir: **pronunciamiento inmediato** o, en su defecto, **la convocatoria a audiencia y emisión de la resolución correspondiente.**

Es así, como advertimos en la redacción legal que presenta, que no se ha establecido expresamente que, **solo es procedente la acción de tutela** para los derechos descritos en el apartado 2 del artículo 71 del CPP, (denominados por nosotros como **garantías específicas**), no obstante, se encuentra comprendido dentro de una **cláusula de remisión** estatuida en el **literal (a)**, empero, como se puede apreciar, en un **supuesto de procedencia** de los **cuatros** contemplado legalmente, **no constituyendo el único.**

Definitivamente, desde la **literalidad** del numeral 4 del artículo 71 del CPP, podemos aseverar inequívocamente que el legislador nacional contempla un **catálogo amplio** de **supuestos de procedencia** en los

cuales el imputado puede **subsumir** los **derechos** que estima **lesionados dentro del proceso**; en iguales términos, se ha pronunciado la jurisprudencia nacional y, un sector de la doctrina nacional. No obstante, **en todos los supuestos (a), (b), (c) y (d)**, esta se encuentra delimitada al cumplimiento del **presupuesto de procedencia material: residualidad** (y, la superación del **requisito de admisibilidad**: demandar el cese del agravio al órgano infractor y, los **presupuestos materiales**: oportunidad procesal: dentro del desarrollo de las DP e IP formalizada y no estar incurso en un supuesto de obstrucción al éxito de la investigación).

- De una interpretación integral de los numerales recogidos en el artículo 71 del CPP:

Se advierte que la finalidad del legislador nacional, es evitar que los **derechos de orden procesal** que ostenta el imputado a lo largo del proceso instaurado en su contra, tengan únicamente el **carácter de normas programáticas**, esto es carentes de exigibilidad (al no poseer proposiciones imperativas o mecanismos de protección aplicables), en ese sentido, materializa esta pretensión mediante de dos formas:

- a) **Garantías primarias**: cristaliza los **derechos de orden procesal** reconocidos a nivel constitucional (humanos, fundamentales y constitucionales) y a nivel legal (legales *per se*) al imputado dentro del esquema procesal para su exigibilidad durante todo el proceso por sí mismo o a través de su defensa técnica (inciso 1 del artículo 71 del CPP), por ende, constituyen **garantías genéricas** (*numerus apertus*); y, adicionalmente, recoge un listado de derechos que emana de la Constitución y la ley de manera **precisa** (*numerus clausus*), los que se configuran como **garantías específicas** (apartado 2 del artículo 71 del CPP).

b) Garantías secundarias: el **acta** es el **mecanismo por defecto** regulado para la cautela de las **garantías específicas** de manera concreta y, en los que resulte aplicable para las **garantías genéricas**, recogidos a nivel constitucional y legal, pues, expresamente así se ha determinado en el inciso del inciso 3 del artículo 71 del CPP y; la **solicitud de tutela** como **mecanismo de protección**, que comprende dentro de su seno, como **objeto** susceptible de su conocimiento a las **garantías genéricas** y **específicas** recogidas en el **supuesto de procedencia**: “*no se ha dado cumplimiento a estas disposiciones*” (71.4 del CPP).

En ese sentido, del **orden preestablecido** que presentan los numerales del artículo 71 del CPP, podemos afirmar que los **mecanismos de protección no se superponen o presentan incompatibilidad**, por el contrario, el primero en intervenir es el **acta –primer mecanismo–** mediante el cual se asegura la observancia y respeto de las garantías específicas y las garantías genéricas, empero, ante una lesión a estos, lo que genera el **citado documento** es **registrar o dejar constancia de esta afectación**, o, en su defecto, el **rehusamiento a su suscripción por parte del investigado**, empero, el segundo, se emplea para **compeler al restablecimiento** del estatuto quo de antes de producida la lesión, materializándose mediante la acción de tutela **–segundo mecanismo–**.

Para finalizar, queda **desvirtuada** la posición que pretende aseverar que desde una **literalidad** del artículo 71 del CPP, la audiencia de tutela se encuentra destinada **única y exclusivamente** a la protección de las **garantías específicas** contempladas en el apartado 2 del artículo en mención, puesto que, **no existe redacción legal** que así lo establezca; por el contrario, el apartado 4 del artículo 71 del Código Adjetivo, constituye un numeral en el que se **satisface todo lo necesario para el trámite del incidente de tutela**, y, en este no **comprende expresamente** a las **garantías específicas**, como un **supuesto de procedencia** para

esta figura jurídica; y, estas, al igual que las **garantías genéricas**, se **encuentran en otro inciso**, empero, mediante una **cláusula de remisión**: *no se respeta estas disposiciones*, es así como se comprende a estas garantías, **abarcando así su protección** mediante la audiencia de tutela, pero como un **supuesto de procedencia**, **no el único**, pues, este instrumento procesal comprende en su seno a los siguientes **supuestos de procedencia adicionales**: *sus derechos no son respetados, es objeto de medidas limitativa de derechos indebidas y/o, sujeto a requerimientos ilegales.*

En síntesis, queda acreditado que **desde la literalidad del artículo 71 del CPP**, aplicable como **método de interpretación** conforme al **principio de legalidad procesal penal** recogido textualmente en nuestro estatuto procesal como **fuerza de interpretación**, tanto de forma aislada (apartado 4) como integralmente (los incisos que comprende) el legislador nacional ha optado por una **concepción amplia** de **supuestos de procedencia** (derechos o actos procesales que puedan subsumirse en estos) para la activación de la solicitud de tutela, empero, entendemos que, siempre y cuando se cumpla con el **presupuesto material de residual** incorporado como **doctrina legal** –AP N.º 04-2010/CJ-116 (ff.jj. 13 y 15) del **16.11.2010**– y **doctrina jurisprudencial vinculante** –Casación N.º 136-2013, Tacna (ff.jj. 3.4 y 3.6) dictada por la SPP del 11.06.2014–, aunado a la superación del **requisito de admisibilidad**: *demanda de cesación del agravio* y, los **otros dos presupuestos materiales**: *oportunidad procesal de incoación* y *no estar incurso en un supuesto de obstrucción a la investigación.*

4.2.2. Respecto a una Interpretación sistemática (CPP integralmente)

Continuando con la empresa de **determinar** la **finalidad** que pretendió el legislador nacional con la regulación de la **solicitud de tutela**, y, habiendo examinado la **redacción legal** que ostenta, desde una **interpretación literal**, a saber, como un **artículo independiente** y **separado** del **ordenamiento procesal** que lo comprende –empero, desde un análisis aislado (cada numeral que ostenta) e integral (armonizando cada apartado que ostenta el artículo 71 del CPP)–, corresponde ahora desarrollar una **evaluación de orden sistemático**, es decir, tomando en consideración que el **artículo 71 del CPP**, forma parte de un cuerpo normativo procesal, por ende, debe realizarse un **estudio concatenado**, sobre la **base** de las **reglas de interpretación recogidos expresamente** en este, y, aplicadas para la absolución de dudas, vacíos, ambigüedad o contradicciones legales.

Es así, que podemos definir a la **interpretación sistemática** como el **método** a través del cual se obtiene el **sentido o ratio** de un **artículo en específico**, mediante la **compatibilización** que se realiza a este último, con todo el articulado que lo comprende, esto es, con el cuerpo normativo –sustantivo o procesal– en el que forma parte la norma analizada; no obstante, coincidimos con la **extensión** que muy correctamente realiza la **Cas. N.º 1683-1997, Arequipa, (f.j. 7)** dictada por la **Sala Civil Permanente** el **22.09.1998**, al **no limitarla únicamente** con el ordenamiento procesal en el que reposa el artículo bajo examen, por el contrario, afirma que **comprende** a todo el **ordenamiento jurídico**, pues, la denominada *intención de la ley* es aquella que armoniza todo el *corpus iuris* (conjunto de normas) vigente de un sistema jurídico determinado.

Ahora bien, es preciso realizar dos precisiones;

- El **criterio sistemático** en cierto punto, se contrapone (o, por decir menos, excede) a la **interpretación literal**, pues, justamente censura un **explicación aislada** de la **norma**, sin embargo, debemos recordar, que para los fines de la presente tesis, se obtuvo como producto de la **interpretación literal**, que el legislador nacional tuvo como pretensión legal, una **concepción amplia** de protección de las **garantías genéricas**

y **específicas** reconocidas al procesado (y, por extensión, a los sujetos procesales comprendidos en la investigación) durante el desarrollo del proceso, **exigibles** expresamente a través de **garantías secundarias**, el **acta** y la **acción de tutela**, en este último caso, como mecanismo idóneo de protección para las **garantías genéricas** (inciso 1) y **específicas** (inciso 2) y, supuestos adicionales de procedencia: **derechos no respetados, medidas limitativa de derechos indebidos o estar sujeto a requerimientos ilegales**, por tanto, **no fundamenta** la **tesis restringida**, que postula una protección por esta figura legal, exclusivamente de las **garantías específicas** descritas en el apartado 2 del artículo 71 del CPP, criterio que consideramos **plausible**.

- De otro lado, en términos de los magistrados supremos en lo civil, en la **Cas. N.º 941-1999, Lima (f.j. 20 y 21)** expedida por la **Sala Civil** el **20.10.1999**; el **método sistemático** se encuentra ligada con la **interpretación extensiva** de la norma, con mayor precisión, esta última forma parte del **primero**.

Conforme a los términos iniciales descritos, en el presente numeral, vamos a abordar los siguientes aspectos: **(1)** Ubicación legislativa del artículo 71 del CPP; **(2)** reglas de interpretación establecidas en el estatuto procesal, y, la naturaleza que ostentan dentro del citado cuerpo normativo; **(3)** pautas de interpretación descritas en normas fuera del ordenamiento procesal y aplicables al proceso penal y, por último **(4)** sobre la base de este desarrollarlo argumentativo, arribar a la conclusión sobre la postura que debe adoptar el **intérprete jurídico**, al momento de absolver la problemática objeto de tesis, esto es, cual es el ámbito de procedencia de los derechos susceptibles de defensa mediante la solicitud de tutela.

(1) Ubicación legislativa del artículo 71 del CPP

De entrada, tenemos que el **AP N.º 04-2010/CJ-116** del 16.11.2010, en su **considerado 10** (declarado doctrina legal) con claridad mediana ha expresado la **ubicación** que ostenta la solicitud de tutela dentro del estatuto procesal, siendo esta el **Libro Primero Disposiciones Generales**, de la **Sección cuarta: El Ministerio Público y los demás sujetos procesales, Título II: El imputado y el abogado defensor** del CPP, **Capítulo Primero: El imputado**, específicamente, en el **artículo 71** del CPP, sumillado: *derechos del imputado*.

Anteriormente, se ha descrito la **diferencias conceptuales** entre **derecho** y **garantías** y, además, hemos **abordado ampliamente** el desarrollo aislado e **integral de cada inciso** que engloba el **artículo 71 del estatuto procesal**, empero, consideramos necesario reiterar algunos tópicos relevantes, para el cumplimiento de los fines del presente **método de interpretación**:

- En primer orden, tenemos que, **derecho**, es una facultad –siguiendo a Maier (1996, tomo I, p. 474)– que ostenta una persona para exigir el estricto cumplimiento de todas las atribuciones que son reconocidas a su favor, en ese sentido, oponible *erga omnes* (contra todos), no obstante, existe un cúmulo de derechos que, su ejercicio y exigibilidad **se circunscribe dentro de un ámbito determinado**, por citar un ejemplo, **el derecho procesal**, siendo el proceso penal el espacio de su concreción, por ende, los sujetos legitimados para su reclamo son las partes procesales (investigado, actor civil, persona jurídica, entre otros) y la exigencia (observancia y respeto) se formula contra los órganos (fiscales y judiciales) que conducen la sustanciación del proceso.

Y, a su turno, **definimos** a la **garantía**, como la manifestación de **exigibilidad** que ostenta un **derecho determinado** conferido a una persona para su cabal **observancia** y **respeto** dentro de un espacio determinado, dicho de otra manera, el **derecho** es una **garantía** por sí misma, pues, está última se configura como el **deber jurídico** de **observar** el **derecho** pues, en su defecto, será compelido a su realización –exigir su cumplimiento– por medio de mecanismos judiciales preestablecidos.

Es así, que la **garantía** puede manifestarse desde **dos vertientes**: como **garantía primaria**, la misma que se configura como el deber jurídico de observancia y respeto reconocido a favor de un sujeto, respecto a un derecho positivizado en un ordenamiento jurídico y, la **garantía secundaria**, que se exterioriza como el procedimiento o instrumento de protección previsto en un cuerpo normativo para exigir el cumplimiento en caso el derecho se encuentre lesionado.

- En segundo orden, se advierte que la finalidad del legislador nacional, es evitar que los **derechos de orden procesal** que ostenta el imputado a lo largo del proceso instaurado en su contra, tengan únicamente el **carácter de normas programáticas**, esto es carentes de exigibilidad (al no poseer proposiciones imperativas o mecanismos de protección aplicables), en ese sentido, materializa esta pretensión mediante de dos formas:
 - **Garantías primarias**: cristaliza los **derechos de orden procesal** reconocidos a nivel constitucional (humanos, fundamentales y constitucionales) y a nivel legal (legales *per se*) al imputado dentro del esquema procesal para su exigibilidad durante todo el proceso por sí mismo o a través de su defensa técnica (inciso 1 del artículo 71 del CPP), por ende, constituyen **garantías genéricas** (*numerus apertus*); y, adicionalmente, recoge un listado de derechos que emana de la Constitución y la ley de manera **precisa** (*numerus clausus*), los que se configuran como **garantías específicas** (apartado 2 del artículo 71 del CPP).
 - **Garantías secundarias**: el **acta** es el **mecanismo por defecto** regulado para la cautela de las **garantías específicas** de manera concreta y, en los que resulte aplicable para las **garantías genéricas**, recogidos a nivel constitucional y legal, pues, expresamente así lo ha determinado en el inciso del inciso 3 del artículo 71 del CPP y; la **solicitud de tutela** como **mecanismo de protección**, que comprende dentro de su seno, como **objeto** susceptible de su conocimiento a las **garantías genéricas** y **específicas** antes

descritas en el **supuesto de procedencia**: “no se ha dado cumplimiento a estas disposiciones” (71.4 del CPP).

- El último orden, de la técnica legislativa empleada en el artículo 71 del Código Adjetivo, podemos inferir que la **acción de tutela**, es una **garantía secundaria** que proviene de los **derechos de orden procesal** que ostenta el imputado **reconocidos a nivel constitucional y legal**, pero que, en sí mismo, es un **derecho**, pues, solo constituye un **mecanismo reconocido expresamente** para su **exigibilidad** (observancia y respeto de derechos) en tanto en cuando se produzca una lesión.

(2) Reglas de interpretación establecidas en el estatuto procesal, y, la naturaleza que ostentan dentro del citado cuerpo normativo

a) Sobre el TP del CPP y su relevancia dentro del ordenamiento procesal penal:

Nuestro Código Adjetivo penal comprende **dos facciones** claramente delimitadas o diferencias, por un lado, un **Título Preliminar** y, por otro lado, el articulado *per se* que ostenta, esto es, el desarrollo de los 566 artículos que engloba el estatuto procesal.

De una revisión de la **Exposición de motivos** del **CPP**, no publicado en el diario oficial El Peruano, junto al articulado del ordenamiento procesal, si no conservado por la Secretaria Técnica de la Comisión Especial de Implementación del CPP, podemos aseverar que, **no se expresa las razones** de comprender dentro de su conjunto normativo, **una parte precedente**, que cumpla el rol de **TP**.

Sin embargo, es válido inferir que el parlamentario nacional ha reproducido, una práctica legislativa asentada en nuestro sistema jurídico, el de **establecer** paralelamente al **desarrollo normativo** que presenta un **código**, un **conjunto de principios** que se configuren como pautas interpretativas y de interpretación de los artículos que comprende.

Al respecto, tenemos que esta forma de estructurar los cuerpos normativos, manifiesta dos tipologías: la primera, el establecer de manera **precedente e independiente** del conjunto normativo con la denominación de **TP**, de esa forma ha sido concebido el Código Civil, (en adelante, CC) Decreto Legislativo N.º 295 publicado en el diario oficial El Peruano el 25.07.1981), el CP, que emplea la denominación de **TP: principios generales**, el TUO del CPC, y más recientemente, el NCPconst y, la segunda, que formando parte del articulado, le confiere un estatus preferente al ser encuadrado en una **sección primera**, de esta forma se ha regulado el TUO de la LOPJ, al igual que el CP la denomina de **principios generales**.

Conforme a lo expuesto, vale precisar que, en ambos casos, el **TP** o **Principios generales**, permiten ser conceptualizados como la **parte principal y fundamental** que ostentan los cuerpos normativos, al configurarse como **criterios de orden jurídico-político**, esto es, como **pautas interpretativas y de interpretación** que coadyuvan a una óptima administración de justicia; respecto al primero, pues, fungen como los criterios delimitadores de la función legislativa –tanto del Poder Legislativo como el Poder Ejecutivo–, exigiendo que su producción normativa se encuentre sujeto a estos postulados y, además, con relación a la función judicial, quienes deberán priorizar los principios sobre la ley ordinaria, no está demás mencionar que en materia procesal penal, le alcanza esta delimitación, al órgano fiscal-acusador, y, respecto al segundo, fungen como el instrumento mediante el cual el operador jurídicos podrá comprender la *ratio* de la ley y, de esa manera, una mejor aplicación, con mayor énfasis, en supuestos de ambigüedades o vacíos legales.

Definitivamente, hacemos nuestro el parecer expuesto por Urquiza Olaechea (2020, 86) al concederle a este articulado, el **estatus de principios** reconocidos expresamente por el ordenamiento procesal penal, con el objeto de irradiar en todo el cuerpo normativo, y, de manera concreta, en la sustanciación del proceso, esto es, en el desarrollo de los procedimientos preestablecidos, emisión de los actos procesales y en el ejercicio de los derechos conferidos a los sujetos procesales.

b) El estatus prevalente que presenta en comparación con el resto de artículo que comprende el estatuto procesal:

El ordenamiento procesal penal, dentro de su **TP** ha comprendido específicamente a **diez (10) artículos**, sin embargo, el legislador nacional, ha establecido en el **artículo X del TP del CPP**, que el contenido de los **nueve artículos precedentes prevalece** (destacan) **sobre el resto del articulado** que comprende este cuerpo normativo procesal. Adicionalmente con claridad meridiana –que fundamenta la concesión del estatus de **principio**– culmina su texto legal, expresando que estos fungen como **fundamento de interpretación**.

Sobre el particular, conforme informa Peña Cabrera Freyre (2020, p. 109), por unanimidad en la doctrina nacional, se coincide que, debe **existir armonía** entre los **principios** recogidos en el **TP** y la **normativa del CPP**, sin embargo, es **irrebatible** que, el **contenido del TP**, se **antepone** a cualquier **otro dispositivo legal** recogido en nuestro estatuto procesal, por tanto, funge como **directriz** para **regular la labor legislativa** –comprendiendo a las eventuales futuras modificatorias– y, de los **intervinientes dentro del proceso**, principalmente, las autoridades estatales que dirigen el proceso (el MP y el PJ, en este último caso, en la toma de decisiones judiciales que dilucidan las causas a nivel incidental como el proceso principal y, en la uniformidad jurisprudencial mediante la emisión de acuerdos plenarios o la doctrina jurisprudencial vinculante).

Ahora bien, de lo expuesto, podemos advertir que se pueden materializar ciertos supuestos problemáticos de controversia legal, que a nuestro entender deben ser resueltos en los siguientes términos:

- Ante cualquier duda, ambigüedad, vacío o contradicción legal que se presente **entre dispositivos legales** del estatuto procesal, debe **emplearse** las **directrices** comprendidas en el **TP** como **pauta de interpretación** para ser superado.

- Ante cualquier duda, ambigüedad, vacío o contradicción legal entre el **contenido del TP** y el **contenido de un dispositivo legal** (*lege lata*), **prevalece** lo expuesto como **principio** en el **TP del Código Adjetivo**, en similares términos, **si se manifiesta con un dispositivo legal modificado** (*lege ferenda*), esto es, **anteponiéndose** lo descrito en el **TP del CPP**; coincidiendo con esta posición, Cáceres Julca (2009, p. 483) y Frisancho Aparicio (2012, p. 272).
- Ante cualquier duda, ambigüedad, vacío o contradicción legal que se presente entre un **principio establecido** en el **TP del ordenamiento procesal peruano** y la **doctrina judicial** de un **acuerdo plenario** (vinculante relativa) o la **doctrina jurisprudencial vinculante** de una casación que así lo declare (vinculante obligatoria para los órganos inferiores de la Sede Suprema), es **prevalente** los **principios jurídicos del TP del CPP**, en iguales términos, Peña Cabrera-Freyre (ídem, p. 109).

En consecuencia, ha quedado claramente establecido que los principios lógicos-jurídicos esgrimidos en el **TP del CPP**, ostentan dentro de nuestro ordenamiento procesal penal un estatus **prevalente**, y, por ende, fungen como **pautas de interpretación** para dilucidar controversias normativas que se puedan suscitar en la **aplicación e interpretación** para las **normas procesales**.

c) Reglas de interpretación expresamente reconocidas en el Título Preliminar del Código Adjetivo

Continuando con la línea argumentativa que se ha expresado líneas arriba, en la cual ha quedado claramente demostrado que el **contenido del TP del CPP**, **presenta un estatus prevalente**, por comprender **principios rectores** para la **interpretación del articulado del estatuto procesal**, de una revisión de estos principios, advertimos que el legislador nacional ha establecido en el **artículo VII del TP** del cuerpo normativo citado, **reglas** para la **interpretación de la norma procesal**.

De manera concreta, el **apartado 3 del artículo VII del TP del CPP** ostenta la siguiente redacción legal:

“(…) 3. La Ley que coacte la libertad o el ejercicio de los derechos procesales de las personas, así como la que limite un poder conferido a las partes o establezca sanciones procesales, será interpretada restrictivamente.

La interpretación extensiva y la analogía quedan prohibidas mientras no favorezcan la libertad del imputado o el ejercicio de sus derechos”.

En ese orden de ideas, se ha dejado claramente establecido como **directriz**, que **toda interpretación** en tanto en cuando **no favorezca al procesado** en el ejercicio de sus derechos **debe realizarse de forma restringida** con la finalidad de no recortar o limitar sus derechos de forma arbitraria, y, en contrario sentido, **cuando lo favorezca debe realizarse de forma extensiva**, coincidiendo con este parecer, San Martín Castro, 2020, p. 40.

Reproduciendo este parecer, la **CSJ** se ha alineado a la **interpretación extensiva** en el **extremo que favorezca al imputado**, empleado como base el **principio pro actione**, expresamente en la **Queja N.º 36-2013, Ica (f.j. 6)** emitida por la **SPT** en fecha **26.08.2013**:

*“se debe tener en cuenta lo provisto en el artículo VII, inciso 3 del Título Preliminar del indicado CPP, que impone el criterio, que la **interpretación de las normas procesales** debe ser realizada conforme al principio pro-actione, esto es, **que la interpretación debe resultar extensiva, en tanto, favorezca el ejercicio de los derechos del justiciable**”.*

Por lo expuesto, **la interpretación que se realice sobre las normas procesales, debe ser interpretado de forma amplia** en tanto en cuanto **favorezca al procesado** (sujeto pasivo del proceso) y, por el contrario, **de forma restringida** en los supuestos que se **coacte el ejercicio de sus derechos procesales**, **al ser un criterio rector transversal** impuesto al proceso penal peruano tanto en nuestro **TP del CPP** como la **jurisprudencia** de la **CS**.

(3) Pautas de interpretación descritas en normas fuera del Código Procesal Penal y aplicables al proceso penal supletoriamente

El artículo 139 inciso 11 de la Constitución Política del Estado, ha descrito como **principio-derecho** de la **función jurisdiccional** que, ante la **duda** o **conflicto de leyes penales**, el **operador jurídico** debe **aplicar la ley más favorable al procesado**, en ese sentido, se pone de manifiesto que **irradia** dentro de la **aplicación del derecho sustantivo**.

Sin embargo, a nuestro juicio, nada obsta para que el artículo antes citado, sea aplicable como **sustento adicional** para la **aplicación** de la **norma más favorable** para el **procesado** ante **conflicto** (léase: vacíos, ambigüedades o contradicciones) **de normas de orden procesal**, no obstante, a juicio del Supremo Interprete Constitucional, en el **Exp. N.º 03754-2012-PHC, Huánuco, (f.j. 9)** del **07.01.2013**, ha expresado que, resulta necesario que el **favorecido** (accionante) de la **observancia del citado principio-derecho** debe **ostentar** el estatus jurídico de **procesado**, por ende, no **resulta de aplicación**, a los **sentenciados**, por citar un ejemplo, respecto a las normas relativas a la **ejecución penal** (beneficios penitenciarios).

Por añadidura, el CC peruano, en el **libro II: acto jurídico**, ha comprendido entre las formas de **interpretar el acto jurídico al método sistemático**, expresamente en el artículo 169 del citado cuerpo normativo, en ese sentido, de la definición legal que ostenta, entiende a esta **criterio** como la **interpretación interdependiente**, pues, ante la duda, vacío o ambigüedad que presente el **acto jurídico** debe asumirse que la **forma de aplicación correcta, del sentido normativo**, es aquella que sobresale conforme al conjunto de todos los actos jurídicos.

A modo de síntesis, podemos aseverar que, la **aplicación de la ley favorable** empleada sobre la base de una **interpretación sistemática**, es recogido por la Constitución como un **principio-derecho delimitador** de la **función jurisdiccional**, por tanto, aplicado a todos los cuerpos normativos ante el eventual conflicto que se presente de las **leyes procesales penales o procesales, civiles o procesales civiles, entre otros**, en tanto en cuanto el accionante ostente el **estatus de procesado**.

(4) Reflexiones finales

Expresadas estas ideas, debemos aplicar el **criterio sistemático** para absolver interrogantes que se gestan en torno al instrumento procesal: **tutela de derechos** y, de esa forma, **obtener el correcto sentido de aplicación de la ley procesal penal** que la contempla:

- Ante el cisma que presenta nuestra administración de justicia, sobre el ámbito de acción (amplio o restringido) que ostenta la solicitud de tutela regulada en el artículo 71 del CPP, de una **interpretación sistemática**, ¿qué postura se debe adoptar?

De entrada, debemos partir reiterando que, producto de la **interpretación literal**, se ha concluido que el legislador nacional tuvo como pretensión legal, una **concepción amplia** de protección de las **garantías genéricas** y **específicas** reconocidas al procesado durante el desarrollo del proceso, **exigibles** expresamente a través de **garantías secundarias**, el **acta** y la **acción de tutela**, en este último caso, como mecanismo idóneo de protección para las garantías antes descritas –genéricas (inciso 1)– y –específicas (inciso 2)– y, supuestos adicionales de procedencia: **derechos no respetados, medidas limitativa de derechos indebidos o estar sujeto a requerimientos ilegales**, por ende, **no fundamenta la tesis restringida**, que postula una protección por esta figura legal, exclusivamente de las **garantías específicas** descritas en el apartado 2 del artículo 71 del CPP, conclusión que consideramos **plausible**, recogiendo integralmente la finalidad que tuvo el legislador nacional con su inserción en el estatuto procesal.

Siguiendo esa línea, debe recordarse que una **garantía secundaria** es un **derecho en sí mismo**, pues, lo que realiza el legislador nacional, es **dotarla** de un **mecanismo de protección específico** dentro del cuerpo normativo –en este caso, el ordenamiento procesal penal– a efectos de **exigir** su observancia y respeto o, en su defecto,

ante el acaecimiento de una lesión, compeler la aplicación de una medida de subsanación, correctiva, o de protección.

Ahora bien, el apartado 4 del artículo 71 del CPP, regula todo los tópicos necesarios para la idónea sustanciación, pues, **describe (1)** oportunidad procesal para promoverla: **durante la IP** (comprendiendo a las DP e IP formalizada); **(2)** sujeto legitimado: imputado; **(3)** supuestos de procedencia: **los claramente definidos en los literales (a – no se ha dado cumplimiento a estas disposiciones), (b – sus derechos no son respetados), (c – que es objeto de medidas limitativas de derechos indebidas) y (d – es sujeto a requerimientos ilegales); (4)** el órgano encargado de dilucidar el incidente: **JIP**, **(5)** las medidas que se pueden imponer para resolver la causa: **medidas de subsanación, corrección o protección**; y, **(6)** la sustanciación a seguir: **pronunciamiento inmediato** o, en su defecto, **la convocatoria a audiencia y emisión de la resolución correspondiente.**

Por último, como **regla procesal de interpretación normativa** del estatuto procesal recogido en el artículo VII del TP del CPP tenemos que: en caso la ley coacte (limite) el **ejercicio de derechos de orden procesal o limite un poder conferido** debe ser **interpretado restringidamente** y, en contrario sentido, cuando favorezca al procesado, es de **carácter amplio.**

En ese orden de ideas, se materializa las proposiciones antes dichas, de la siguiente manera:

Premisa 1: En la administración de justicia, se ha consolidado dos tesis sobre el ámbito de protección de derechos susceptibles de la acción de tutela, por un lado, la **concepción restringida** que comprende en su seno **únicamente** los derechos enumerados taxativamente en el apartado 2 del artículo 71 del CPP y, por otro lado, una **concepción amplia** que engloba a todos los derechos de orden

procesal reconocidos en la Constitución y la ley que carezca de vía propia para ser salvaguardada.

Premisa 2: El apartado 4 del artículo 71 del Código Adjetivo describe expresamente los supuestos de procedencia, siendo estos: **(a – no se ha dado cumplimiento a estas disposiciones)**, **(b – sus derechos no son respetados)**, **(c – que es objeto de medidas limitativas de derechos indebidas)** y **(d – es sujeto a requerimientos ilegales)**.

Premisa 3: Los derechos enumerados en el numeral segundo del artículo 71 del CPP, constituyen **garantías específicas** descritas por el legislador nacional y comprendidas dentro del universo de derechos pasibles de protección por la solicitud de tutela, incorporadas por la cláusula de remisión **(a – no se ha dado cumplimiento a estas disposiciones)**, empero, **no es el único ni la redacción legal permite dicha interpretación.**

Premisa 4: El estatuto procesal le confiere **un estatus prevalente** a la **regla de interpretación procesal** que exige una **interpretación restringida**, en caso se **limite el ejercicio de derechos procesales o limite poderes conferidos** y, *contrario sensu*, una interpretación extensiva, en tanto en cuándo le favorezca.

Conclusión: Desde la aplicación del **criterio extensivo** del estatuto procesal, confiriéndole a la **audiencia de tutela** el **carácter de derecho** por ser un **mecanismo de protección de estos**, esto es, una **garantía** en su vertiente **secundaria** o, en **estricto sentido**, como un **poder (facultad) conferido** al imputado (y, por extensión a los sujetos procesales comprendidos en la investigación), resulta inconforme con las **reglas procesales** establecidas en el TP del CPP –la misma que ostenta un **carácter prevalente**– una **reducción** al ámbito de **derechos** procedentes mediante esta figura procesal, por ende, debe **acogerse** una **concepción** de orden **amplia** delimitada al **criterio de residualidad**.

- En razón a la doctrina legal emanada del considerando 10 del AP N.º 04-2010/CJ-116 (16.11.2010) ¿debe prevalecer **la regla de interpretación extensiva** que **impide recortar los derechos**, por ende, **alinearse a una tesis extensa** o acoger la obligatoriedad de la doctrina judicial emanada del citado acuerdo plenario que ampara una **concepción reducida**?

La respuesta concreta es, que a pesar de la **obligatoriedad** producto de la **doctrina legal** del **AP N.º 04-2010/CJ-116 (f.j. 10)** que permite sustentar una **aplicación restringida** de los derechos pasibles de defensa mediante la solicitud de tutela –**exclusivamente las garantías específicas**, 71.2 del CPP–, como bien anota Peña Cabrera-Freyre (ídem, p. 109) debe anteponerse una **interpretación extensiva** favorable al procesado, es decir, que sea **materia del incidente: todos los derechos de orden constitucional y legal, de orden procesal reconocidos a su favor para ser ejercitados a lo largo del proceso, que carezcan de una vía propia.**

El fundamento, como no podría ser de otra forma, es la proscripción de una **aplicación restringida** en casos que se recorte el ejercicio de derechos procesales o facultades conferidas a las partes procesales, además, que el artículo 22 del TUO de la LOPJ, al regular los **acuerdos plenarios**, establece que estos ostentan una **vinculatoriedad relativa**, ya que todos los **magistrados** de las **instancias judiciales** de nuestra administración de justicia sin ser relevante **su especialidad**, deben **observar** los **principios jurisdiccionales establecidos en estos**, pero les **confiere** la **facultad de apartamiento**, empero, debiendo cumplir con una **debida motivación**, que comprende indiscutiblemente –así lo dispone la ley– la mención del **precedente obligatorio** que se está apartando y las **razones** de adoptar esta decisión judicial.

- Aparejando la doctrina jurisprudencial vinculante descrita en los fundamentos jurídicos 3.4. y 3.6 de la Cas. N.º 136-2013, Tacna (11.04.2014) y el apartado 4 del artículo 71 del CPP, ¿cuáles serían los supuestos de procedencia que debe emplear el juzgador para no incorporar supuestos adicionales a los preexistentes y no desnaturalizar la acción de tutela?

Es preciso señalar que, el **considerando 3.4 (doctrina legal)**: desde la **relación** con el **tópico objeto de examen**, reconoce la posibilidad en que el órgano fiscal pueda incurrir en excesos de manera deliberada o negligentemente, por ende, es el JIP quien fungirá como órgano de control, para evaluar la legalidad de la actuación fiscal y, de esa manera, contener el *ius puniendi* estatal.

Otro tópico igual de importante, el cual es plausible su desarrollo, es que **reitera** que la acción de tutela, –ahora **doctrina jurisprudencial obligatoria**– se sujeta al **criterio de residualidad**, que, a nuestro entender, constituye el **presupuesto** más relevante de **procedencia** para su activación.

No obstante, lo censurable es que, **advirtiendo** que en la jurisprudencia nacional de sus órganos judiciales inferiores se sigue presentando **controversia** respecto al ámbito de acción, **reproduce** nuevamente **que son pasibles de amparo** los derechos descritos en el artículo 71 del CPP, lo que inexorablemente, habilita a que, **ambas posturas** sigan construyendo su posición, por lo **gaseosa** y poco claro del criterio adoptado como **doctrina jurisprudencial vinculante**.

Por otro lado, con relación al considerando 3.6 (doctrina legal): queda claramente establecido y es irrefutable –desde la **declaración** de **doctrina jurisprudencial** vinculante del presente fundamento jurídico– que el **derecho de ejecución de las resoluciones judiciales** (manifestación de la tutela jurisdiccional efectiva) está fuera del ámbito de acción de la solicitud de tutela.

Aunado a ello, acota que, los órganos judiciales no pueden **incorporar** nuevos **supuestos de procedencia**, sin embargo, no refiere si a los **derechos enumerados en el apartado 2 del artículo 71 del CPP** o **de manera integral del artículo 71 del CPP**, no es un **dato menor** que hubiera permitido la claridad de la posición que adopta, y, con mayor razón, si **expresamente** se deja fuera del ámbito de protección de la citada institución jurídica al **derecho de ejecución de las resoluciones judiciales**.

Vale mencionar que, la **doctrina jurisprudencial vinculante** de conformidad con el artículo 433.3 del CPP, es **vinculante** y de **obligatorio cumplimiento** para todos los **órganos jurisdiccionales** que no forman parte del Supremo Tribunal y, se mantiene de esa forma hasta que otra **ejecutoria suprema expresamente modifique** la **doctrina jurisprudencial vinculante precedente**.

Por añadidura, el 71.4 del Código Adjetivo describe expresamente **los supuestos de procedencia**, siendo estos: **(a – no se ha dado cumplimiento a estas disposiciones)**, **(b – sus derechos no son respetados)**, **(c – que es objeto de medidas limitativas de derechos indebidas)** y **(d – es sujeto a requerimientos ilegales)**. Y, acogiendo esta postura, en iguales términos la **SPP** en la **Cas. N.º 14-2010, La Libertad, (f.j. 8)** del **05.07.2011** y, más recientemente, la **Cas. N.º 943-2019, Ventanilla, (f.j. 4)** del **10.05.2021**.

De lo expuesto, no cabe duda que una **interpretación extensiva** favorable al **procesado** conforme exige las **reglas de interpretación para las normas procesales** contenidas en el **TP del CPP** (que ostentan un **estatus prevalente**), armonizada a nivel legal y jurisprudencial, es **correcto** asumir que los **supuestos de procedencia** declarados doctrina jurisprudencial vinculante, de **obligatorio cumplimiento**, son los **supuestos descritos** en el 71.4 del CPP, posición diferente puede fundamentar una infracción a la debida motivación por **apartamiento de la doctrina jurisprudencial vinculante** por parte del órgano judicial.

4.2.3. Conclusiones arribadas en la interpretación teleológica realizada sobre la base del criterio literal y sistemático de la norma

A la postre, debemos recordar que el objeto de esta **pauta de interpretación teleológica** aplicada en la presente investigación, fue obtener la **finalidad** o **ratio** que ostenta la norma, más concretamente, el artículo 71 del CPP que regula la **acción de tutela** y, de esa forma obtener el sentido más adecuado a la naturaleza, relevancia y al objeto que ostenta este **mecanismo de protección** dentro de nuestro esquema procesal.

Con la finalidad de lograr esta meta trazada, se **empleó a dos criterios de interpretación** que, si bien es cierto, constituyen pautas de interpretación independientes, persiguen un **objetivo convergente**, la **obtención de la intención legal** que pretendió el legislador nacional al **incorporar y positivizar una norma jurídica** dentro de un **cuerpo jurídico específico**, de esa manera, se empleó a los **criterios: literal y sistemática**.

Dicho esto, reiteramos las conclusiones arribadas, de acuerdo a los **criterios literal y sistemática**.

- Conforme a la **literalidad del artículo 71 del CPP**, aplicable como **método de interpretación** conforme al **principio de legalidad procesal penal** recogido textualmente en nuestro estatuto procesal como **fuerza de interpretación**, tanto de forma aislada (apartado 4) como integralmente (los incisos que comprende) el legislador nacional ha optado por una **concepción amplia de supuestos de procedencia**, para la **activación de la solicitud de tutela**, siendo estos: no se ha dado cumplimiento a estas disposiciones, sus derechos no son respetados, que es objeto de medidas limitativas de derechos indebidas o es sujeto a requerimientos ilegales.

No obstante, resulta procedente en los supuestos antes mencionados, siempre y cuando se cumpla con el **presupuesto material de residual** incorporado como **doctrina legal** –AP N.º 04-2010/CJ-116, (ff.jj. 13 y 15– del 16.11.2010) y **doctrina jurisprudencial vinculante** –Cas. N.º 136-2013, Tacna, (ff.jj. 3.4 y 3.6– dictada por la SPP del 11.06.2014, aunado

a la superación del **requisito de admisibilidad**: *demanda de cesación del agravio* y, los **otros dos presupuestos materiales**: *oportunidad procesal de incoación* y *no estar incurso en un supuesto de obstrucción a la investigación*.

- De otro lado, conforme a una **interpretación sistemática** del estatuto procesal penal y, comprendiendo a la **jurisprudencia nacional** emitida por nuestro Supremo Tribunal peruano, podemos afirmar categóricamente lo siguiente:
 - Desde la aplicación del **criterio extensivo** del estatuto procesal, confiriéndole a la **audiencia de tutela** el **carácter de derecho** (que ostentan los sujetos procesales), por constituirse un **mecanismo de protección de derechos de orden procesal**, esto es, una **garantía** en su vertiente **secundaria** o, dicho de otra manera, como un **poder (facultad) conferido** al imputado (y, por extensión a los sujetos procesales comprendidas en la investigación) para que, a través de esta institución jurídica, pueda **exigir el restablecimiento** de los **agravios materializados** en su contra, por ende, resulta inconforme con las **reglas procesales** establecidas en el TP del **Código Adjetivo** –la misma que ostenta un **carácter prevalente**– una **reducción** al ámbito de **derechos** procedentes mediante esta figura procesal a los descritos en el apartado 2 del artículo 71 del CPP, por ende, debe **acogerse** una **perspectiva** de tipo **amplia** de supuestos de procedencia delimitada a través del **criterio de residualidad**.
 - Por otro lado, a pesar de la **obligatoriedad** producto de la **doctrina legal** del **AP N.º 04-2010/CJ-116 (f.j. 10)** que permite sustentar una **aplicación restringida** de los derechos pasibles de defensa mediante la solicitud de tutela –**exclusivamente** las **garantías específicas**, 71.2 del CPP–, sobre la base legal del T.U.O. de la LOPJ, que permite un **apartamiento** a los **principios jurisprudenciales**, puede **descartarse** esta **concepción** y, como bien anota Peña Cabrera-Freyre (idem, p. 109) debe anteponerse una **interpretación**

extensiva favorable al procesado ante la doctrina legal, por tanto, es **materia de la acción de tutela**: todos los derechos de nivel constitucional y legal, de incidencia procesal reconocidos a su favor, para ser ejercitados a lo largo del proceso, que carezcan de una vía propia.

- Y, por último, no cabe duda que una **interpretación extensiva** favorable al **procesado** conforme demanda las **reglas expresadas de interpretación procesal** contenidos en el **TP del CPP**, por ende, ostentando un **estatus prevalente**, y, armonizada a nivel legal y jurisprudencial, es **correcto** asumir que los **supuestos de procedencia** declarados doctrina jurisprudencial vinculante, y, **de obligatoria observación** son los **supuestos descritos** en el numeral 4 del artículo 71 del CPP, una postura diferente puede fundamentar una infracción a la debida motivación por **apartamiento de la doctrina jurisprudencial vinculante** por el órgano judicial.

Resumiendo, podemos afirmar que la conclusión sobre la postura que debe adoptar el **intérprete nacional (operador jurídico)**, en el momento de **absolver la problemática** objeto de tesis, esto es, cual es el ámbito de procedencia de los derechos susceptibles de defensa mediante la solicitud de tutela debe inclinarse por una **concepción amplia**, conforme a la **interpretación teleológica** que comprende el **criterio literal** y **sistemático** en la presente tesis, pues, se **aproxima a la intención legal** que **pretendió el parlamentario nacional**; empero, en todos los casos se encuentra delimitada a la **superación del presupuesto material de residualidad** (sin perjuicio, del cumplimiento del **requisito de admisibilidad: demandar la cesación del agravio acaecido** y, los otros dos **presupuestos materiales, que sea presentando en la oportunidad procesal legitimada**, durante la etapa de IP y, **no estar incurso en un supuesto de obstrucción al éxito de la investigación**).

4.3. Subcapítulo III: Interpretación jurisprudencial

De inicio, debemos empezar recordando que la **jurisprudencia** es una **fuentes de derecho**, asentada dentro de nuestro ordenamiento jurídico nacional, es así que, de una **concepción amplia** podemos asimilarla como el conjunto de resoluciones judiciales que dictan los órganos jurisdiccionales en ejercicio de la *iurisdictio*, esto es, la facultad del juez o tribunales de justicia para ejercer el derecho o materializar su facultad jurisdiccional para dirimir las controversias jurídicas y, en una **concepción restringida**, las resoluciones judiciales dictadas por el Supremo Tribunal de Justicia de una determinada jurisdicción.

De acuerdo a lo expuesto, es que se advierte la relevancia que presenta la **jurisprudencia nacional** para la dilucidación de las causas penales –dentro de la materia que se concibe esta investigación–, pues, **cumple** con un **rol de complementariedad** respecto a la ley y, además, **uniformadora**, con el objeto de evitar a aplicación de criterios disímiles por los órganos judiciales y, así generar ausencia de seguridad y predictibilidad jurídica.

No obstante, debemos precisar que, nuestra codificación procesal ha permitido que ciertas resoluciones –en términos generales– pueda **devenir en vinculante** para los órganos judiciales, en ese sentido, tenemos a la **Casación N.º 441-2017, Ica (ff.jj. 2.3 y 2.4)** dictada por la **SPP** el **24.05.2018**; al indicar que, solo ostentan **carácter de precedente vinculante en materia penal**, con sus notas distintivas **por la naturaleza y forma en que se emiten** y, por tanto, son de **observancia y obligatorio cumplimiento**, los siguientes:

- Los precedentes vinculantes así declarados, en las Ejecutorias Supremas conforme al CdPP de 1940.
- Las doctrinas jurisprudenciales establecidas como vinculantes en las sentencias casatorias en arreglo al CPP de 2004.
- Principios jurisprudenciales (doctrina legal o jurisprudencial) fijada en los Acuerdos Plenarios.

Expuestas estas ideas previas, cristalizada como **criterio de interpretación**, desde nuestra lectura, la asimilamos desde dos perspectivas:

- Como el **análisis judicial** que se efectúa a la **resolución** o **precedente** en sí mismo –de *forma individual*–, con el objeto de identificar el **razonamiento empleado** para la dilucidación de un **punto controvertido** comprendido en un **proceso**, esto es, **su forma de aplicación** y el **contenido que le confiere a la norma jurídica** para **emitir una solución**, que se encuentra plasmada en su producto final, resolución, y, de esa manera, reproducir la fundamentación en una causa específica en trámite, con la finalidad de obtener un pronunciamiento similar.
- Como **fundamento de aplicación** –de *forma conjunta*–, desde el **criterio adoptado** por un **conjunto de resoluciones judiciales** dictadas **por uno o varios de los órganos judiciales** pertenecientes a nuestro Poder Judicial (entiéndase, órganos de primera, segunda e instancia excepcional, este último, a cargo de la Corte Suprema de la República), lo que en doctrina, es denominado **jurisprudencial nacional**, en otras palabras, se pretende realizar el **acopio, análisis** y, posterior, **reunión**; en atención a la **posición** que se **adopta** para la dilucidación de **tópicos controvertidos**, como forma de **reclamar predictibilidad** y **seguridad jurídica por los justiciables**; en ese orden de ideas, se emplea para la **reunión**, las siguientes variables: fundamentalmente la argumentación esgrimida y la tesis o teoría que adopta sobre la aplicación o contenido de una norma, el juez o tribunal que lo dictamina, el estado en que se encuentra –en impugnación o firmeza–, y, el nivel de vinculatoriedad que manifiesta respecto a otros órganos judiciales.

Acorde a las vertientes en las cuales asimilamos la **interpretación jurisprudencial**, podemos afirmar, que en ambas **converge su fin ulterior**:

- Tomar conocimiento de la **interpretación** y **contenido** que realiza el **órgano judicial** de una **ley** o **norma jurídica** determinada, asimismo, su **aplicación** dentro de un **caso concreto**, pues, de esa manera, ante la materialización de un **caso de similares variables**, exigir la **aplicación** de los **mismos criterios** sobre la base de **principios-derechos**

jurisprudenciales que delimitan la **función judicial**, esto es, **igualdad**, la **seguridad** y **predictibilidad jurídica** que ostentan los justiciables dentro de un proceso.

Sobre el particular, corresponde describir cómo se cristalizará la **pauta de interpretación jurisprudencial**, en la presente investigación, se ha mencionado al describir la gestación de la presente **problemática seleccionada** como **tópico principal** a **dilucidar** en la presente investigación, que se origina con la publicación del **CPP**, el **29.07.2004** y su entrada en vigor en el **2006**,, pues incorpora una **figura procesal novísima**, sin precedentes, y, esta es la **acción de tutela**; en ese orden de ideas, los **órganos judiciales** al **interpretar** y **dotar de contenido** el **artículo 71** del cuerpo normativo antes citado, empiezan a presentar a **criterios disímiles** respecto a su **regulación**, **tanto en su aspecto material como procesal**, sin embargo, **subrayamos el principal** para esta tesis: el ámbito de protección de los derechos susceptibles de amparo mediante la **solicitud tutela**.

Dado la situación problemática generada, los magistrado supremos en lo penal, pretendieron dilucidar cualquier atisbo de conflicto mediante la emisión del **AP N.º 04-2010/CJ-116** dictado el **16.11.2010**, el que mismo que declaró como doctrina legal los considerandos del 10 al 19, no obstante, desde dicha fecha, en **interpretación de lo expuesto por los considerandos declarados doctrina judicial**, un sector importante de operadores jurídicos, **optó como criterio a seguir**: el *carácter restringido* de los derechos amparables mediante la acción de tutela, circunscribiéndose, **a los derechos enumerados en el artículo 71.2 del ordenamiento procesal** (conforme con el fundamento 10).

Sin perjuicio de lo antes descrito, **otro sector** sobre la base del acuerdo plenario antes mencionado, y, de una **lectura integral** de este, se **alinea** una **concepción amplia** de derechos, pues parte de la premisa que, el Acuerdo Plenario **no delimita a los derechos mencionados** de manera literal, en el artículo 71 inciso 2 del Código Adjetivo, pues, el considerando 17 detalla la posibilidad de **exclusión de material probatorio** y, tomando en cuenta que, a lo largo de su discurso argumentativo siempre le confiere a los **derechos**

constitucionales y legales que ostenta el imputado, más la redacción legal que presenta el artículo 71 del CPP, fundan su posición.

De lo expuesto, la única certeza ostensible es que, en base al **AP N.º 04-2010/CJ-116** del **16.10.2010** ambas **teorías** encontraron su fundamento con carácter de doctrina judicial, sin embargo, el **problema jurídico** seguía en discusión, la misma que a lo largo de los **años** se ha ido **consolidando** para ambas posiciones, conforme al **criterio** que **adopta** el **órgano judicial**.

No cabe duda que, nuestra jurisprudencia nacional –como ya hemos anunciado– presenta **dos facciones** respecto a la procedencia de los derechos pasibles de protección mediante la acción de tutela, por un lado la **tesis restringida** y, por otro lado, la **concepción amplia** (delimitada siempre por el criterio de residualidad), en ese sentido, a nuestro entender, la problemática se gesta en los primigenios distritos judiciales donde entrada en vigor en del CPP, pues, no se armonizaba la redacción legal establecida en el artículo 71 del CPP con el estatuto procesal de manera integral.

Es así, que este **subcapítulo** se encuentra estructurado de la siguiente manera:

- **Primero:** Se examinará la **jurisprudencia nacional** que ha sido encuadrada y es sustento para la **adopción** de la **tesis restringida**, destacando entre estas los **APS N.º 04-2010 (16.10.2021)** y **02-2012 (26.03.2012)**, la **Casación N.º 136-2013, Tacna (11.06.20214)** y, recientemente, la **Casación N.º 943-2021, Ventanilla (10.05.2021)**, a efectos de determinar **si es correcto**, la premisa que, albergan en su desarrollo argumentativo esta citada postura y, como no puede ser de otro forma, **compatibilizar** estas para un **correcto sentido jurisprudencial** tomando en consideración que han sido dictados por los magistrados supremos en lo penal.
- **Segundo:** Teniendo en cuenta el acopio de las **resoluciones judiciales** –en términos amplios, abarcando: autos de primera instancia, ejecutorias superiores y supremas, y, como ya se ha expresado anteriormente, con la prevalencia de las dictadas en Sede Suprema–, vamos a **determinar** si es **correcta** la posición que **defiende** la afirmación, que actualmente,

nuestra jurisprudencia nacional, viene presentando una **evolución jurisprudencial** sobre el **ámbito de protección** que ostenta la acción de tutela, asimismo, destacar la **argumentación** empleada por los **respectivos órganos judiciales** para fundar esta posición y, si esta es **unánime en el desarrollo de casos similares** que, posteriormente, ha tomado conocimiento **en el ejercicio o durante su cargo**.

- **Tercero:** Arribadas las **conclusiones individuales** de las premisas propuestas respecto a cada una de la **jurisprudencia revisada** sobre las tesis que se tiene sobre el ámbito de acción de la petición de tutela, corresponde compatibilizarlas, para que finalmente, se emita una conclusión final, de manera integral como **pauta de interpretación**.
- **Nota final:** De igual manera, estimamos importante mencionar, que en el **Capítulo VI. Resultados** será copiada todas las **resoluciones judiciales** examinadas a efectos de poder brindar **parámetros claros** de las siguientes variables: en caso se presente una adopción a la **tesis amplia de derechos** y si esta se manifiesta de forma **tácita** o **expresa**, adicionalmente, **agruparlas** por el **fundamento empleado** conforme a los **criterios de interpretación** seleccionados en la tesis, esto es: **fundamento histórico, teleológico** (en la manifestación **literal** o **sistemática**) o **jurisprudencial**.

Sin nada más que acotar, cumplimos con desarrollar el esquema de trabajo propuesto en este breve preámbulo, en el mismo orden de mención que se ha expresado.

4.3.1. Análisis de la jurisprudencia restringida de derechos

Conforme se anuncia en el inicio del presente **subcapítulo IV**, la **tesis restringida** en el Perú es de larga data, al originarse con el sentido argumentativo que declara el Supremo Tribunal Peruano, mediante los **Acuerdos Plenarios N.º 04-2010** (16.11.2010) y **02-2012** (26.03.2012), presentando así, esta concepción, un respaldo jurisprudencial con la calidad de doctrina legal obligatoria –relativa, puesto que cabe apartamiento motivado conforme al artículo 22 del TUO de la LOPJ–, en ese sentido, a raíz de su emisión, los órganos judiciales de distinto nivel han concebido como **argumento irrefutable** –y, considerado la adecuada aplicación que supera toda problemática respecto a este tópico– que solo cabe **la procedencia** de la acción de tutela en tanto y en cuanto se **reclame la vulneración de un derecho** taxativamente descrito en el **artículo 71.2 del Código Adjetivo**.

De lo expuesto, es que consideramos necesaria analizar si en efecto, los **Acuerdos Plenarios N.º 04-2010** (16.11.2010) y **02-2012** (26.03.2012) condiciona o no el universo de derechos objeto de tutela a los enumerados únicamente en el numeral 2 del artículo 71 del CPP, o, es una **interpretación** que empezaron a realizar los órganos judiciales de distinto nivel, en la fiel concepción que era la correcta, pero que en efecto, no es así y, además, por estar condicionados a la doctrina legal de obligatoria cumplimiento, *ergo*, queda demostrada la necesidad de evaluación, con la finalidad de determinar, si fue esa la **posición** que pretendieron transmitir los jueces supremos, siendo así, el primer objeto de examen en este numeral.

Posteriormente, se aduce que, este **criterio restringido**, ha sido reproducido por diversos pronunciamientos, destacando los expedidos por el **Supremo Tribunal**, entre destacan, la **Casación N.º 136-2013, Tacna** dictada por la **SPP** el 11.06.2014 y la **Casación N.º 943-2019, Ventanilla** dictada por la misma **Sala Suprema** antes citada, el 10.05.2021, por ende, creemos fundamental su análisis con el objeto de comprender integralmente las consideraciones esgrimidos por los magistrados supremos en lo penal y, de esa manera, determinar –como se señaló en el párrafo anterior– la **posición** que se **adopta**

respecto a t3pico objeto de examen y los **fundamentos** que respaldan esta tesisura.

Partiendo de la evaluaci3n de esta jurisprudencia nacional emitida por la **CS**, **etiquetada** como el **sustento** de la **concepci3n restringida**, pretendemos determinar: Primero, **cu3l fue la posici3n que**, en efecto, adoptan los **juces supremos en lo penal**; segundo, los **fundamentos** que cimentan esta posici3n y, en ese orden de ideas, si sus argumentos son arm3nicos o vagos y contradictorios; tercero, si esta tesisura adoptada guarda coherencia normativa y jurisprudencial y, finalmente, si se encuentra compatibilizada con la **finalidad** que ostenta la solicitud de tutela dentro de nuestro ordenamiento procesal.

4.3.1.1. Acuerdos Plenarios N.º 04-2010 y 02-2012

a) AP N.º 04-2010/CJ-116 (16.11.2010)

El presente acuerdo plenario fue dictado en el marco del VI Pleno Jurisdiccional de las Salas Penales Permanente y Transitoria, dictada el 16.11.2010, teniendo como ponente al juez supremo **Pr3ncipe Trujillo** y contando con la participaci3n de los magistrados supremos San Mart3n Castro, Lecaros Cornejo, Prado Saldarriaga, Rodr3guez Tineo, Barrios Alvarado, Neyra Flores, Barandiar3n Dempwolf, Calder3n Castillo y Santa Mar3a Morillo, esta decreta como **doctrina legal** los **considerandos 10 al 19**, los mismos que en seguida, evaluamos.

De entrada, podemos delimitar los fundamento en el siguiente esquema:

- **No reconocida como doctrina legal: 05 al 09** – aspectos generales.

Tabla 20: *Fundamentos no declarados doctrina legal del Acuerdo Plenario N.º 04-2010/CJ-116*

Fundamento jur3dico	Contenido
05	Ubicaci3n legislativa de la acci3n de tutela y, concretamente, los incisos que la regulan, siendo estos el apartado 1 y 4 del art3culo 71 del CPP.
	La relevancia que presentan los derechos fundamentales y, la importancia de estos dentro del esquema procesal, puesto

06	que, los derechos en conflicto son fundamentales , por ende, reconocidos a nivel constitucional, básicamente el derecho de aplicar el ius puniendi estatal –a favor del órgano jurisdiccional– (arts. 138 y 139.10 de la Const.) y los derechos que ostenta el imputado (artículo 139.14 de la Const.).
07	Afirma el alcance constitucional de los derechos y principios procesales, constituyendo estos, límites al poder estatal, siendo así, se han regulado garantías de forma genérica y específica, que irradian e influyen en desarrollo del proceso penal.
08	Describe a las garantías procesales genéricas y su reconocimiento constitucional, resaltando su capacidad de subsumir a aquellas garantías no reconocidas específicamente.
09	Le concede a la Constitución, el referente sobre el cual tanto el legislador como el operador jurídico debe conducirse dentro del proceso penal.

Fuente: Acuerdo Plenario N.º 04-2010/CJ-116 (16.11.2010)

Elaboración propia (2022)

Dado los considerados descritos, debemos resaltar lo siguiente:

- Nótese que contempla expresamente que el reconocimiento legal de la solicitud de tutela, se encuentra en el **inciso 1 y 4** del artículo 71 del CPP, y, **estos textualmente** comprenden como **supuestos** para ser materia de su protección, a **derechos** –entendemos procesales– recogidos en la Constitución y las leyes, esto es, un **catálogo amplio** de **derechos procesales** que se les **concede** un **procedimiento específico** de **protección** a través de este mecanismo procesal.
- A lo largo de estos considerandos **05 al 09**, si bien es cierto no están declarados doctrina legal, el discurso argumentativo que profesan versa en la **protección** de **derechos “fundamentales”** que se manifiestan dentro del proceso penal, en atención, al proceso de

constitucionalización en el que se encuentra sometido este, producto de la vigencia del Código Adjetivo (Landa Arroyo, 2006, pp. 143:154) manifestado en el reconocimiento de derechos (ya garantías) a lo largo de su artículo y, con un estatus superior, al ser descritos en su Título Preliminar, es así, que nos permite inferir que existe una **vinculatoriedad** entre estos **derechos** y la **institución jurídica materia de pronunciamiento**, que en esencia, busca la protección de (justamente) estos derechos **fundamentales** –en sus propios términos–.

- En suma, no cabe duda que este **análisis introductorio** que realiza sobre lo relevante de la **debida protección** de los **derechos fundamentales** que ostenta **el investigado** como un medio para la **limitación** del *ius puniendi* estatal, gira en torno a que estos, a partir de la vigencia del CPP, en los distritos judiciales que paulatinamente se empezó a implementar este cuerpo normativo procesal desde el 2006, iban a tener un **mecanismo específico** de salvaguarda, y, de esa manera de **exigibilidad** en caso se inobserve los derechos presuntamente lesionados y, que esta solicitud iba a estar dirigida en todos los casos, a los órganos que dirigen la sustanciación del proceso penal (léase: órgano fiscal-acusador y judicial), por tanto, no cabe duda que, de entrada, los jueces supremos postulaban una **protección extensa** de derechos pasibles de protección a través de la acción de tutela.

- **Reconocida como doctrina legal:** 10 al 16 – alcances de la audiencia de tutela

Tabla 21: *Fundamentos declarados doctrina legal del Acuerdo Plenario N.º 04-2010/CJ-116*

Fundamento jurídico	Contenido
10	Refiere que, los derechos fundamentales gozan de una mayor protección, por tal motivo, la acción de tutela se configura como un principal aporte al cumplir esta función y, expresa que los derechos protegidos son los recogidos taxativamente en el artículo 71 del CPP y, a reglón seguido, enumera los descritos en el apartado segundo del artículo antes mencionado.
11	Al desarrollar la finalidad de la solicitud de tutela, claramente expresa que es la protección de los derechos del imputado reconocidos en la Constitución y la ley –esto es, reproduce el inciso 1 del artículo 71 del CPP–. Por otro lado, le confiere la facultad de controlar la actuación fiscal al JIP ante vulneración de derechos específicamente reconocidos en el artículo 71 del CPP .
12	Concibe al mecanismo procesal estudiado como el medio para el restablecimiento de una lesión de los derechos vulnerados recogidos expresamente en el CPP (sic) y que se debe emplear ante vulneraciones consumadas . Vale destacar que le otorga citando a Alva Florián (2004, p. 13) un estatus superior (mayor eficacia y eficiencia) que un proceso constitucional de habeas corpus.
13	Describe que, la petición de tutela es el instrumento idóneo para la protección de garantías del imputado, garantizando la igualdad entre las partes procesales, al facultar el control de legalidad de la actuación fiscal a través del JIP, y, así, limitar el poder estatal.

	Lo destacable de este fundamento es, que expresamente señala que disposiciones o requerimientos ilegales que agravien derechos de orden constitucional o fundamental pero que tienen vía propia no pueden ser objeto de esta institución jurídica , en buena cuenta, la residualidad como característica principal que ostenta esta figura jurídica.
14	Precisa que, lo descrito en el considerando anterior (13) se debe delimitar al cuestionamiento de derechos fundamentales relacionados con los enumerados en el artículo 71 numerales 1 al 3 del Código Adjetivo, pero que carezcan de vía propia regulada para su protección.
15	Obliga al JIP a convocar a audiencia ante la afectación de un derecho fundamental que no tenga vía propia (sic), empero, le exige la formulación de un control a la solicitud planteada, pues, la lesión puede devenir en irreparable, lo que le habilita a emitir un pronunciamiento de iure (inmediatamente). Adicionalmente, expresa otro tópico a evaluar y, es comprobar que la petición no tenga por objeto obstruir la investigación, que en el citado caso, puede ser rechazada liminalmente (constituyéndose así en un presupuesto de procedencia), empero, la etiqueta como un control de admisibilidad .
16	Reproduce que, la labor fiscal se encuentra respaldada constitucionalmente, empero, está se encuentra sujeta al principio de objetividad como una directriz que irradia la labor fiscal y, en ese sentido, admite la posibilidad de exclusión de estos por la vulneración de derechos fundamentales recogidos en el artículo 71 del CPP .
17	Expresamente admite la legitimidad de la exclusión de actos de investigación en casos que no se presente una vía propia y que vulnere derechos recogidos en el artículo 71 del cuerpo normativo procesal.

18	Con referencia a la posibilidad de recurrir la DFYCIP refiere que, la acción de tutela está habilitada para aquellos casos en los que se violente derechos esenciales vinculados en términos amplios a la defensa, por ende, determina la irrecorribilidad de esta , y, acota, que se debe tomar en consideración, que presenta una vía propia para cuestionarse: medios técnicos de defensa.
19	Finaliza, reiterando que opera para la defensa de derechos descritos específicamente en el artículo 71 del CPP.

Fuente: Acuerdo Plenario N.º 04-2010/CJ-116 (16.11.2010)
Elaboración propia (2022)

Conforme a los considerados declarados doctrina legal, debemos poner a relieve lo siguiente:

- **PRIMERO:** De una lectura textual, tenemos que la referencia de **taxatividad** (textualidad) se usa a lo largo de los **nueve considerandos declarados doctrina legal** para referir a los **derechos “descritos” del artículo 71 del CPP**, sin embargo, debe realizarse la siguiente precisión:
 - De estos **nueve considerandos**, solo los **fundamentos 10 y 13**, circunscribe más el ámbito de derechos, de la siguiente manera, **el f.j. 10:** describe los derechos regulados en el inciso 2 del artículo 71 del CPP, lo que indefectiblemente una **interpretación aislada** de este **fundamento** nos conllevaría a afirmar que, en efecto, la **CS** delimito la procedencia de la acción de tutela para la protección de estos derechos descritos.

Por otro lado, **el f.j. 13**, usa la fórmula de: enumerados en el inciso 1 al 3 del artículo 71 del CPP, sobre este caso, ya hemos evaluado en el **numeral 4.3.1.** con mayor amplitud, que, sobre la **base de una interpretación literal** por la mención del apartado 1 del artículo citado del Código Adjetivo, se **dejaría habilitada** la posibilidad **de deducir derechos tanto de nivel constitucional** y

legal, pues, **expresamente** así lo señala **la redacción legal** de **este inciso**.

- Siguiendo la línea argumentativa anterior, los **considerandos 11, 15, 16, 17 y 19**, emplean la fórmula de: taxatividad de derechos descritos en el artículo 71 del CPP, en ese sentido, nos remitimos a lo antes descrito, esta mención por sí misma, permite aseverar que es **amplia** la posición que adoptan los magistrados supremos, por la **redacción legal** que presenta el **apartado primero y cuarto del artículo 71 del CPP**, o, en su defecto, que en esencia resulta gaseosa la afirmación, puesto que nada les impedía, al ser este **acuerdo plenario** el **uniformador** de **criterios** de la jurisprudencia contradictoria que se tenía hasta esa fecha.

Al respecto, debe recordarse que el estatuto procesal, ya tenía más de un lustro de vigencia –en **2006**: Huara y La libertad; en el **2007**: Ayacucho, Lambayeque, Cuzco, Ucayali, Callao y Arequipa; y, en **2008**: Tumbes, Piura, Tacna, Cajamarca, Moquegua, Amazonas, Junín y Ancash, estando vigente en la mayor parte de los distritos judiciales al **2010**, conforme al **Plan de Implementación del NCPP** aprobado por **D. S. 013-2005-JUS**–, por tanto, adolece de claridad el citado **Acuerdo Plenario**, a pesar de que esta doctrina legal no solamente es de interpretación y aplicación por parte de la judicatura sino también para conocimiento del ciudadano, en su calidad investigado que es lego en derecho y, merece, tener conocimiento **claro** de los mecanismos específicos (**garantía secundaria**) con la que cuenta para la protección de sus derechos procesales reconocidos tanto en la Constitución como en la ley.

- SEGUNDO: Sin ser redundantes con la peculiaridad que presenta la fórmula de: taxatividad de derechos descritos en el artículo 71 del CPP, es necesario mencionar que, el **considerando 11** al establecer la finalidad de la petición de tutela, claramente se remite al inciso 1 de este

artículo, por ende, podemos afirmar que los **derechos constitucionales** y **legales** de **orden procesal** que los manuales de procesal penal le confieren al **investigado** se **circunscriben** a este (inciso 1) bajo la forma de **garantías genéricas** contempladas expresamente dentro del estatuto procesal. Por el contrario, el **inciso 2 del artículo 71 del Código Adjetivo** solo describe un **catálogo limitado (garantías específicas)**, que no podemos considerar sean las únicas que habilitan la acción de tutela, pues, tomar por cierta esa afirmación, resulta inconexa y contraviene la propia finalidad que ostenta esta institución jurídica dentro del proceso, que es –en sus propios términos– **“regular las posibles desigualdades entre el perseguidor y perseguido”** (f.j. 13).

- **TERCERO:** Respaldando la tesis aseverada, que los jueces supremos en lo penal, en esencia, pretendieron la **protección** de **derechos procesales** reconocidos a nivel constitucional y legal (**garantía primaria**) a través de la solicitud de tutela (**garantía secundaria**), o, que en efecto, se presenta **ambigüedad** en el **establecimiento** de la **postura que se adopta** en el **citado acuerdo plenario**, concretamente, tenemos lo **expresado en el fundamento jurídico 12**, que reza así: **“la tutela es un mecanismo eficaz teniendo al restablecimiento del statu quo de los derechos vulnerados que encuentran una regulación expresa en el NCPP (...)”**, por tanto, no cabe duda que nuestra afirmación, encuentra respaldo en el propio sentido argumentativo esbozado en el considerado citado declarado doctrina legal.

Aunado a ello, en el citado considerando, agregan, citando a Alva Florián, que este mecanismo procesal es **superior** (en eficacia y eficiencia) que la **garantía constitucional de habeas corpus**, lo que nos permite afirmar que eso se manifiesta desde de **dos modos** concretamente: el primero, puesto que es un **mecanismo intraproceso** para la vigencia efectiva de los derechos que ostenta los sujetos procesales comprendidos en la investigación (espacio temporal para su promoción), en ese sentido, no resulta necesario que se acuda a la vía constitucional para su protección, en suma, **un juez constitucional dentro del proceso**

penal; el segundo, porque sus **reglas** y de cierto modo, su **ámbito de protección** resulta equiparable, recuérdese que, la citada **garantía constitucional** comprende una amplia gama de derechos protegidos (artículo 33 del NCPconst), delimitado por los derechos que son ámbito de protección por las otras garantías constitucionales (habeas data y amparo), por tal motivo, esta equivalencia impediría pensar que presenta una mentada **taxatividad** que deja fuera de su **matriz a derechos**, que en la praxis judicial se presentan –a riesgo de incurrir en la exageración– más frecuentemente lesionados.

- **CUARTO**: Otro tema discutible, versa sobre los **tópicos: disposiciones y requerimientos (f.j. 13) y, actos de investigación (f.j. 17)**, en los cuales refieren los magistrados supremos, que pueden ser cuestionados –y, respecto a los segundos, **solicitar su exclusión de la investigación**–, en tanto en cuanto se refiera a **derechos recogidos en el artículo 71 del CPP**, empero, de una revisión del numeral 2 del citado artículo, podemos advertir que los derechos que pueden ser vulnerados (conforme a la práctica judicial) exceden los supuestos descritos en este apartado, toda vez que, por un lado, **respecto a los actos procesales expedidos por el despacho fiscal**, no existe mención al **derecho a la debida motivación, plazo razonable para expedir estos actos, principio de interdicción a la arbitrariedad**, entre otros (la lista es extensa), el único reconocido es el derecho de defensa en su manifestación de **imputación necesaria y conocer los motivos de detención**.

Por otro lado, referente a los **actos de investigación** el único que puede guardar cierta relación es **la asistencia de la defensa en las diligencias programadas**, dejando de lado un amplio listado de derechos ante los cuales **sería legítima la solicitud de exclusión**, por ende, entendemos que esta mención, **guarda relación con el apartado primero**, clausula amplia (**genérica**) que reconoce al investigado derechos de orden constitucional y legal, esto es, un listado *numerus apertus*, empero, y,

esto si es irrefutable, que **carezcan de vía propia reconocida** en el proceso penal para su protección.

- ÚLTIMO: Englobando el discurso argumentativo esgrimido por el acuerdo plenario evaluado, advertimos que, en todos los casos, es convergente una característica –que a nuestro entender, configura como **presupuesto material** para la procedencia de la solicitud de tutela–, y, es la **residualidad**; en base a las consideraciones antes mencionadas, desde nuestra perspectiva, es coherente que los magistrados supremos en lo penal, tengan claramente determinado que este es el **filtro** que active la posibilidad de recurrir a este mecanismo procesal y, de hecho, consideramos plausible este parecer, pero este no debe ser delimitado por el despacho judicial a los **derechos contemplados** en el numeral 2 del artículo 71 del CPP, si no, por el contrario, a todo **derecho de nivel constitucional y legal de orden procesal**, a efectos de comprobar si presenta una **vía o mecanismo** de protección o, en **si** el **procedimiento contemplado** es aplicable al caso en concreto.

Al finalizar la revisión del **AP N.º 04-2010/CJ-116** hemos arribado a las siguientes conclusiones:

- Una interpretación aislada del citado acuerdo plenario, concretamente del considerando **10**, nos llevaría inexorablemente a asumir que, propugnan una **tesis restringida de derechos**, siendo procedente únicamente la reclamación de los derechos los enumerados en el apartado 2 del artículo 71 del CPP para activar la acción de tutela.
- Una interpretación integral del citado acuerdo plenario, nos permite aseverar de manera irrefutable, dos deducciones:

Que empleando como base **(i)** la mención de la naturaleza de los derechos “**fundamentales**” a lo largo del discurso argumentativo como pasibles de amparo a través de la petición de tutela, **(ii)** la

finalidad que ostenta este mecanismo procesal, como **restablecedor** del estatuto quo de derechos lesionados y como el **medio de equiparar las desigualdades** entre el órgano fiscal y el investigado, (iii) la ponderación que se le concede por encima de un **proceso constitucional**, que impide colegir que es un **catálogo estricto y delimitado** de derechos pasibles de protección, por ende, podemos inferir que, la real intención de los magistrados supremos en lo penal fue, dejar claramente determinado que la solicitud de tutela es procedente para **todo derecho** de nivel constitucional y legal de **orden procesal** (reclamable dentro del proceso penal) que ostente el investigado (y, por extensión, los sujetos procesales) siempre y cuando **carezca** de un **mecanismo específico** para **exigir** su observancia y respeto, o, en su defecto, por **resultar imposible** la **promoción** de **este mecanismo procesal**, puesto que, resulta improcedente legalmente (a modo de ejemplo, por la oportunidad procesal de activarlo), en ese sentido, superándose el **criterio de residualidad** (presupuesto procesal) **resulta procedente** la **acción de tutela** (materializándose ahí, la tan mencionada taxatividad).

No obstante, en caso no sea de recibo por el lector, la conclusión antes desarrollada, se pone de manifiesto, por las mismas razones (desarrollo argumentativo brindado por el citado acuerdo plenario), que lejos de **clarificar** el panorama **respecto al tópico: procedencia de derechos pasibles de salvaguarda mediante la audiencia de tutela**, lo que ha generado es **mayor controversia**, debido a su **ambigüedad (vaguedad** y, en otros casos, **contradicción)** y no **determinación** sobre la **postura (tesis)** que adoptan los magistrados supremos en lo penal y marcando la pauta a seguir, consolidando así, dos posturas claramente definidas, las **tesis: restringida y amplia**, motivando así, la emisión de otro acuerdo plenario, el mismo que a continuación, será evaluado.

b) AP N.º 02-2012/CJ-116 (26.03.2012)

El **Acuerdo Plenario N.º 02-2012/CJ-116** de fecha **26.03.2012**, es concebido en el marco del I Pleno Jurisdiccional Extraordinario de las Salas Penales Permanente y Transitoria, fungiendo como ponente al magistrado supremo **San Martín Castro** y jueces supremos firmantes Villa Stein, Lecaros Cornejo, Prado Saldarriaga, Rodríguez Tineo, Barrios Alvarado, Salas Arenas, Príncipe Trujillo, Neyra Flores, Villa Bonilla y Morales Parraguez, declarando doctrina legal los **fundamentos jurídicos** 06 al 11, a la sazón, procedemos a evaluar.

Tabla 22: *Fundamentos declarados doctrina legal del Acuerdo Plenario N.º 02-2012/CJ-116*

Fundamento jurídico	Contenido
6	De entrada, se remite a los considerandos declarados doctrina legal por el AP N.º 04-2010/CJ-116 (26.03.2010), reiterando –a su entender– la claridad en la cual aborda los <u>rasgos generales</u> y <u>características esenciales</u> . Y, de manera precisa, señala que los derechos fundamentales (sic) protegidos vía tutela son los recogidos en el artículo 71 del CPP y, uno de ellos es la facultad de conocer los cargos formulados en contra del investigado (art. 71.2 “a” del CPP).
7	Determina que la precisión de los hechos de contenido penal formulados en contra de un investigado, deben estar compatibilizados con la etapa procesal en que se encuentre el proceso , expresando que, para la apertura de DP es suficiente el estándar de prueba de sospecha simple , no obstante, esta debe estar sujeta a datos objetivos que permitan advertir la configuración de un hecho delictivo.
	En atención a la estructura del proceso penal, detalla que la formalización de la IP, si bien es cierto, es un acto de orden

8	procesal no se encuentra sujeto a control judicial , por el señorío que ostenta el despacho fiscal como conductor de la investigación, sin embargo, en las etapas procesales sucesivas, aumento el rigor de control a la cual será sometido una pretensión acusatoria.
9	Censura la posibilidad de cuestionar la fuerza probatoria que ostenta la imputación en la DFYCIP durante la etapa de investigación, y, de esa manera, anularla , dejando sentado que, este control será realizada en el procedimiento intermedio.
10	Desarrolla la garantía de defensa procesal y, expresa que aunado a los derechos instrumentales que comprende, a su vez, forman parte de este, los derechos sustanciales , y, que dentro de estas se encuentra la imputación necesaria. (art. 71.2 “a” del CPP), siendo este último exigible durante la etapa de IP. Además, describe el requisito de admisibilidad que presenta este mecanismo procesal, y, es acudir previamente al despacho fiscal para requerir el cese de la lesión al derecho que ostenta el investigado.
11	Complementando lo descrito en el considerando precedente, refiere que, ante la desestimación o falta de respuesta, queda expedita la facultad de instar la acción de tutela.

Fuente: Acuerdo Plenario N.º 02-2012/CJ-116 (26.03.2012)
Elaboración propia (2022)

Sobre el particular, conforme al tenor argumentativo que se advierte del acuerdo plenario citado, con la salvedad de la remisión que realiza al **AP N.º 04-2010/CJ-116** en el **considerando 6**, no expresa mayor reflexiones sobre la **primigenia doctrina legal**, lo que nos permite deducir que, a juicio de los jueces supremos penales, **no se manifiesta, luego de dos años de establecida esta**, problemática alguna en torno a la petición de tutela, quedando zanjada todo atisbo de conflicto jurídico, sin embargo, no es del todo cierto, porque **órganos judiciales** de distinto nivel **admitían a trámite**

y **se pronunciaban** sobre el **fondo** de solicitudes de tutela que **versaban** en **derechos no reconocidos expresamente** en el artículo **71.2 del CPP**, conforme acreditamos a continuación, empleando como referencia la jurisprudencia recabada por Oré Guardia (2012, p. 139 al 144):

➤ **Antes de la emisión del AP N.º 02-2012 (26.03.2012)**

- **Derecho tutela jurisdiccional efectiva** en su expresión de **ejecución de resoluciones judiciales**: En el caso, el recurrente activa la petición de tutela, puesto que considera necesaria que se cumpla con **oficiar** a los órganos y/o partes correspondientes con la **resolución judicial** que en vía de tutela declara **nula** –sin efecto– un **acto procesal**, ya que hasta la ausencia de notificación sigue gozando de eficacia jurídica.

A consecuencia de ello, el **JIP del CSJ de Tacna** declara infundada dicha solicitud planteada por el investigado, el mismo que, en atención al recurso impugnatorio presentado por la defensa técnica del accionante, es de conocimiento por la **SPA de la CSJ de Tacna**, el mismo que a través del **auto superior – resolución s/n, Expediente N.º 1705-25-2008 (ff.jj. 3 y 4)** dictada el **12.11.2008**, el mismo que, empleando como fundamento que, la **resolución** que es declarada fundada vía tutela, y, que adquiera la calidad de **cosa juzgada**, extiende sus efectos jurídicos a todos los sujetos procesales, en el caso, a los investigados que se encuentren **afectados** por la misma situación agravante, a pesar de que la **resolución antes citada** se haya expedido en otro proceso, en ese sentido, declara **fundado** el recurso de apelación interpuesto por la defensa técnica y, **reformándola**, declara fundada la solicitud planteada, **exigiendo** que se cumpla con la notificación de la resolución que fue emitida en vía de tutela en el otro proceso a favor del apelante.

- **Derecho de defensa en su manifestación de notificación de los actos procesales: disposición que programa diligencia de reconocimiento fotográfico.** El abogado defensor activa la vía de tutela, al considerar la afectación al derecho de defensa de su patrocinado en su vertiente de notificación de actos procesales ante la **omisión** de notificarle la **realización de la diligencia de reconocimiento fotográfico**, por tal motivo, acude al **3 JIP de Trujillo de la CSJ de La Libertad**, y este el **03.08.2010** emite al **auto de tutela**, declarando **fundada** la solicitud interpuesto por el recurrente y, **ante la omisión** de la presencia del abogado defensor del investigado.

En ese orden de ideas, resuelve **declarar la nulidad absoluta** de la citada diligencia, empleando como fundamento que, si bien es cierto, este mecanismo procesal se encuentra dirigido a la salvaguarda de los derechos reconocidos al imputados descritos taxativamente –de manera enunciativa– en el artículo 71.2 del CPP, **nada impide** que cualquier **otro derecho fundamental**: sustantivo o procesal, reconocido a favor del investigado en la Constitución, el Código Sustantivo o Adjetivo 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 afectados por cualquier órgano oficial de persecución penal, como consecuencia de la investigación instaurada en su contra (**considerandos 2.2 y 2.3**).

- **Derecho de defensa en su expresión de tener una defensa técnica y la participación de esta en todas las diligencias programadas por el despacho fiscal:** La defensa técnica promueve el mecanismo de tutela, toda vez que, el despacho fiscal **exige** al abogado defensor la **firma del investigado** en su escrito de personamiento al proceso y, así, poder legítimamente participar en las diligencias fiscales programadas, en ese orden de ideas, reciba la causa, el **4 JIP de la CSJ de Cuzco**, emite el **auto de primera**

instancia el **29.10.2010** (ff.jj. **3.10** y **4.1.**), mediante el cual, empleando como fundamento principal que, para **privar** de la **participación en las diligencias fiscales** a las partes procesales, debe estar supeditado a los casos previstos en el artículo 338 del CPP, (i) que se perjudique objetivamente el éxito de la investigación o, (ii) que se impida una pronta y regular actuación, lo que exige una **debida motivación por el órgano fiscal**, y, no configurarse uno de esos supuestos, el investigado se encuentra –a juicio del juez de garantías– legitimado para acudir a esta vía judicial para activar la acción de tutela, a efectos de controlar la razonabilidad del impedimento fiscal.

Por ende, declaró **fundada** la solicitud interpuesta por el investigado a través de su defensa técnica, al considerar que los actos del despacho fiscal lesionando directamente el derecho de defensa en su manifestación de defensa técnica, pues, se exige un presupuesto formal, la firma del abogado para la participación de las diligencias fiscales.

➤ **Después de la emisión del AP N.º 02-2012 (26.03.2012)**

- **Derechos a la gratuidad en la administración justicia en la expedición de copias simples de los actuados del expediente fiscal:** Para agravar la situación, es que incluso en el **mismo año –2012–**, que los supremos magistrados en lo penal **ratifican** su **AP N.º 04-2010** (16.11.2010) mediante el **considerando 6** del **AP N.º 02-2012** (26.03.2012), se **suscita** un **tema sumamente controvertido** que prueba nuestra **tesis** que, la **real intención** del Supremo Tribunal peruano es **delimitar** el universo de derechos pasibles de la audiencia de tutela al **criterio de residualidad**, no obstante, todos los derechos de orden procesal reconocidos por la Constitución y las leyes pueden ser confrontados con este filtro, pues, de lo contrario, no comprendemos las razones por la cual **admite** y se **pronuncia** sobre el **fondo** de solicitudes promovidas en el citado incidente, sin

censurar y desaprobar el proceder judicial que han tenido los **magistrados de primera y segunda instancia** al advertir que el **derecho** materia de debate es uno **ajeno** al catálogo de derechos enumerados en el **aparatado 2 del artículo 71 del CPP**, con mayor precisión los precisamos:

Tabla 23: *Ejecutorias Supremas que se pronuncian sobre el derecho a la gratuidad en la administración de justicia*

Ejecutoria suprema	Casación N.º 171-2011, Lima	Casación N.º 172-2011, Lima
Fecha de emisión	16.08.2012	17.07.2012
Derecho materia de incidente	Derechos a la gratuidad en la administración justicia en la expedición de copias simples de los actuados del expediente fiscal	
Censura por el derecho objeto de tutela	No lo realiza y, emite un pronunciamiento de orden fondal, delimitando los supuestos en los cuales se vulnera el derecho objeto de materia (e incluso declara doctrina jurisprudencial vinculante la primera ejecutoria suprema dictada)	
Magistrados supremos intervinientes	Villa Stein Rodríguez Tineo Ponente: Pariona Pastrana Neyra Flores Santa María Morillo (interviniente por licencia del juez supremo Salas Arenas)	Ponente: Villa Stein Pariona Pastrana (interviniente por licencia del juez supremo Rodríguez Tineo) Neyra Flores Morales Parraguez Salas Arenas (emite voto singular, el mismo que no realiza censura alguna)

Fuente: Ejecutorias Supremas emitidas por la Corte Suprema de Justicia de la República
Elaboración propia (2022)

Conforme se acredita con las Ejecutorias Supremas compartidas, no cabe duda que, parte de la **problemática** es gestado también, por los propios magistrados supremos en lo penal, al **admitir y pronunciarse sobre el fondo** de solicitudes de tutela en la cual los **derechos reclamados** exceden a los **derechos taxativamente enumerados** en el **artículo 71 del CPP** –reproduciendo la fórmula empleada por estos mismos, en los acuerdos plenarios antes referenciados– **sin censurar y desaprob**ar que hayan sido de recibo por los **órganos judiciales de primera y segunda instancia** la **procedencia** de estos.

En base a los casos compartidos, queda acreditado que, **desde la emisión del AP N.º 04-2010/CJ-116** dictado el **16.11.2010** hasta la emisión del **AP N.º 02-2012/CJ-116** del **26.03.2012** e **incluso**, posteriormente, hasta la actualidad –como se demostrará en numerales siguientes–, se materializan casos en los cuales se cristaliza la **controversia jurídica** sobre la tesis adoptada por los jueces supremos en lo penal en estos acuerdos plenarios, sin embargo, teniendo la posibilidad de absolver y superar esta problemática, limitaron su pronunciamiento al desarrollo de la **imputación necesaria** y la **irrecorribilidad** de la **DFYCIP**, lo que permite remitirnos a las conclusiones arribadas al evaluar el **AP N.º 04-2010/CJ-116**, descritas en párrafos arriba.

c) Reflexiones finales

En conclusión, podemos afirmar que el **Acuerdo Plenario N.º 04-2010** del **16.11.2010**, fue concebido por la necesidad de uniformizar criterios respecto a tópicos que giran en torno a la acción de tutela, sin embargo, por el sentido argumentativo que manifiesta nos permite arribar a dos reflexiones: **(i)** que una **interpretación aislada** del considerando **10**, nos exige asimilar como procedente exclusivamente los **derechos** taxativamente enumerados en el apartado 2 del artículo 71 del CPP, y, **(ii)** que una **interpretación integral**, nos permite advertir irrefutablemente que, el **real sentido** que manifiesta esta doctrina legal es **admitir** la **procedencia** de los **derechos de orden procesal** reconocidos en la Constitución y las leyes, en tanto en cuanto carezcan de un

mecanismo específico para su protección, o, que el regulado no resulta aplicable en el caso concreto, No obstante, es claro que, se **manifiesta ambigüedad** para la comprensión de la **tesitura** que se pretende establecer sobre el **ámbito de protección** que ostenta la acción de tutela, lo que origina lejos de **uniformizar los criterios, promover** más el **cisma**, fortaleciendo la **tesis amplia y restringida**.

Ahora bien, de una revisión en conjunto de los **Acuerdos Plenarios N.º 04-2010** (16.11.2010) y **02-2012** (26.03.2012), aunado a la jurisprudencia que se dictaba en el lapso de entre uno y otro –**dieciséis meses** (un año y cuatro meses)–, podemos advertir de manera categórica que, era **ostensible** que se había instaurado dentro de nuestra jurisprudencia nacional, la **problemática** en torno al **ámbito de protección** de derechos susceptibles de tutela, sin embargo, los jueces supremos en lo penal, no tuvieron a bien, **absolver** cualquier atisbo de duda sobre la **tesis** que **debe regir** y las reglas de **procedencia** para activar esta figura jurídica.

Sin perjuicio de lo anterior, ante la **emisión** de las **Ejecutorias Supremas** –Casación N.º 171-2011, Lima (16.08.2012) y 172-2011, Lima (17.07.2012)– dictadas por la **SPP** perteneciente al **Supremo Tribunal**, que en incidentes de tutela se **pronuncian** sobre el **fondo** de estas y, no **censuran** o **desaprueban** el actuar judicial de los órganos judiciales de primera y segunda instancia ante la **declaración –implícita o tácita**, no podemos afirmarlo al no tener acceso a las resoluciones judiciales expedidas en estos casos– de **procedencia** del **derecho objeto de incidente** (gratuidad en la administración de justicia) no **descrito taxativamente** en el apartado 2 del artículo 71 del CPP, que se disipa la **presunta ambigüedad** advertida de nuestra **interpretación integral** del **AP N.º 04-2010/CJ-116** y, se pone a relieve que, la **finalidad** de los magistrados supremos es declarar la **procedencia de derecho de orden procesal** reconocidos a nivel constitucional y legal que **carezcan de vía propia** o que la **regulada** resulte **inaplicable** al caso en concreto, en ese sentido, prevalece el **criterio de residualidad** como el **filtro** que **activa** la **incoación** de la tutela derechos.

4.3.1.2. Casación N.º 136-2013, Tacna

Posteriormente, otro incidente de tutela llega a la instancia excepcional y, es de conocimiento por la Corte Suprema, nos referimos a la **Casación N.º 136-2013, Tacna** emitida por la **SPP** el **11.06.2014, declarando doctrina jurisprudencial vinculante** los considerandos **3.4, 3.6, 3.10 y 3.11**. Asimismo, tenemos que, funge como ponente el juez supremo **Cevallos Vegas** y tiene como magistrados supremos intervinientes Villa Stein, Pariona Pastrana, Barrios Alvarado y Neyra Flores.

En tal virtud, consideramos necesario examinar los hechos materia del incidente, el iter procedimental que se presenta hasta llegar a la instancia excepcional, su postura respecto a la procedencia derechos pasibles de amparo de la acción de tutela y, la relevancia e impacto que tiene respecto al tópico problemático antes descrito lo declarado doctrina jurisprudencial vinculante.

a) Hechos del caso

La empresa Autocraft Perú S.R.L, mediante sus representantes legales Roomi Saqib y Syed Raza en el proceso penal instaurado por la presunta comisión de **contrabando** (art. 01 de la Ley N.º 28008) en vía de incidente de **confirmatoria de incautación promovida** por el RMP obtiene por parte del **3 JIP de la CSJ de Tacna** la emisión del **auto de primera instancia – Resolución N.º 01 del 11.03.2011**, mediante el cual se **declara fundado en parte** a solicitado por el despacho fiscal.

Conforme a la resolución judicial descrita, tanto el **fiscal provincial** como la **defensa técnica de la empresa** interponen el recurso impugnatorio de **apelación**, dando origen a la emisión del **auto superior** por parte de la **SPA de la CSJ de Tacna** mediante el cual declara **fundado** el **recurso de apelación** y, revocando la resolución de primera instancia, **desaprueba integralmente** el pedido de **confirmatoria de incautación**.

Dado este pronunciamiento, es que la **defensa técnica** de los recurrentes exige que se **ejecute** –a su entender lo dispuesto judicialmente– esto es, la **devolución judicial de lo incautado**, exigiendo que **oficie** el **JIP** a la

SUNAT con lo **resuelto** en el **incidente** (y, de esa forma, “hipotéticamente” obtener la devolución de sus bienes incautados).

Es así, que ante la **omisión de devolver lo incautado** en contra de la empresa **Autocraft Perú S.R.L.**, y al considerar la **afectación** de la **tutela procesal efectiva** en su manifestación de **ejecución de las resoluciones judiciales** activa la **incidencia de tutela**, con el objeto que, en vía judicial se exija el cumplimiento de lo resuelto en el **incidente de confirmatoria de incautación**.

b) Iter procedimental previo a la instancia excepcional

Al respecto, recibida la solicitud de tutela por parte del despacho judicial del **3 JIP de la CSJ de Tacna** previa audiencia, cumple con expedir el **auto de primera instancia** – resolución N.º 02 dictado el **01.07.2011**, que **declaró: “improcedente el pedido de tutela solicitado por la defensa técnica de Roomi Saqib y Syed Raza a favor de la empresa Autocraft Perú S.R.L.”**, empleando como fundamentos principal, **que el derecho reclamado judicialmente** no se encuentra enumerado dentro del artículo 71 del CPP.

La citada decisión judicial, fue materia de impugnación por la parte accionante, dando origen a la emisión del **auto de vista** dictado por la **SPA de la CSJ de Tacna** el **31.08.2011**, declarando **fundado** el recurso de apelación interpuesto por el recurrente, **revoca** el **auto de primera instancia** – resolución N.º 02 dictado por el JIP de la CSJ de Tacna el 01.07.2011 y, **reformulándola**, declara **fundada** la solicitud de tutela planteada por los investigados Roomi Saqib y Syed Raza, en consecuencia, **ordena** al JIP que **disponga** la restitución de los bienes incautados a la empresa Autocraft Perú S.R.L. y el levantamiento de toda restricción respecto de los vehículos incautados.

Por tal motivo, inconforme con el **sentido argumentativo y parte resolutive** adoptada por el Tribunal de Alzada, el **Representante legal** de la **SUNAT** impugna el **auto de vista** y, fundamenta su **recurso** extraordinario de **casación** en los siguientes términos: **(a)** errónea aplicación de la doctrina

legal expresada en el AP N.º 05-2010/CJ-116 respecto a los efectos jurídicos de la **desaprobación** de la **medida de incautación**, **(b)** inaplicación de la del artículo 13 de la Ley N.º 28008. *Ley de delitos aduaneros*, que expresamente señala que no cabe **devolución** de los **bienes incautados** por el delito de contrabando hasta que no se **expida** un **auto de sobreseimiento** o **sentencia absolutoria** con la calidad de cosa juzgada que **disponga** la **devolución** y, **(c)** el ámbito de acción de la solicitud de tutela se circunscribe a los **requerimientos ilegales** que vulneren **derechos fundamentales** enumerados en el artículo 71 incisos 1 al 3 del CPP, por ende, esta petición debió declararse **improcedente liminalmente**.

Sobre el particular, el Supremo Tribunal emite el **Auto de Calificación de la Casación** de fecha **23.08.2013**, el mismo que declaró **bien concedido** el **recurso de casación**, en ese sentido, se **pronuncia** sobre la causa emitiendo la ejecutoria suprema, que enseguida evaluamos.

c) Análisis de la ejecutoria suprema

De entrada, los magistrados supremos delimitan el ámbito de su pronunciamiento a **tres tópicos** de suma relevancia para la jurisprudencia nacional: **(1)** el ámbito de protección de los derechos susceptibles de amparo mediante la solicitud de tutela, **(2)** los efectos jurídicos de la **no confirmatoria judicial** de la incautación y, **(3)** la inaplicación del artículo 13 de la Ley N.º 28008, no obstante, conforme a los fines de la investigación, nos delimitaremos a evaluar el **numeral (1)** de la Cas. N.º 136.2013, Tacna.

- **Contenido de los considerandos 3.2 al 3.7:**

Tabla 24: *Análisis de la Cas. N.º 136-2013, Tacna*

Fundamento jurídico	Contenido
	Con mucha autoridad realiza una disgregación del artículo 71 del CPP, entre lo principal a destacar es: (1) que manifiesta que los derechos reconocidos en el apartado 1 del artículo 71 del CPP, son de orden

3.2	constitucional, los mismos que pueden ser reclamados por el investigados o su defensa técnica; (2) acota que, el apartado 2 reconoce taxativamente una serie de derecho de orden procesales al imputado y (3) sin embargo, culmina expresando que: “de igual manera, lo realiza el apartado 4 del citado artículo.
3.3.	Desarrolla la finalidad de la audiencia de tutela, señalando que se constituye como el mecanismo idóneo para la defensa de derechos reconocida específicamente en el artículo 71 del CPP.
3.4. (doctrina legal)	<p>Declara como doctrina legal, que es el JIP el órgano asignado para el control de legalidad de la actuación fiscal y, de esa manera, contener el poderío estatal desplegado contra el investigado y, por otro lado, reproduce la naturaleza residual que ostenta esta figura jurídica.</p> <p>Por último, reafirma que, a través del AP N.º 04-2010/CJ-116 se ha determinado que en la acción de tutela, los derechos legitimados para ser recurridos son los establecidos en el artículo 71 del CPP, constituyendo una lista cerrada.</p>
3.5.	Manifiesta que el derecho reclamado en esta vía incidental es el derecho de tutela jurisdiccional efectiva en su manifestación de ejecución de resoluciones judiciales, siendo el dilatado tiempo de cumplimiento lo que fundamento la decisión superior de declarar fundada la solicitud.
3.6. (doctrina legal)	Establece que el derecho de ejecución de resoluciones judiciales se encuentra fuera del listado cerrado objeto de tutela y, además, que esta proscrita la posibilidad de incorporación de supuestos de procedencia (sic) , pues, generará que se pervierta esta institución procesal, al permitir un

	control integral de la actuación fiscal y, por extensión, de la actuación de los miembros de la PNP.
3.7.	Finaliza, considerando que el agravio deducido por el casacionista debe declararse fundado ante la evidencia de violación a sus derechos.

Fuente: Casación N.º 136-2013, Tacna (11.06.2014)
Elaboración propia (2022)

A consecuencia del contenido de los considerandos descritos, brindamos las siguientes conclusiones:

- Con relación al 3.2: Es necesario resaltar que, al disgregar el artículo 71 del CPP, –conforme a las deducciones arribadas en la **interpretación literal realizada por el autor en el numeral 4.3.1–**, tenemos que **tanto el apartado 1** y el **4** del artículo citado, se constituyen como **habilitantes** (puertas abiertas) para la **activación** de la **acción de tutela**, pues, el **primero**: no cabe duda que el inciso 1, reconoce la posibilidad que el **investigado** o su **abogado defensor** puedan **exigir** la observancia y respeto de los derechos procesales de orden constitucional y/o legal y, **el segundo** (inciso 4), siguiendo la línea anterior, expresamente contempla como supuesto para recurrir a esta vía judicial: en caso el investigado **durante la investigación preparatoria** advierta que no se ha dado cumplimiento a estas disposiciones, que sus derechos no son respetados, que es objeto de medidas limitativas de derechos indebidas o de requerimientos ilegales, ergo, de entrada el Supremo Tribunal plantea un **ámbito de procedencia** de **carácter amplio**.

En atención a lo antes dicho, resulta de aplicación la misma interpretación realizada al **considerando 3.3** que, al desarrollar la finalidad de la petición de tutela, limitadamente señala que, el objeto pasible de reclamo son los derechos enumerados específicamente en el artículo 71 del CPP.

- Con relación al 3.4 (doctrina legal): Es sumamente destacable, pues, ostenta la calidad de **doctrina jurisprudencial obligatoria**, el criterio que reconoce la posibilidad que **el órgano fiscal pueda incurrir en excesos de manera deliberada o negligentemente**, por ende, es el JIP quien fungirá como órgano de control, para evaluar la legalidad de la actuación fiscal y, de esa manera, contener el *ius puniendi* estatal.

Otro tópico igual de importante, y, el cual es plausible su desarrollo, es que **reitera** que la acción de tutela –y, ahora **doctrina jurisprudencial obligatoria**– se sujeta al **criterio de residualidad**, el mismo que consideramos, constituye el **presupuesto de procedencia** para su activación.

No obstante, lo censurable es que, **advirtiéndolo** que en la jurisprudencia nacional de sus órganos judiciales inferiores se sigue presentando **controversia** respecto al ámbito de acción, **manifiesta** que son **pasibles de amparo** los derechos descritos en el artículo 71 del CPP, lo que inexorablemente, habilita a que, **ambas posturas** sigan construyendo su posición, por lo **gaseosa** y **poco claro del criterio adoptado** como **doctrina jurisprudencial vinculante**.

- Con relación al 3.6 (doctrina legal): Queda claramente establecido y es irrefutable –desde la **declaración de doctrina jurisprudencial** vinculante del presente considerando– que el **derecho de ejecución de las resoluciones judiciales** (manifestación de la tutela jurisdiccional efectiva) está fuera del ámbito de acción de la solicitud de tutela.

Aunado a ello, acota que, los órganos judiciales no pueden **incorporar** nuevos **supuestos de procedencia**, sin embargo, no precisa si se refiere a los **derechos enumerados en el apartado 2 del artículo 71 del CPP** o de **manera integral del artículo 71 del CPP**, no es un **dato menor** que hubiera permitido la claridad

de la posición que adopta, y, con mayor razón, si **expresamente** se deja fuera del ámbito de protección de la citada institución jurídica al **derecho de ejecución de las resoluciones judiciales**.

Termina señalando que, **resulta imposible controlar** la **totalidad** de las **actuaciones** de los **órganos investigadores**.

- **Controversia en la doctrina jurisprudencial vinculante del 3.4. y 3.6. de la Ejecutoria Suprema:** Con la finalidad de analizar integralmente lo declarado **doctrina jurisprudencial vinculante**, a continuación, vamos a intentar compatibilizar el **considerando 3.4. y 3.6** de la **Cas. N.º 136-2013, Tacna**.

A modo preliminar, debemos partir recordando que, en la **doctrina jurisprudencial vinculante**, **no cabe apartamiento como el caso del acuerdo plenario**, pues, es **de estricto cumplimiento** por los órganos judiciales de inferior jerarquía a la Sede Suprema, hasta que **otra ejecutoria suprema lo modifique** expresamente de conformidad con el artículo 433.3 del CPP.

Es así, que resulta necesario destacar una **contracción ostensible** y de **notoria diferencia** en los **considerandos 3.4. y 3.6:**

- **Premisa 1:** Se reconoce que –en ciertos casos– los órganos investigadores (MP y PNP) en el desarrollo de sus competencias, pueden afectar derechos del investigado, de manera, deliberada o negligente, siendo el JIP quien realizará el control de legalidad de las actuaciones fiscales.
- **Premisa 2:** No toda actuación del órgano investigador (MP y PNP) puede ser objeto de control por parte del JIP, pues, puede devenir en la desnaturalización de la institución jurídica ante un uso abusivo.

- **Conclusión:** El **JIP** se encuentra en una **incertidumbre jurídica**, a la hora de determinar qué **actuaciones** del **órgano fiscal** están sujetas a **control jurisdiccional**, por tal motivo, es latente la posibilidad de incurrir en **vicio** por **apartamiento de la doctrina jurisprudencial vinculante** reclamable por las partes procesales al adoptar la **premisa 1 o 2**.
- **Reflexiones en torno al sentido argumentativo de los considerandos citados:** En correlato con lo antes demostrado y, con la pretensión de armonizar estos criterios, lo único que nos permite salvar esta contradicción jurídica, en la que incurren los magistrados supremos en lo penal, que lejos de **absolver** la **problemática** gestada a nivel jurisprudencial respecto a la **concepción** que se tiene del **ámbito de protección** de los **derechos recurribles** mediante la acción de tutela, se pondera el **criterio de residualidad** –sin dejar de observar evidentemente los otros presupuestos, que a nuestro entender presenta esta figura jurídica, a saber: oportunidad procesal y no estar incurso en un supuesto de obstaculización que afecta el éxito de la investigación–, y, ese debe ser el **criterio delimitador** para el **control de la actuación fiscal** –respecto a esta citada controversia jurídica de la doctrina jurisprudencial vinculante– .y, **de los derechos del imputado de orden procesal** reconocidos **a nivel constitucional y legal** a favor de este.

Similar interpretación ha sido manifestada por la **1 SPDANPEDCF** de la **CSJE** en **DCFYCO**, en el **Auto de vista – Res. N.º 03, Exp. N.º 0003-2017-10 del 18.11.2019** [*Caso Nadine Heredia Alarcón*]; la misma que, se alinea a una concepción **amplia de derechos** susceptibles de protección mediante la acción de tutela, empleando como **fundamento principal** la evolución jurisprudencial expedida tanto por el Tribunal Supremo como ese mismo Tribunal Superior, que se cristaliza respecto a este tópico, en ese sentido, considera que la **taxatividad** proclamada a esta institución jurídica está relacionada a

la **naturaleza jurídica** que **presenta**, esto es, la **residualidad**, que impediría el conocimiento integral de todos los derechos de orden supralegal y legal que ostenta el investigado (**fundamento jurídico 8.4**), mas no relacionado únicamente a los **derechos descritos** en el apartado 2 del artículo 71 del CPP.

Conforme a lo antes dicho, de forma concreta, **admite** la protección de los derechos de defensa, legalidad procesal y tutela jurisdiccional efectiva, que engloban la facultad de **cuestionar** la **disposición** que **concede medidas de protección**.

- **Discurso argumentativo expresado en ejecutorias supremas dictadas que admite expresamente un amplio control de legalidad de la actuación fiscal vía petición de tutela:** Aunado a lo antes aseverado, resulta necesario respaldar la interpretación brindada que permite armonizar los considerados **3.4.** y **3.6. declarados doctrina jurisprudencial** conforme al criterio adoptado brindado por el propio Supremo Tribunal respecto al tópico **control de legalidad** que se puede ejecutar contra las **actuaciones** de los **órganos investigadores**:

Tabla 25: *Jurisprudencia que admite un control de legalidad sobre la actuación fiscal*

EJECUTORIA SUPREMA	FUNDAMENTO JURÍDICO RELEVANTE
<p align="center">Acuerdo Plenario N.º 04-2010/CJ-116 dictada el 16.11.2010</p>	<p>F.J. 16: “(...) Los actos de investigación realizado por el MP gozan de amparo legal por tratarse de la autoridad pública encargada de la persecución del delito, ello no implica que sean inatacables o incuestionable, puesto que han de sujetarse a la ley y al principio objetividad. Es decir, estos actos de investigación podrán quedar viciados o excluidos, según el caso, si vulneran derechos fundamentales que se encuentran recogidos en el artículo 71 del CPP (...)”.</p>
	<p>F.J. 8 (tercer párrafo): “El CPP establece en beneficio del imputado la audiencia de tutela, en ese sentido,</p>

<p>Casación N.º 14-2010, La Libertad dictada por la SPP el 05.07.2011</p>	<p>cuando considere que de las DP o que en la IP no se ha dado cumplimiento a estas disposiciones (relativas a sus derechos), o que sus derechos no son respetados, o que es objeto de medidas limitativas de derechos o de requerimientos ilegales, puede acudir en la vía de tutela al JIP (...). F.J. 9: “Esta facultad que le otorga la norma procesal al imputado puede hacerla siempre y cuando se vulnere alguna garantía constitucional, sustantiva o procesal, caso contrario no procesa la acción de tutela”.</p>
<p>Casación N.º 33-2011, Piura dictada por la SPP el 08.03.2012</p>	<p>F.J. 2.12: “Debe tenerse en cuenta además que, en el caso sub materia no se cuestiona una DFYCIP, sino actuaciones fiscales que se hallan dentro de las denominadas diligencias preliminares, cuya conducción y titularidad corresponde al MP, y que puede ser cuestionada vía tutela de derechos”.</p>
<p>Casación N.º 1142-2017, Huancavelica dictada por la SPP el 25.05.2018</p>	<p>F.J. 15: “La institución de tutela se regula en el inciso cuatro del artículo 71 del CPP, que faculta al imputado en acudir al JIP cuando considere que durante las DP o en la IP no se hayan dado cumplimiento a las disposiciones contenidas en la Constitución y las Leyes, o que sus derechos no se respetaron, o que es objeto de medidas limitativas de derechos indebidos o de requerimientos ilegales (...)”.</p>
<p>Casación N.º 168-2016, Huancavelica dictada por la SPT el 15.06.2018</p>	<p>F.J. 6.2.2.: “Dicho acuerdo plenario [04-2010/CJ-116] también precisa que: “[...] La tutela de derechos es una garantía de específica relevancia procesal penal, que puede usar el imputado cuando ve afectado y vulnerado uno o varios derechos establecidos específicamente en el artículo 71 del CPP, quien puede acudir al JIP para que controle judicialmente la legitimidad y legalidad de los actos de investigación practicados por el Ministerio Público (...)”.</p>
<p>Auto superior – Res. N.º 01, Exp. N.º 02.2018-4 dictada por la SPE el 16.11.2018</p>	<p>F.J.1.2: “ante cualquier presunta arbitrariedad del RPM los investigados pueden recurrir al juzgado para garantizar sus derechos”. F.J. 4.6: “no existen zonas exentas de control jurisdiccional pues, -citando a Sánchez Velarde, 2009, p.132 - «la actividad del juez en esta epata no resulta pasiva ni ajena al procedimiento, la intervención judicial se hace necesaria conforme a nuestro ordenamiento constitucional», siendo quien controla la legalidad de las actuaciones fiscales garantizando el debido proceso y el derecho de defensa del imputado”. F.J.8.5.: “El proceso penal debe proveer un equilibrio entre garantía y eficiencia por lo que al no existir una vía especial para garantizar la protección de un derecho como una de la naturaleza y la complejidad del plazo de IP debemos utilizar la tutela de derechos”.</p>
<p>Auto de Calificación de la</p>	<p>F.J. 4: “la acción de tutela si bien es residual tiene, como uno de sus objetivos, determinar si como</p>

<p>Casación N.° 943-2019, Ventanilla dictada por la SPP el 24.04.2021</p>	<p><i>consecuencia de las acciones o decisiones de la Fiscalía en sede de investigación se han respetado o no los derechos del imputado”.</i></p>
<p>Casación N.° 2057-2019, Tumbes dictada por la SPP el 10.02.2021</p>	<p>En el f.j. 1.2 literales “d” y “e” se reconoce expresamente la facultad de cuestionar la disposición que califica procesalmente la investigación mediante la acción de tutela, vale recordar que, este último, es un acto procesal dictado por el MP.</p>
<p>Casación N.° 1611-2019, Nacional dictada por la SPP el 17.06.2021</p>	<p>F.J. 4: “<i>La intervención del JIP es residual y tutelar y solo interviene para cautelar graves afectaciones a derechos constitucionales y legales expresamente habilitados por la ley procesal. En efecto, es posible acudir a una tutela de derechos, conforme regula el inciso 4 del artículo 71 del código adjetivo cuando, como consecuencia de las acumulaciones, se puedan vulnerar derechos”.</i></p>
<p>Casación N.° 1232.2018, El Santa dictada por la SPP el 04.03.2022</p>	<p>F.J. 2 (último párrafo): “<i>Cabe agregar que en sede de IP, sin perjuicio de este control jerárquico directo, ante la vulneración de un derecho al imputado cabe la acción de tutela como consecuencia de la actividad de investigación del fiscal, de suerte que el imputado no queda en indefensión material”.</i></p>

Fuente: Jurisprudencia emitida por la Corte Suprema de Justicia de la República
Elaboración propia (2022)

Por añadidura, es **preciso** recordar lo expresado por el **Máximo Intérprete de la Constitución** en la **STC. Exp N.° 05559-2009-PHC/TC (f.j. 9) [Caso Giovanni Danti Gamarra Puertas]** del **03.06.2010**, respecto a la ausencia de **zonas exentas de control constitucional** y la **capacidad expansiva** que ostentan los **derechos fundamentales** –posteriormente, reiterado en la **STC. Exp. N.° 00156-2012-PHC (ff.jj. 64 y 69) [Caso Cesar Humberto Tineo Cabrera]** del **08.08.2012**–, a mayor precisión, compartimos integralmente el considerando citado:

“En realidad, en ningún caso el ejercicio del ius puniendi puede justificar la existencia de zonas liberadas a la vigencia de la Constitución, como quiera que ello sería tanto

*como **negar la supremacía de esta última**. Por lo demás, no puede olvidarse que la esencia de **los derechos fundamentales radica precisamente en la fuerza expansiva que éstos despliegan en todos los aspectos de la vida social**, independientemente del contexto específico en que aquellos se apliquen”.*

En similares términos, la **SPE** de la **CS**, mediante el **auto de vista** - Res. N.º 01, **Exp. N.º 02-2018-4, Lima** [*Caso Bienvenido Ramírez Tandazo*] del **16.10.2018**, al expresar en los **fundamentos jurídicos 1.2. y 4.6**, que **no existen zonas liberadas de control constitucional**, siendo éstas **ejecutadas** por el **JIP**, con la finalidad de **controlar la legalidad del accionar fiscal** garantizando así, un proceso debido y la observancia del derecho de defensa que ostenta el investigado, por tanto, de conformidad con el artículo 323 del CPP, no es una facultad expresa, del órgano judicial, poder sustraerse de materializar un control jurisdiccional, al contrario, debe realizarlo, aplicando métodos de interpretación conforme a la ley, la doctrina y la jurisprudencia.

De lo expuesto, **conforme a la jurisprudencia** emitida por el Supremo Tribunal peruano, no cabe duda que, el **sentido argumentativo** que se adopta de manera uniforme, es la **posibilidad de cuestionar la actuación** del RMP y los miembros de la PNP, siempre y cuando, se supere el presupuesto de procedencia: **residualidad**, de lo contrario, su rechazo liminar es legítimo y, por ende, se encuentra arreglado a derecho.

d) Comentarios finales

Por último, del examen realizado a la **Casación N.º 136-2013, Tacna** hemos arribado a las siguientes conclusiones:

- El considerando **3.4. declarado doctrina legal** adolece de la misma ausencia de claridad que al **AP N.º 04-2010/CJ-116** de fecha 16.11.2010, respecto a la **tesitura** que adopta el Supremo Tribunal y, remite su apreciación del ámbito de acción de la solicitud de tutela a los derechos enumerados en el artículo 71 del CPP, esto es, desde

una **interpretación literal**, conforme a la redacción legal que presenta, nos **habilitaría** a una **concepción amplia**.

- Con relación al **considerando 3.6. (doctrina legal)**, consideramos irrefutable que, está fuera del ámbito de **protección** de la petición de tutela el **derecho de ejecución de las resoluciones judiciales**. Asimismo, se **condiciona** al **juez de garantías**, imponiéndole que **no incorpore supuestos de procedencia** al universo de derechos pasibles de amparo por la citada figura jurídica, empero, **no expresa cual es el listado de supuestos a verificar** y, por ende, **a no incrementar**.
- Los considerandos **3.4 y 3.6. declarados doctrina jurisprudencial vinculante**, presentan una **incompatibilidad jurídica** respecto a la **facultad de controlar la legalidad de las actuaciones fiscales**, no obstante, a nuestro juicio, la fórmula para superar esta disyuntiva es estimar que el **criterio delimitador para activar el control judicial** vía tutela es el **presupuesto de procedencia residualidad**, empleando como base para esta aseveración, la **uniformidad jurisprudencial** que ha tenido a lo largo de los años, el Supremo Tribunal peruano en **aceptar la posibilidad de cuestionar los actos procesales** emitidos por el **RMP** y, por extensión, de los miembros de la **PNP**; así como, la **proscripción de zonas exentas de control constitucional** de los **actos emitidos por órganos estatales** conforme a la **jurisprudencia del Tribunal Constitucional** y la **Corte Suprema de Justicia de la República**.

4.3.1.3. Casaciones N.º 943-2019, Ventanilla y N.º 1611-2019, Nacional

a) Casación N.º 943-2019, Ventanilla

En la doctrina nacional, se aduce como último atisbo de la **concepción restringida** en la jurisprudencia nacional, a la **Casación N.º 943-2019, Ventanilla** dictada por la **SPP** el **10.05.2021**, teniendo como ponente al juez supremo San Martín Castro y, magistrados supremos intervinientes a los señores Sequeiros Vargas, Coaguila Chávez, Torrez Muñoz y Carbajal Chávez.

Sobre el particular, tenemos que la **defensa técnica** del Sr. Juan Timoteo Jiménez Loayza cuestiona la **Disposición N.º 13** dictada por la **FP de Santa Rosa del DF de Ventanilla** el **05.09.2019**, la misma que decreta la **acumulación** de los **procedimientos de IP** signados con numeración N.º **221-2017** y **003-2017**, mediante dos vías procedimentales específicas:

- **Primera vía:** Mediante el recurso de **elevación de actuados**, ocasionando que se emita la **disposición fiscal superior** dictada el **03.07.2018**, que **dispone** la **aprobación** de la **Disposición N.º 13 (05.09.2019)**.
- **Segunda vía:** Posteriormente, (o, paralelamente, no tenemos la certeza de la oportunidad procesal en que se activa estos mecanismos), se insta al RMP que **declare** la **nulidad** de la **Disposición N.º 13 (05.09.2019)**.

Es así, que **activa** la intervención judicial mediante la **acción de tutela** en la cual como **medida correctiva** exige la **nulidad** de la **Disposición N.º 13 (05.09.2019)**, la misma que es resuelta por el **JIPP de Ancón y Santa Rosa del CSJ de Ventanilla**, mediante el **auto de primera instancia** de fecha **04.12.2018** declarando **improcedente** la **solicitud de tutela** incoado por la defensa técnica del Sr. Jiménez Loayza.

Inconforme con el pronunciamiento, el recurrente interpone recurso de apelación, tomando conocimiento de la causa la **1 SPDA** de la **CSJ de Ventanilla**, y, expidiendo el **auto superior** de fecha **11.04.2019** **confirmando** el **auto de primera instancia** de fecha **04.12.2018** que

declaró improcedente la solicitud de tutela incoado por la defensa técnica del Sr. Jiménez Loayza.

Persistiendo en su posición, de la **materialización del agravio deducido**, interpone recurso de **casación excepcional**, fundamentándolo en la causal descrita en el artículo 429 incisos 3 y 4 del CPP, esto es, vulneración al precepción material e indebida motivación por ilogicidad, y, respecto al **interés casacional** solicita precisión respecto a la posibilidad de recurrir las **disposiciones fiscales de acumulación de investigaciones** y, **si la vía idónea para su control es la acción de tutela**, en ese sentido, en caso emitirse una decisión admitiéndola, es legítimo la declaratoria de **nulidad** del citado acto procesal. Al respecto, la **SPP** emite el **Auto de Calificación de la Casación N.º 943-2019, Ventanilla** de fecha **24.04.2020**, declarando **bien concedido** el recurso de casación excepcional y, previa audiencia, emite la ejecutoria suprema que en líneas siguientes será analizada.

La ejecutoria suprema materia del presente numeral, resuelve el incidente, declarando **infundado** el **recurso de casación** interpuesto por el Sr. Jiménez Loayza, por ende, **no casaron** el auto superior recurrido, y, empleo como fundamentos de derecho para arribar a dicha conclusión los siguientes:

Tabla 26: *Evaluación de la Casación N.º 943-2019, Ventanilla*

Fundamento jurídico	Contenido
Tercero	Del reconocimiento constitucional como conductor de la IP al RMP, emana la característica de desformalización de la investigación, en ese sentido, asevera que la acumulación o des acumulación responde a la estrategia fiscal y está se encontraba sujeta referencialmente a las reglas de competencia expresadas en el CPP. No obstante, no es absoluta, pues, cabe la desacumulación, sin embargo, no es relevante la subetapa de la IP (DP o IP formalizada) en que se encuentren.
	Durante la IP no rige el control integral de las actuaciones por parte del superior jerárquico, en todas las incidencias

Cuarto	<p>suscitadas, siendo estas debidamente definidas en el ordenamiento jurídico (léase: LOMP y CPP).</p> <p>Respecto a la acción de tutela, su reconocimiento legal se encuentra expresamente en el apartado 4 del artículo 71 del CPP, del mismo que emana los supuestos de procedencia y, agrega que, no pueden judicializar irregularmente el curso de la IP.</p> <p>Por último, sobre el caso, asevera que no se subsume el acto cuestionado en ningún supuesto, <i>ergo</i>, no procede la solicitud de tutela.</p>
Quinto	<p>Aprueba la desestimación de la acción de tutela ejecutada por los órganos judiciales intervinientes y, afirma que no se viola el artículo 71.4 del CPP, pues, expone que esta figura legal solo es procedente en determinados –aunque desde una perspectiva amplia– derechos constitucionales y legales expresamente habilitados por la ley procesal (sic).</p>
Sexto	<p>Condena al pago de costas procesales.</p>

Fuente: Casación N.º 943-2019, Ventanilla (10.05.2021)
Elaboración propia (2022)

Del **sentido argumentativo** y **parte resolutive** expresado por el Tribunal Supremo, nos surgen las siguientes interrogantes:

- ¿Es recurrible la disposición de acumulación de investigación fiscal?
- En caso ser afirmativa la pregunta precedente ¿cuál es la vía para recurrir la disposición de acumulación de investigación fiscal?
- ¿El motivo para declarar infundado el recurso de casación excepcional fue que el acto procesal cuestionado: *disposición de acumulación de investigación fiscal* no se subsume en algún supuesto de procedencia o por qué no es procedente por presentar vía específica para su protección?
- ¿Cómo se materializa la intervención judicial reglada en el artículo 68.2 del CPP?

Las preguntas formuladas no pueden ser absueltas, sin antes desarrollar la **Casación N.º 1611-2019, Nacional** emitida por la **SPP** el **17.06.2021**, esto es, luego de un mes y ocho días.

b) Casación N.° 1611-2019, Nacional

La defensa técnica de la exalcaldesa de Lima Metropolitana en el periodo 2011 al 2014, la Sra. Susana Villarán de la Puente, acude a la vía judicial, puesto que considera atentatorio de sus derechos el contenido de la **Disposición N.° 06 del 03.05.2019**, concretamente, al decidir **acumular las investigaciones** signados con numeración **N.° 32-2017** y **30-2017**, presentándose así, el siguiente iter procedimental la causa promovida.

- **Primer pronunciamiento:**

Recibida la causa por el **3° JIPNPEDCF** de la **CSJPE**, previa audiencia, el **13.05.2019**, expide el **auto de primera instancia – Resolución N.° 02, Expediente N.° 36-2017**, declarando **improcedente** la acción de tutela planteada por la investigada.

Al respecto, la accionante presenta su recurso de apelación, generando que tome conocimiento de la causa la **1 SPDANPEDCF** de la **CSJE**, la misma que el **11.06.2019** dicta el **auto superior – Resolución N.° 02, Expediente N.° 36-2017** resolviendo **declarar nulo** el **auto de primera instancia – Resolución N.° 02** emitida el **13.05.2019** por el **3 JIPNPEDCF** de la **CSJPE**, en consecuencia, **ordena se admita a trámite el incidente** y, previa audiencia, se pronuncie **sobre el fondo** del asunto.

- **Segundo pronunciamiento:**

Cumpliendo lo ordenado por el Tribunal de Alzada, el **juez del 3 JIPNPEDCF** de la **CSJPE**, convoca a audiencia, la misma que se realiza el **20.06.2019**, emitiendo el **auto de tutela – Resolución N.° 06** declarando **infundada** la **solicitud de tutela** incoada por la investigada, siendo materia de apelación por la defensa técnica de la Sra. Villarán de la Puente. Posteriormente, producto del recurso impugnatorio, nuevamente es elevado el incidente a la **1 SPDANPEDCF** de la **CSJE**, expidiendo en fecha **05.08.2019** el **auto superior** que confirma lo resuelto por el juez de primera instancia el **20.06.2019**, en el **auto de tutela – Resolución N.° 06** declarando **infundada** la **solicitud de tutela**.

Disintiendo con lo resuelto por el Tribunal Superior del Subsistema Anticorrupción, la defensa técnica presenta su recurso de **casación excepcional**, el mismo que es **declarado bien concedido** a través del **Auto de Calificación de la Casación N.° 1611-2019, Nacional** dictado por la **SPP** el **26.06.2020**, siendo así, previa audiencia se emite la ejecutoria suprema que, a continuación, será materia de valoración.

A manera de resumen, compartimos los fundamentes jurídicos esgrimidos en la ejecutoria suprema:

Tabla 27: Análisis de la Casación N.° 1611-2019, Nacional

Fundamento jurídico	Contenido
Primero	Delimita el interés casacional que será absuelto en la ejecutoria suprema, siendo este: la posibilidad de acumular investigaciones que se encuentren en subetapas distintas (DP e IP) y cuál es la autoridad competente para decretarla.
Segundo	Expresa que el fin de la acumulación fiscal responde a facilitar la investigación y obtener un pronunciamiento coherente por parte del órgano judicial, encontrando su reconocimiento legal en los artículos 46 al 52 del CPP, es así, que describe la tipologías que presenta, siendo obligatoria y facultativa.
Tercero	Distingue la posibilidad de acumular las investigaciones, teniendo competencia para tal fin, el órgano jurisdiccional como el órgano fiscal, este último sujeto a la normativa interna emitida por el MP y el CPP, desarrollando los supuestos de aplicación.
Cuarto	Le confiere expresamente la facultad al JIP para intervenir en la protecciones de derechos reclamos que emanen del acto procesal: disposición de acumulación, teniendo como base legal lo dispuesto en el numeral 4 del artículo 71 del CPP.
Quinto	Describe los hechos materia de incidente, puntualmente los que son sustento para las investigaciones en contra de la Sra. Villarán de la Puente.
Sexto	Reproduce la alegación de la casacionista, siendo este: la imposibilidad de acumular investigaciones que se encuentran en diferente sede (DP e IP) y, que esta decisión le corresponde al JIP.
	Remitiéndose a lo expuesto en la Cas. N.° 943-2019, Ventanilla, (f.j. 3) recuerda que no es relevante para la

Séptimo	acumulación fiscal que se encuentren en diferente subetapa de la investigación.
Octavo	El RMP conforme a su rol de titular de la acción penal y en atención a la estrategia del caso, decidirá la acumulación de las investigaciones y, reitera que, no es relevante para la acumulación fiscal que se encuentren en diferente subetapa de la investigación.
Noveno	Analizando el caso en concreto, advierte que, la decisión fiscal de acumular investigaciones es correcta, toda vez que, cumple con acreditar la triple identidad: <i>subjetiva, objetiva e identidad de la causa</i> .
Decimo	Condena al pago de costas al recurrente.
Parte Resolutiva	Declara infundado el recurso de casación interpuesto por la investigada contra el auto de vista del 05.08.2019 emitido por la 1 SPDANPEDCF, en consecuencia, no casaron el auto superior recurrido.

Fuente: Casación N.º 943-2019, Ventanilla (10.05.2021)
Elaboración propia (2022)

Conforme a lo antes descrito, procedemos a resaltar algunos aspectos relevantes:

- En Sede Suprema se deja **claramente definido** que existen **dos modalidades** para **acumular la investigación**, una ejecutada por el JIP y, otra por el RMP, esta última sujeta a los lineamientos emitidos por el Ministerio Público y el estatuto procesal **(f.j. 3)**.
- Aunado a ello, **se admite expresamente** la intervención judicial mediante el control del **acto procesal: disposición de acumulación fiscal** promoviendo la acción de tutela, al advertir derechos lesionados con esta decisión fiscal **(f.j. 4)**.
- No es relevante para los fines de la acumulación fiscal ni automáticamente genera lesión de derechos de los investigados por sí misma, que las investigaciones se encuentren en subetapas de la IP diferentes (léase DP e IP formalizada), no obstante, resulte correcta que se cumpla con acreditar la triple identidad de los procesos: **subjetiva, objetiva e identidad de la causa. (ff.jj. 7, 8 y 9)**.

c) Compatibilizando las ejecutorias supremas y absolución de preguntas formuladas

En el presente literal, absolveremos las preguntas formuladas que surgen en la revisión de la **Casación N.º 943-2019, Ventanilla** (10.05.2021) empleando como sustento, lo expresado por la citada ejecutoria suprema y la **Casación N.º 1611-2019, Nacional** (17.06.2021) y, en último orden, pretendiendo compatibilizar los argumentos esbozados por los magistrados supremos en lo penal.

- **Primera pregunta:** ¿Es recurrible la disposición de acumulación de investigación fiscal?

Tabla 28: *Compatibilizando jurisprudencia – primera pregunta*

Casación N.º 943-2019, Ventanilla (10.05.2021)	Casación N.º 1611-2019, Nacional (17.06.2021)
<p>Premisa 1: La acumulación por conexidad no es absoluta, admite la desacumulación. (f.j.3)</p> <p>Premisa 2: La IP no admite el control e intervención del superior en grado de todas las incidencias de orden fiscal, solamente las regladas por ley. (f.j.4)</p> <p>Premisa 3: Aduce que la acumulación fiscal no se subsume en supuestos de procedencia de la acción de tutela, por ende, su desestimación es correcta. (f.j.4)</p>	<p>Expresamente reconoce que la vía para controlar el acto procesal: disposición fiscal de acumulación es la solicitud de tutela, teniendo como fundamento el inciso 4 del artículo 71 del CPP.</p>
<p>Conclusión: Descarta para su control la elevación de actuados y la acción de tutela, asimismo, <u>expresamente</u> no refiere una la posibilidad de control y <u>tácitamente</u> podíamos inferir que la vía es la desacumulación o, que de plano, no presenta vía de control.</p>	<p>Conclusión: Admite expresamente la recurribilidad de la disposición de acumulación fiscal.</p>

Fuente: Ejecutorias Supremas dictadas por la Corte Suprema de Justicia de la República
Elaboración propia (2022)

- **Segundo Pregunta:** En caso ser afirmativa la pregunta precedente ¿cuál es la vía para recurrir la disposición de acumulación de investigación fiscal?

Tabla 29: *Compatibilizando jurisprudencia - segunda pregunta*

Casación N.° 943-2019, Ventanilla (10.05.2021)	Casación N.° 1611-2019, Nacional (17.06.2021)
<p>Conforme lo expresado previamente: En sede suprema, se descarta para el control de la acumulación fiscal, la elevación de actuados y la acción de tutela, asimismo, <u>expresamente</u> no refiere una la posibilidad de control y <u>tácitamente</u> podíamos inferir que la vía es la desacumulación o, que de plano, no presenta vía de control.</p>	<p>Expresamente reconoce que la vía para controlar el acto procesal: disposición fiscal de acumulación es la solicitud de tutela, teniendo como base legal el inciso 4 del artículo 71 del CPP.</p> <p>Conclusión: La vía para recurrir es la solicitud de tutela.</p>

Fuente: Ejecutorias Supremas dictadas por la Corte Suprema de Justicia de la República

Elaboración propia (2022)

- **Tercera Pregunta:** ¿El motivo para declarar infundado el recurso de casación excepcional fue que el acto procesal cuestionado: *disposición de acumulación de investigación fiscal* no se subsume en algún supuesto de procedencia o por qué no es procedente por presentar vía específica para su protección?

Tabla 30: *Compatibilizando jurisprudencia - tercera pregunta*

Casación N.° 943-2019, Ventanilla (10.05.2021)	Casación N.° 1611-2019, Nacional (17.06.2021)
<p>Sobre el tópico que nos ocupa: Premisa 1: La acción de tutela no se subsume en algún supuesto de procedencia emanada del artículo</p>	

<p>71.4 del CPP <i>ergo</i>, su desestimación es correcta.</p> <p>Premisa 2: Los supuestos de rechazo liminar conforme el AP N.º 04-2010/CJ-116 son: (1) presentar la solicitud fuera de la IP, (2) estar incurso en un supuesto de obstrucción al éxito de la investigación y, (3) tener vía propia.</p> <p>Premisa 3: No describe textualmente cual es la vía idónea para el control de la acumulación en sede fiscal.</p>	<p>Expresamente reconoce que la vía para controlar el acto procesal: disposición fiscal de acumulación es la solicitud de tutela, teniendo como base legal el inciso 4 del artículo 71 del CPP.</p>
<p>Conclusión:</p> <p>Primera respuesta: La acumulación fiscal no se subsume en los supuestos de procedencia de la acción de tutela y, está exenta del control de legalidad.</p> <p>Segunda respuesta: La acumulación fiscal no es procedente a ser recurrido por la solicitud de tutela, pues, no se subsume en un supuesto de estimación, no obstante, la vía específica de control es la desacumulación.</p>	<p>Conclusión: La vía para recurrir es la solicitud de tutela.</p>

Fuente: Ejecutorias Supremas dictadas por la Corte Suprema de Justicia de la República

Elaboración propia (2022)

- **Cuarta pregunta:** ¿Cómo se materializa la intervención judicial reglada en el artículo 682 del CPP?

Tabla 31: *Compatibilizando jurisprudencia - cuarta pregunta*

Casación N.º 943-2019, Ventanilla (10.05.2021)	Casación N.º 1611-2019, Nacional (17.06.2021)
No se pronuncia	<p>Expresa que, existen dos vías para la materialización de la acumulación de investigaciones: la fiscal y la judicial (f.j. 3).</p> <p>Conclusión: Tácitamente, nos permite inferir que, la acumulación ejecutada por el JIP es materia de cuestionamiento, mediante la vía de la apelación.</p>

Fuente: Ejecutorias Supremas dictadas por la Corte Suprema de Justicia de la República

Elaboración propia (2022)

- **Compatibilizando la posiciones de las ejecutorias supremas:**
 - De entrada, es **ostensible** como en Sede Suprema **existe poca claridad para la dilucidación de los casos**, que, incluso, permite advertir claras **contradicciones**; a pesar de existir poco tiempo de emisión entre una y otra ejecutoria suprema, más concretamente, en las **Casaciones N.º 943-2019, Ventanilla (10.05.2021)** y **N.º 1611-2019, Nacional (17.06.2021).**
 - **Respecto al ámbito de procedencia de los derechos recurribles de la solicitud de tutela:**

La **Casación N.º 943-2019, Ventanilla (10.05.2021)** tiene un **mérito destacable parcialmente**, puesto que, comprende en su **análisis de supuestos de procedencia**, lo **contemplado** en el **apartado 4 del artículo 71 del CPP (f.j. 4)**—conforme lo proclama el suscrito en el desarrollo de interpretación literal del artículo en

mención dentro de la presente investigación, **numeral 6.2.1**— expresando así, como **supuestos de procedencia a los siguientes: (1)** derechos de instrucción de derechos (sic) —entendemos que se refiere a la comunicación de los derechos que ostenta el investigado dentro del esquema procesal en cada diligencia que participa el investigado—; **(2)** derechos instrumentales recogidos en el artículo 71.2 literales “a” al “d” del CPP, **(3)** derecho a no ser sometido a medios o métodos indignos que vicien o alteren la voluntad o limiten indebidamente la voluntad conforme al artículo 71.2 “e” del CPP, **(4)** derecho a ser examinado por un médico legista. Y, aunado a estos agrega textualmente, **(5) es procedente** cuando el imputado considere **(5-a)** es objeto de medidas limitativa de derechos con exclusión de lo expresado en el punto tercero, **(5-b)** o de requerimientos ilegales.

Lo **parcial** lleva sustento, en la **ausencia de dos supuestos comprendidos** en el numeral 4 del artículo 71 del CPP y, estos son: **(5-c)** no se da cumplimiento a estas disposiciones y, **(5-d)** o que sus derechos no son respetados. No obstante, con suma **autoridad** sentencia que, la **acción de tutela** no podrá cuestionar toda presunta ilegalidad materializada en la *IP “solo respecto a determinados –aunque desde una concepción amplia derechos constitucionales y legales expresamente habilitados por la ley procesal” (f.j. 5); ergo*, se alinea a una **concepción amplia** de derechos **delimitado por la taxatividad** de los supuestos de procedencia descrito en la ley procesal.

A su turno, la **Casación N.º 1611-2019, Nacional (17.06.2021)** expresamente admite el control de la acumulación fiscal, empleando como supuesto el rol del JIP como residual y tutelar, así como, la literalidad de la ley procesal, de manera concreta, el artículo 71.4 del CPP, aplicable a otros derechos lesionados o actos procesales dictados por el despacho fiscal.

- **Sobre el t3pico en controversia en las Casaciones N.º 943-2019, Ventanilla (10.05.2021) y N.º 1611-2019, Nacional (17.06.2021)**

Es censurable la **incompatibilidad argumentativa** que se pone de manifiesto en las **ejecutorias supremas citadas**, respecto a la **posibilidad de cuestionar** el acto procesal fiscal: disposici3n de acumulaci3n de investigaciones, quebrantando los **principios de seguridad y predictibilidad jur3dica**, no obstante, **armonizando** ambas ejecutorias supremas, podr3amos inferir que, la **Casaci3n N.º 943-2019, Ventanilla (10.05.2021)** manifiesta que en el caso concreto, **no resulta aplicable**, sin embargo, **adolecer3a de debida motivaci3n** para el desarrollo de sus argumentos puesto que, **no expresa textualmente** cual es la **v3a id3nea** para cuestionar la acumulaci3n en sede fiscal y, por **omitir** dentro de los **supuestos de procedencia** a los siguientes t3picos: **(5-c)** no se da cumplimiento a estas disposiciones y, **(5-d)** que sus derechos no son respetados.

Siendo as3, resultaría compatible afirmar que, **de manera general** es pasible de amparo mediante la petici3n de tutela los supuestos de procedencia **(1), (2), (3), (4) y (5: a-b-c-d)** –descritos en los p3rrafos anteriores–, pues, est3n comprendido de forma expresa en el art3culo 71 del CPP, por ende, de **manera concreta**, resulta recurrible la disposici3n que decreta la acumulaci3n fiscal mediante esta figura jur3dica.

d) A modo de resumen

Luego de revisada la **Casaci3n N.º 943-2019, Ventanilla**, e, independiente de la cr3tica formulada e incompatibilidades subrayadas de los criterios que se adopta en Sede Suprema, debemos afirmar que, en nuestra administraci3n de justicia, se afirmaba que la citada ejecutoria suprema, se encontraba alineada a la **tesis restringida** del 3mbito de acci3n de la petici3n de tutela, sin embargo, hemos demostrado claramente que su **discurso argumentativo est3 muy**

alejada a esta posición, recuérdese que, esta postura se fundamenta en la **limitación** de los **derechos objeto de tutela** a los descritos específicamente en el artículo 71 numerales 1 al 3 del CPP (**moderada**) y, con mayor énfasis a los enumerados textualmente en el inciso 2 del artículo en mención (**radical**).

No obstante, se advierte, que empleando como base el **análisis integral** del artículo 71 del CPP, más concretamente, de su apartado 4, describe un **catálogo de supuestos de procedencia que excede** de los **derechos descritos** por la **tesis restringida**, comprendiendo de esa forma a:

- (1) derechos de instrucción de derechos –entendemos que se refiere a la comunicación de los derechos que ostenta el investigado dentro del esquema procesal en cada diligencia que participa el investigado–;
- (2) derechos instrumentales recogidos en el artículo 71.2 literales “a” al “d” del CPP;
- (3) derecho a no ser sometido a medios o métodos indignos que vicien o alteren la voluntad o limiten indebidamente la voluntad conforme al artículo 71.2 “e” del CPP; y,
- (4) derecho a ser examinado por un médico legista.

Y, aunado a estos, agrega textualmente, **(5) es procedente** cuando el imputado considere **(5-a)** es objeto de medidas limitativa de derechos, con exclusión de lo expresado en el punto tercero, **(5-b)** o de requerimientos ilegales. No obstante, consideramos que incurre en la omisión de detalla a dos supuestos adicionales: **(5-c)** no se da cumplimiento a estas disposiciones y, **(5-d)** o que sus derechos no son respetados.

De lo expuesto, es inequívoco afirmar que, la ejecutoria suprema se alinea a una **concepción amplia de derechos**, empero, **limitada a los derechos** de orden procesal reconocidos tanto a nivel supralegal y legal conferidos a investigados (y, los sujetos procesales comprendido en el proceso) que se **encuentran subsumidos** en los **supuestos de procedencia antes descritos**.

Para finalizar, no cabe duda que, debe superarse uno de los **principales presupuestos materiales** que ostenta la solicitud de tutela, este es, la **residualidad**, pues, en tanto en cuanto carezca de vía propia (y, cumpla con el

requisito de admisibilidad, así como, los presupuestos materiales de procedencia: oportunidad procesal y no estar incurso en un supuesto de obstrucción al éxito de la investigación), es así que, superado estos, **queda expedito** para se **admita** a trámite y, **se emita un pronunciamiento sustantivo (fondal)**.

4.3.1.4. Conclusiones arribadas en la pauta de interpretación jurisprudencial

Culminada la revisión de los principales instrumentos jurisprudenciales, que en nuestra administración de justicia, han sido empleados para **sostener la presunta consolidación** de la **tesitura restringida de derechos** recurribles mediante la solicitud de tutela, circunscribiendo así, su ámbito de aplicación a los derechos enumerados en el artículo 71 inciso 1 al 3 del CPP (**moderada**), y, de manera más precisa, los taxativamente descritos en el apartado 2 del citado artículo (**radical**), no obstante, de la revisión pormenorizada de esta línea jurisprudencial hemos arribado a las siguientes deducciones:

- **Con relación a los APS N.° 04-2010 y 02-2012:**

La **tesis restringida reduccionista** tiene su único respaldo en la jurisprudencia nacional, en una **lectura aislada** de la **doctrina legal** expresada en el **considerando 10** del **AP N.° 04-2010**.

No obstante, desde una **lectura integral** del **AP N.° 04-2010, 02-2012** y, las ejecutorias supremas dictadas en los años 2010 al 2013, los **jueces supremos en los penal**, adoptan una **concepción amplia**, pues, pretenden tutelar los derechos de orden procesal que ostenta el investigado (y, por extensión, las partes procesales comprendidas en la investigación) reconocidos a nivel constitucional o legal, ante la ausencia de una vía específica de protección, o, porque la regulada expresamente, no resulta aplicable al caso en concreto, descartándose cualquier otra postura, empleando como base las sentencias de casación emitidas en **Sede Suprema** en la cual **no censuran** el proceder de los órganos judiciales de primera y segunda instancia ante la **declaración implícita**

o **tácita** que derechos que excedente a los enumerados en el apartado 2 del artículo 71 del CPP pueden ser reclamado en la vía de tutela, empero, delimitado por el **criterio de residualidad** como el **filtro** que **activa** la **incoación** de la petición de tutela.

Sin perjuicio de lo antes dicho, indistintamente con la posición en la cual se adhiera el lector, debe precisarse que, **la doctrina legal emanada de los acuerdos plenarios** ostenta vinculatoriedad **obligatoria relativa**, toda vez que, **cabe apartamiento** por el órgano judicial, debiendo dejar constancia expresa del principio jurisprudencial que desestiman y fundamentar las razones por las cuáles, arriban a dicha decisión, conforme al artículo 22 del TUO de la LOPJ.

- **Con relación a la Cas. N.° 136-2013, Tacna:**

La **doctrina jurisprudencial vinculante** declarada en la presente ejecutoria suprema, nos permite deducir que, reproduce la misma **vaguedad** que la doctrina legal del **AP N.° 04-2010 (16.11.2010)**, sin embargo, empleando la literalidad del contenido del artículo 71 y la jurisprudencia emitida por el Supremo Tribunal, nos permite arriba a la conclusión antes descrita, que se alinean a una **posición amplia** de derechos recurribles.

Sin embargo, se insta a los órganos jurisdiccionales a **no incorporar nuevos supuestos de procedencia al universo de derechos** materia de la solicitud de tutela, sin describir la lista o su ubicación; dejando fuera de este, expresamente al **derecho de ejecución de resoluciones judiciales** (manifestación de la tutela jurisdiccional efectiva).

Definitivamente, armonizando los considerandos declarados doctrina jurisprudencial vinculante, podemos afirmar que, la fórmula para superar esta disyuntiva es estimar que el **criterio delimitador** para **activar** el **control judicial** vía tutela es el **presupuesto** de **procedencia residualidad**, empleando como base para esta aseveración, la **uniformidad jurisprudencial** que ha tenido a lo largo de los años, el Supremo Tribunal peruano en **aceptar** la **posibilidad** de **cuestionar** los

actos procesales emitidos por el **despacho fiscal** y, por extensión, de los miembros de la **PNP**; así como, la **proscripción de zonas exentas de control constitucional** de los **actos emitidos por órganos estatales** conforme a la **jurisprudencia del TC** y la **CSJ**.

- **Con relación a la Cas. N.º 943-2019, Ventanilla:**

No obstante, ha quedado acreditado que la **Cas. 943.2019, Ventanilla** lejos de concebir una tesitura **restringida** de derechos susceptibles de defensa a través de la acción de tutela, recoge expresamente una **concepción amplia**, delimitada por los **supuestos de procedencia** expuestos en la ley procesal, concretamente, el artículo 71 del CPP y, estos son: derechos constitucionales o legales subsumibles en: **(1)** derechos de instrucción de derechos –entendemos que se refiere a la comunicación de los derechos que ostenta el investigado dentro del esquema procesal en cada diligencia que participa el investigado–; **(2)** derechos instrumentales recogidos en el artículo 71.2 literales “a” al “d” del CPP, **(3)** derecho a no ser sometido a medios o métodos indignos que vicien o alteren la voluntad o limiten indebidamente la voluntad conforme al artículo 71.2 “e” del CPP, **(4)** derecho a ser examinado por un médico legista. Y, aunado a estos, agrega textualmente, **(5) es procedente** cuando el imputado considere **(5-a)** es objeto de medidas limitativa de derechos con exclusión de lo expresado en el punto tercero, **(5-b)** o de requerimientos ilegales. No obstante, consideramos que incurre en la omisión al detallar a dos supuestos adicionales: **(5-c)** no se da cumplimiento a estas disposiciones y, **(5-d)** o, que sus derechos no son respetados, empero, estos delimitados en todos los casos, al **criterio de residualidad**.

- **Compatibilizando a la doctrina jurisprudencial vinculante de la Cas. N.º 136-2013, Tacna y la Cas. N.º 943-2019, Ventanilla**, podemos advertir que, luego de diecisiete años de promulgado el estatuto procesal y, siete años de emitida esta doctrina jurisprudencial vinculante, finalmente tenemos **a nivel jurisprudencial el detalle expreso del**

listado de derechos procedentes pasibles de amparo a través de la audiencia de tutela.

4.3.2. Evolución jurisprudencial sobre el ámbito de protección de la acción de tutela

4.3.2.1. A modo de introducción

En el presente numeral, las resoluciones acopiadas dictadas por los distintos órganos pertenecientes a nuestra administración de justicia, serán evaluadas a efectos de poder acreditar la premisa que, en nuestra **jurisprudencia nacional** se viene cristalizando una **evolución** o **variación** de la postura primigenia adoptada sobre el **ámbito de procedencia de derechos susceptibles de amparo a través de la acción de tutela**, dejando atrás una concepción **restringida** –que reconoce como derechos defendibles mediante este mecanismo procesal, los derechos reconocidos puramente en el inciso 2 del artículo 71 del CPP–, para **dar origen** al establecimiento en el estado de cosas jurisprudencial, de la **tesitura amplia** que **concibe pasible de defensa a todo derecho constitucional o legal**, que **no tenga vía propia** o la **reconocido legalmente resulta inoperativa por estar incurso a una prohibición legal**.

Sobre lo expuesto, resulta pertinente mencionar algunas precisiones respecto al desarrollo de este numeral:

- En primer orden, el **análisis** que se realizará a la **jurisprudencia emitida** gira en torno a **cinco tópicos** que consideramos necesarios para comprender la real dimensión de la resolución, esto es, el sentido argumentativo y la parte resolutive, siendo estos:
 - a) Derecho deducido por el recurrente
 - b) Fundamento empleado por el accionante y el contrargumento expresado por el despacho fiscal
 - c) Determinar la realización de un examen de procedencia del derecho reclamado y la posición adoptada
 - d) Análisis de orden fondal
 - e) En caso ser favorable, la medida correctiva adoptada

- f) Si se cuestionó la resolución, siendo materia evaluación por el Tribunal Superior.

Ahora bien, no debe olvidarse que no todas las resoluciones los órganos jurisdiccionales tienen la precisión de cumplir con el desarrollo de los dos primeros literales, en ese sentido, no podrá ser desarrollado con exactitud y analizarse integralmente estos, sin embargo, no es óbice para realizar un examen a la resolución que justamente en esta radica el quid del presente subcapítulo.

- En segundo orden, se ha aseverado que la presente investigación pondrá énfasis en la jurisprudencia emitida por el Tribunal Supremo peruano, no obstante, en muchos casos, resulta imposible que un proceso llegue a esa **instancia excepcional**, pues, en **sede superior** al ser **confirmada** la resolución de primera instancia el fiscal no activa dicha instancia o, en otro supuesto, solo en **primera instancia adquiere** la **calidad de cosa juzgada** al no presentarse un recurso impugnatorio, por tal motivo, consideramos necesario analizar las resoluciones que se hayan emitido en instancias inferiores a la conocida por la Corte Suprema de Justicia y, de esa manera, determinar caso por caso, la posición en la cual se alinea y el sentido argumentativo que brinda el despacho judicial para adoptar una de las tesis que fundamenta el ámbito de protección de la acción de tutela.
- En tercer orden: consideramos necesario realizar un deslinde conceptual entre los vocablos **principio**, **derecho** y **garantía** con el objetivo de evitar confusiones o contradicciones a lo largo de este numeral, pues, a menudo se suele emplear a estos como equivalente, cuando conceptualmente no lo son, por tal motivo, a continuación, los diferenciamos:
 - **Derecho**: Es una facultad –siguiendo a Maier (1996, tomo I, p. 474)– que ostenta una persona para exigir el estricto cumplimiento de todas las atribuciones que son reconocidas a su favor, en ese sentido, oponible *erga omnes* (contra todos), no obstante, existe un cúmulo de derechos que, su ejercicio y exigibilidad se

circunscribe dentro de un ámbito determinado, por citar un ejemplo, el derecho procesal, siendo el proceso penal el espacio de su concreción, por ende, los sujetos legitimados para su reclamo son las partes procesales (investigado, actor civil, persona jurídica, entre otros) y la exigencia (observancia y respeto) se formula contra los órganos (fiscales y judiciales) que conducen la sustanciación del proceso.

- **Garantía:** Constituye la manifestación de **exigibilidad** que ostenta un **derecho determinado** conferido a una persona para su cabal **observancia** y **respeto** dentro de un espacio determinado, dicho de otra manera, el **derecho** es una **garantía** por sí misma, pues, está última se configura como el **deber jurídico** de **observar** el **derecho** pues, en su defecto, será compelido a su realización –exigir su cumplimiento– por medio de mecanismos judiciales preestablecidos.

Es así, que la **garantía** puede manifestarse desde **dos vertientes**: como **garantía primaria**, la misma que se configura como el deber jurídico de observancia y respeto reconocido a favor de un sujeto, respecto a un derecho positivizado en un ordenamiento jurídico y, la **garantía secundaria**, que se exterioriza como el procedimiento o instrumento de protección previsto en un cuerpo normativo para exigir el cumplimiento en caso el derecho se encuentre lesionado.

Recapitulando, ha quedado acreditado la **interrelación** entre el **derecho** y la **garantía** dentro del **ámbito procesal**, empero, se pone de manifiesto, que no resultan ser **equivalentes**, puesto que, el primero, constituye en el reconocimiento de atribuciones o facultades conferidas por el ordenamiento jurídico hacían un sujeto comprendido en el proceso, permitiendo su exigencia hacia los órganos que la dirigen; la segunda, se manifiesta como la fórmula de exigencia reconocida, ya sea reconociéndola en un cuerpo

normativo (**primaria**) o incorporando mecanismos de protección ante una eventual lesión (**secundaria**).

Para finalizar, se advierte que, un derecho sin su **forma** de exigibilidad –**garantía primaria** o **secundaria**– queda en el ámbito de las normas programáticas carentes de reclamación, esto es, desprovistas de valor normativo, así se ha pronunciado, la **STC. Exp. N.º 1230-2003-PHC, Lima (f.j. 4)** [*Caso César Humberto Tineo Cabrera*] del **20.06.2002**, sin embargo, sin entrar en contradicción, el reconocimiento expreso del derecho en un cuerpo normativo, se manifiesta como una forma de exigibilidad, esta es, la **garantía primaria**, por ende, consideramos **pasibles de reclamación** frente a los organismos estatales.

- **Principios:** En términos de Oré Guardia (2016, tomo I, p. 77) se configuran como criterios de orden jurídico-político que sustentan y orientan al proceso en el marco de política-criminal de orden penal, en ese sentido, se configuran como **pautas interpretativas** y **de interpretación** que coadyuvan a una óptima administración de justicia; respecto al primero, pues, fungen como los criterios delimitadores de la función legislativa –tanto del Poder Legislativo como el Poder Ejecutivo–, exigiendo que su producción normativa se encuentre sujeta a sus postulados, además, con relación a la función judicial, quienes deberán priorizar los principios ante la ley ordinaria, no está demás mencionar que en materia procesal penal, le alcanza este mandato, al órgano fiscal-acusador, y, respecto al segundo, fungen como el instrumento mediante el cual, el operador jurídico podrá comprender la *ratio* de la ley y, de esa manera, una mejor aplicación, con mayor énfasis, en supuestos de ambigüedades o vacíos legales.

- En cuarto orden, mencionar que para la organización y agrupamiento de los derechos y sus manifestaciones evaluadas, se ha tenido a bien, distribuirlos en atención al derecho –que a juicio de suscrito– presentaba

una relevancia, pues, la praxis judicial nos permite aseverar que un acto o actos agraviantes tienden a lesionar múltiples derechos y no uno, de manera concreta, por tanto, es que, reiteramos con fines didácticos y organizativos, nos hemos permitido la siguiente estructura que a continuación compartimos:

- **Derecho a la dignidad humana** – en su manifestación de honor y buena reputación–.

- **Derecho de defensa**, el mismo que, a modo de preámbulo, brindaremos algunas reflexiones iniciales en torno a los actos procesales dictadas o formulados por el RMP, a efectos de determinar que actos procesales le confiere el estatuto procesal y las exigencias que deben cumplir estos al ser dictados o formulados, así como, evaluar si resulta legítimo el control de las actuaciones fiscales ejecutadas por parte del RMP y, para finalizar, breves nocivos en torno a la equivalencia del JIP y el juez constitucional, y, como en ambos casos, su rol fundamental es el control judicial y la garantía siendo así, un juez de garantías.

No obstante, las expresiones del derecho de defensa que serán examinadas son las siguientes:

- En la vertiente de acceso a los actuados de la carpeta fiscal ante la disposición que declara secreta la investigación preliminar y la posibilidad de cuestionar este acto procesal mediante la acción de tutela.

- En su manifestación de imputación necesaria reclamable en la DADP y la posibilidad que un sujeto procesal ajeno al investigado presente solicitud de tutela por imprecisión de cargos a favor del primero.

- Deber de notificación del despacho fiscal en sus actos procesales dictado y/o de acopiar elementos de convicción

que fundamentan sus requerimientos y, en qué casos se vulnera el derecho de defensa en los supuestos descritos.

- Deber calificar de manera idónea la investigación al emitir la disposición que declara compleja la investigación (compleja per se y compleja en el marco de crimen organizado) como expresión del derecho de defensa y debido proceso.

- **Derecho de debido proceso**, en su **faz procesal** comprende a una multiplicidad de derechos, de los cuales serán analizados concretamente: **(i)** Tener un fiscal imparcial y objetivo, **(ii)** juez predeterminado por ley y, **(iii)** el principio *ne bis in ídem*.

- **Derecho a la igualdad** en su vertiente de **igualdad de armas procesales**.

- **Por último**, en atención a la imposibilidad de evaluar de manera pormenorizada cada una de las resoluciones que hemos recabado que adopta una **tesis amplia** de derechos susceptibles de defensa, hemos **agregado** un **último numeral** en el que enumeramos **casos adicionales** en los cuales el órgano judicial se **adhiera** a esta postura **de manera tácita o expresa** y, por ende, **admitiendo** el derecho reclamado –no descrito en el numeral 2 del artículo 71 del CPP–, emite un **pronunciamiento de orden fondal**.

Desarrollada estas nociones preliminares, procederemos a materializar la evaluación de las resoluciones judiciales seleccionadas, de manera concreta, el examen de procedencia de los derechos mencionados, con el objeto de demostrar que en nuestra jurisprudencia nacional se viene consolidando una **posición amplia** respecto al ámbito de protección de derechos pasibles de amparo mediante la petición de tutela.

4.3.2.2. El derecho a la dignidad (honor y buena reputación)

La **dignidad humana**, es un **principio–derecho** reconocido a nivel **constitucional** dentro de nuestro territorio, el mismo que se materializa como un **valor supremo** ante lo cual se proscribiera que la persona humana sea un **mero objeto** del poder estatal o se le confiera un tratamiento de **mero instrumento**, en tal sentido, constituye el **fundamento** habilitante de los demás derechos fundamentales reconocidos en nuestra suprema norma constitucional.

Sobre el particular, con meridiana claridad el Máximo Interprete Constitucional, en el **Exp. N.º 2273-2005-PHC-TC** [*Caso: Karen Mañuca Quiroz Cabanillas*] expedida el **20.04.2006**, en el **fundamento jurídico 10**, expone las **consecuencias jurídicas del doble carácter** que ostenta la **dignidad humana**:

- Primero, señala que **el principio dignidad humana actúa a lo largo del proceso de aplicación y ejecución las normas por parte de los operadores constitucionales** y, en ese sentido, acota los supuestos de su concreción como: “a) *criterio interpretativo; b) criterio para la determinación del contenido esencial constitucionalmente protegido de determinados derechos, para resolver supuestos de conflictos; y, c) criterio de delimitación de las pretensiones legislativas, administrativas y judiciales; e incluso extensible a los particulares*”.
- Segundo, expone que, como **derecho fundamental** conferido a un ciudadano, se reconoce un **ámbito de tutela y protección independiente**, por ende, “(*...*) *los individuos se encuentren legitimados a exigir la intervención de los órganos jurisdiccionales para su protección, en la resolución de los conflictos sugeridos en la misma praxis intersubjetiva de las sociedades contemporáneas*”.

De igual manera, vale mencionar que el **derecho antes citado**, presenta un amplio desarrollo desde una perspectiva normativa (nacional e internacional) y jurisprudencial, en ese orden de ideas, a continuación, vamos a precisar algunos aspectos de suma relevancia para entender el citado derecho:

○ A nivel normativo:

- a) En el Perú, nuestra Constitución Política, ha establecido en su artículo 1 que el **fin supremo de la sociedad y el Estado** es la defensa de la persona humana y el **respeto de su dignidad**. Al respeto, consideramos que el citado artículo pone a relieve al **estatus superior** que presenta la **persona humana** (y, por extensión, su defensa y el respeto a su **dignidad**) a comparación de cualquier otro bien o valor jurídico, por tal motivo, presenta un **máximo valor** o **valor superior**; en otras palabras, se constituye como la **razón de ser (fundamento)** del **Estado**.

Ahora bien, conforme a la **Cuarta Disp. Final y Transitoria de la Const.**, los artículos que guarden relación con derechos y las libertades que reconoce la Constitución, se interpretan de conformidad con la Declaración Universal de Derechos Humanos (en adelante DUDH) y los Tratados Internacionales ratificados por el Perú.

De lo expuesto, resulta pertinente señalar los cuerpos normativos de corte internacional que reconocen al derecho bajo análisis.

- b) En la legislación comparada, tenemos que el reconocimiento del **derecho a la dignidad** ha sido recogido de manera textual en diversos instrumentos internacionales y los principales son:
- La DUDH ha explicado en su **Preámbulo** y **articulado** (arts. 01, 22 y 23) el **carácter inseparable** que presenta el **principio-derecho de dignidad** de la persona humana y, de esa forma, les confiere a todos los seres humanos la igualdad en **derechos y dignidad**, conforme reza en su artículo 1: “**Todos los seres humanos nacen libres e iguales en dignidad y derechos** y, dotados como están de razón y conciencia, deben comportarse **fraternalmente los unos con los otros**”.

- La CADH recoge el citado principio-derecho en diversos artículos, por citar algunos ejemplos concretos: artículo 5, relativo a la **integridad personal**; artículo 6, concerniente a la **prohibición de la esclavitud y la servidumbre** y, –con mayor relevancia para el **derecho** que ha sido objeto de protección por nuestros órganos judiciales al ser objeto de la acción de tutela–, el artículo 11, referente a la **protección de la honra y la dignidad**, el mismo que presenta la siguiente regulación: “1. *Toda persona tiene **derecho al respeto de su honra y al reconocimiento de su dignidad***”.
- A su turno, el PIDCP, establece en su **Preámbulo** que el **fundamento** de los **derechos** que ostenta el ciudadano **emana** de la consagración del **derecho a la dignidad**: “(...) *la libertad, la justicia y la paz en el mundo tienen por base el reconocimiento de la dignidad inherente a todos los miembros de la familia humana y de sus derechos iguales e inalienables*” y, **reafirma** la citada posición, al aseverar que: “(...) *estos derechos derivan de la dignidad inherente a la persona humana*”.
- A nivel jurisprudencial: Nuestro **TC** se ha pronunciado en diversas **sentencias**, sobre el **derecho a la dignidad**, sin embargo, para los fines de la presente investigación, solo destacaremos dos temas puntuales:
 - Exigencias para la observancia del principio de dignidad humana: En el **Exp. N.º 2273-2005-PHC-TC** [*Caso: Karen Mañuca Quiroz Cabanillas*] expedida el **20.04.2006**, **f.j. 8**; se establece que el **derecho** antes mencionado, se configura como una **obligación de orden jurídico** que debe superar la mera formalidad o reconocimiento de este en los ordenamientos jurídicos (**positivización**), pues, lo realmente relevante es que el Estado a través de sus autoridades u organismos y la sociedad (de manera individual y en conjunto) “(...) *deben garantizar el goce de garantías y niveles adecuados de protección a su ejercicio*; y es que, *la protección de la dignidad*

es solo posible a través de una definición correcta del contenido de la garantía”.

- Dimensiones del derecho de dignidad: En el **Exp. N.º 4099-2005-PA/TC**, emitida el **29.08.2006**, **fundamento jurídico 7**, a juicio del **Sumo Intérprete Constitucional**, del artículo 2 inciso 7 de la Const: “(...) *Toda persona tiene derecho: (...) 7. Al honor y a la buena reputación*” emana las **dos dimensiones de tutela** que ostenta el **principio-derecho de dignidad humana**, por consiguiente, expone lo siguiente: “la primera referida a la **persona en tanto que individuo dotado de inmunidad frente a cualquier agresión a su autoestima y su dignidad objetivada como ser libre e igual a los demás**” y, agrega líneas adelante: “la segunda como ser que forma **parte de un grupo social** y se relaciona cotidianamente con sus semejantes”.

En resumen, el **principio – derecho de dignidad humana** en nuestras palabras se constituye como el **fundamento** en el cual se cimenta la gama de derechos fundamentales reconocidos en nuestra Suprema Norma, por tal motivo, es inequívoco afirmar que conforme a nuestra suprema norma constitucional, ostenta el estatus de **valor jurídico supremo** condicionando a los organismos públicos y los particulares a observarlo, al presentarse como la **finalidad** de la existencia de un **Estado democrático**, sin perjuicio de ello, vale resaltar que, es legítimo que los ciudadanos puedan **exigir** su **protección** al considerar el menoscabo del citado **derecho**, conforme se materializa en nuestra jurisprudencial nacional.

La jurisprudencia de la Corte Superior de Justicia, específicamente, los órganos judiciales del denominado **Subsistema Anticorrupción y Subsistema Anticorrupción** y de **Criminalidad Organizada**, han emitido **dos precedentes judiciales**, uno cada uno, respectivamente, en los cuales se ha petitionado la defensa del **derecho dignidad humana (de manera prevalente)** y, **otros conexos**, mediante la tutela de derechos, por tal motivo, enseguida se procederá a realizar el análisis de las resoluciones emitidas y su sentido argumentativo.

(i) **Caso José León Luna Gálvez: Auto de primera instancia – Resolución N.º 04, Expediente N.º 00011-2020-9, emitida por el 3 JIPEDCF el 19.01.2021**

La defensa técnica del Sr. **Luna Gálvez** demanda tutela al juez de garantías, al considerar el menoscabo de los siguientes derechos:

- **Derecho a la dignidad humana, presunción de inocencia y buen nombre** al ser etiquetada la investigación instaurada en su contra con la denominación de “*los gánsters de la política*” (sic).
- **Derecho de defensa** en su vertiente de **derecho a la contradicción** que se puede ejercitar en las declaraciones testimoniales, al estar imposibilitado de poder participar en las citadas diligencias, por estar declaradas secretas.

A modo preliminar, debe recordarse que en el presente numeral está siendo objeto de examen la **procedencia** del **derecho a la dignidad humana** a través de la acción de tutela, por ende, solo será objeto de análisis el extremo argumentativo de la resolución que guarde relación con el derecho antes mencionado.

En tal virtud, en primer lugar, tenemos que el **fundamento** que expone la defensa técnica del Sr. **Luna Gálvez** se resume en la afectación a **la dignidad humana, presunción de inocencia y buen nombre** por la **invocación** del término “**gánster**”, porque este presenta un antecedente histórico vinculado inexorablemente a la criminalidad organizada materializada en Norteamérica durante los años 1920 a 1930.

Sobre la posición alegada por la defensa técnica, el **despacho fiscal difiere** señalando que la denominación presuntamente agravante presenta fines operativos y de ninguna manera afecta la dignidad humana del recurrente.

De lo expuesto, el suscrito emite una **primera conclusión**, el fiscal del caso **no deslegitima** (refuta) la posibilidad que el **derecho dignidad humana** sea pasible de protección a través de la acción de tutela, lo que permite inferir que se alinea a una posición **amplia** de **derechos pasibles de defensa** a través de

la citada figura legal, por tal motivo, sus fundamentos **son de orden fondal y no formal.**

En segundo lugar, destacamos que el **JIP** en su **fundamento cuarto** de la resolución *sub comento*, realiza un **examen** a la **procedencia del derecho de dignidad humana** y, concluye que es **válido** que el **citado derecho constitucional, pueda ser pasible de reclamación** a través de la **petición de tutela**, las razones son las siguientes:

- Primero: La **naturaleza** que ostenta el **derecho de dignidad humana** y su **reconocimiento** tanto a nivel legislativo –artículo 1 de la Const, artículo 1 de la DUDH y artículo 10 del PIDCP– como jurisprudencial –citando a la STC. 37/2011, (f.j. 4) de 28 de marzo (España)–. Aunado a ello, la **limitación** que presenta el **lema o nombre del caso**, pues, este no puede atentar contra la dignidad de los investigados por su condición de inocentes.
- Segundo: El criterio emitido por la **1 SPDANPEDCF** el **03.06.2019**, en el **Auto de vista, Resolución N.º 03, Exp. N.º 00039- 2018-4** [Caso: *Cesar José Hinostroza Pariachi*], **f.j. 09**, en el cual expone el Tribunal Superior del Subsistema Anticorrupción que resulta legítimo realizar un **control** de los **derechos** que **exige** el recurrente en tanto en cuanto **no exista una vía procedimental específica** para su protección, conforme a una interpretación extensiva y cabal de los apartados 1 y 4 del artículo 71 del CPP.

Al respecto, **no ampliamos** el análisis de la Ejecutoria Superior citada, pues, será materia de un desarrollo más riguroso posteriormente, más específicamente, al evaluar la procedencia de la acción de tutela respecto al **derecho al *ne bis in ídem***, sin embargo, podemos destacar como el **juez de primera instancia** se alinea a la **tesis adscrita** por su **Superior Jerárquico**, esto es, a la **tesis amplia** de derechos pasibles de protección mediante el mecanismo procesal antes citado.

- Tercero: Aunado a lo antes descrito, a reglón seguido, expresamente señala que de una **interpretación amplia** –conforme al articulado establecido en el Título Preliminar del Código Adjetivo– del artículo 71 del estatuto procesal, es **admisible** la protección del **derecho deducido** a través de la solicitud de tutela, por ende, nos permite aseverar inequívocamente que se alinea a la **tesis amplia**.
- Cuarto: En el **fundamento sexto**, el **juez de instancia** recuerda la posición adoptada por el **Tribunal de Apelaciones del Subsistema Anticorrupción** en fecha **14.11.2020** a través del **Auto de Vista – Resolución N.º 04** del mismo expediente (**N.º 00011-2020**) **incidente 3**; referente a **detención preliminar**, al **exponer** en su **fundamento jurídico 15**, que en efecto, la **citada denominación** afecta los **derechos deducidos** por el accionante, sin embargo, **no es la vía idónea para emitir un pronunciamiento sobre esta afectación**, la audiencia de medida coercitiva de carácter personal antes señalada, sino los mecanismos legalmente reconocidos –no lo menciona, pero no cabe duda por el criterio que adopta este despacho judicial superior, es que sea objeto de la acción de tutela–.

Conforme a lo antes desarrollado, nos permitimos formular la **segunda conclusión**, el 3 JIPEDCF a cargo del juez Jorge Luis Chávez Tamariz, cumple con realizar un **examen** a la **procedencia** de los **derechos** que se solicitan su **defensa** mediante la acción de tutela y, además, considera que el **derecho a la dignidad humana**, resulta admisible de amparo a través del citado instrumento legal, en ese sentido, se **alinea** a una **posición amplia** de protección; la misma que se fundamenta en la **naturaleza del derecho** y, a una **interpretación extensiva** del artículo que regula la petición de tutela conforme lo exige el TP del estatuto procesal. Ahora bien, debemos acotar que, la **1 SPDANPEDCF**, se alinea a los criterios antes descritos.

Definitivamente, por los argumentos antes señalados, el **suscrito** considera plausible, por ser **correcto** y **arreglado** a **derecho** los **criterios** que han adoptado los **órganos de primera y segunda instancia** del **Subsistema Anticorrupción**, en virtud de ello, se acoge a la citada posición.

En tercer lugar, sobre el **análisis fondal** de la **lesión del derecho a la dignidad humana**, debe recordarse que el **agravio** se sustenta de manera principal es la utilización de la etiqueta –o, en términos del juez de la causa *lema* o *theme*: palabra en inglés que traducida al español es *el lema*– “**Los gánsters de la política**”; al respecto, el juzgador considera que se **acredita la lesión al derecho deducido** sobre la base de dos interpretaciones:

- A nivel literal: De la simple verificación del Diccionario de la Real Academia de la Lengua Española, se advierte que la palabra “gánster” se encuentra ligada indefectiblemente a delincuentes habituales pertenecientes a una organización criminal.
- A nivel histórico: El término “gánster” conforme a la diversa bibliografía literaria, se ha empleado palabra para identificar Alphonse Gabriel Capone, alias Al Capone, esto es, una persona dedicada a la delincuencia organizada, que de modo alguno puede equipararse al estatus que presenta el **Sr. Luna Gálvez**, pues, su proceso se encuentra en etapa de investigación preparatoria.
- Plus: El lema o denominación del caso presenta limitaciones, entre estas, destaca la imposibilidad de ser atentatoria de derecho de dignidad humana, toda vez que, los investigados no pueden ser tratados como condenados hasta que no se presente una sentencia judicial firme en observancia al principio de presunción de inocencia.

Sobre el particular, pronunciamos la **tercer conclusión** de este caso; **coincidimos** en la materialización de la **lesión del derecho a la dignidad del recurrente** y, por extensión (**igual razón igual derecho**) a los demás investigados comprendidos en el proceso como sujetos pasivos y, por ello, de la **fundamentación empleada**; sin embargo, es menester dejar sentado que, aunado a las **interpretaciones** que se han realizado, no debe dejarse de lado, el **ánimo de ofender o contexto peyorativo** (despectivo) empleado, en el cual algunas palabras o términos que *prima facie* o de **manera aislada, no constituyen ofensivas**, por el contrario, en un **determinado supuesto o con**

la frase completa, si pueden configurarse como una **lesión** al derecho antes señalado y, por tanto, **un tema que debe analizarse** al evaluar si se materializa alguna **lesión al derecho a la dignidad humana**.

En cuarto lugar, el auto judicial bajo examen, respecto a la **medida correctiva** concedida, en la **parte resolutive** de la **resolución** indica: “**ORDENO** a partir del presente pronunciamiento jurisdiccional, que **la Fiscal Provincial** asignada al presente caso, **cese la denominación que resulta vulneratoria al derecho a la dignidad del accionante**, haciéndose extensivo a los demás procesados, con la denominación “Los gánsters [...]” y, agrega un **apercibimiento** en caso incumpla con dicha decisión judicial: “en caso de insistir con estas denominaciones, **comunicarse inmediatamente a su órgano de control**, y **por esta sede judicial proceder conforme a las facultades sancionatorias del artículo 9 de la Ley Orgánica del Poder Judicial**”.

Desde nuestro punto de vista, emitimos la **cuarta conclusión arriba** relativa a la **medida correctiva** aplicada al caso, a nuestro juicio, es **idónea la medida**, por **dos razones esencialmente**, la primera, es congruente con la pretensión exigida por el recurrente y su fundamentación expuesta y, la segunda, es la medida más adecuada para evitar la continuación de agravio del derecho a la dignidad humana del peticionante. Adicionalmente, consideramos loable, que el juez de garantías, conforme a su estatus que presenta dentro del proceso, y, por la naturaleza del derecho objeto de la incidencia, esto es, que lesiona inevitablemente a los otros investigados del proceso, que se deje sentado de manera expresa que es de **aplicación extensiva** a favor de estos últimos.

En último lugar, consideramos necesario pronunciarnos respecto a la posibilidad **a nivel argumentativo**, de presentar **recurso impugnatorio de apelación** contra la **resolución** comentada:

- Desde la posición de la defensa técnica, al ser de recibo el agravio deducido y obtener la medida correctiva que solicita, **no advierte fundamentos** para poder **recurrir** la citada resolución.

- Respecto al representante del Ministerio Público, consideramos que podría objetar la resolución en dos aspectos concretos: (a) **de forma**, al considerar que, el derecho a la dignidad humana se encuentra fuera del universo de derechos pasibles de protección a través de la acción de tutela y (b) **de fondo**, que no se acredita agravio alguno por la utilización del lema del caso; sin embargo, en ambos casos **no obtendría un resultado favorable**, pues, el Superior Jerárquico se alinea al criterio esgrimido por el órgano de primera instancia; por dicho motivo, y al no encontrar un pronunciamiento superior del caso, creemos que finalmente, este caso no fue de conocimiento por el Tribunal Superior, obteniendo la calidad de cosa juzgada.

Para finalizar el análisis de la presente resolución, destacamos nuevamente que tanto el **3 JIPEDCF** a cargo del juez Jorge Luis Chávez Tamariz (primera instancia) y la **1 SPDANPEDCF** (segunda instancia), **órganos judiciales del Subsistema Anticorrupción se alinean de manera expresa a la tesis amplia de derechos** objeto de salvaguarda a través de la acción de tutela, reconociendo de manera particular, como uno de estos, al **derecho a la dignidad**.

- (ii) **Caso Fiorella Giannina Molinelli Aristondo: Auto de primera instancia – Resolución N.º 02, Expediente N.º 713-2021-4, emitida por el 1 JIPEDCFYCO el 27.10.2021**

Sobre el presente caso, tenemos que la accionante reclama la vulneración de los siguientes derechos:

- **Derecho a la dignidad humana, el buen nombre y la presunción de inocencia** como regla de tratamiento dentro del proceso, al usar como denominación del caso el *“Club de las farmacéuticas”*.

En primer orden, la defensa técnica de la **Sra. Molinelli Aristondo**, expone como **fundamentos** de la lesión a sus **derechos**, la utilización del lema: *“Club de las farmacéuticas”*, pues, este trasciende el metalenguaje y se encuentra asociado indiscutiblemente con el denominado *“Club de la Construcción”*, caso

peruano que se encuentra en etapa de investigación por delitos contra la administración pública en el marco del crimen organizado, al involucrar a altos funcionarios públicos y particulares pertenecientes a sociedades que presentan un gran poderío empresarial, por ende, ligados delitos de gran impacto por la lesión a bienes jurídicos del Estado, lo que **implica un estigma a la accionante y los investigados** que forman parte del proceso.

Aunado a ello, refiere que la denominación asignada no guarda relación con el objeto, hechos o los investigados del proceso, ya que no hay ningún personal farmacéutico comprendido o alguna empresa del rubro farmacéutico que esté involucrada.

De otro lado, **el fiscal del caso** manifiesta que la **denominación empleada**, no tiene como razón alguna cuestión de tipo personal, asimismo, que no fue asignada primigeniamente por su despacho, pues, esta fue obtenida de las diligencias de investigación en la cual se escucha que así se les denominaba a las personas investigadas. Por último, agrega que la denominación “club” por sí mismo no presenta connotaciones criminales o vinculadas a esta, siendo la interpretación realizada por el recurrente de orden subjetiva.

Referente a este tópico, emitimos la **primera conclusión del caso**; respecto a la **defensa técnica**, al deducir los derechos de *dignidad humana*, *presunción de inocencia y buen nombre*, podemos afirmar que se alinea a una **posición amplia** de derechos objeto de protección a través de la petición de tutela y, con relación a la **fiscalía**, al **argumentar** su posición **únicamente desde el plano fondal** (fundabilidad de la petición) y **no formal** (procedencia de la protección de los derechos deducidos mediante este instrumento legal), que **admite** la posibilidad de acudir a este mecanismo jurídico para la protección de derechos constitucionales y legales que carezcan de vía de amparo reconocida expresamente por el estatuto procesal.

En segundo orden, advertimos que el juez de la causa **no realiza un examen sobre la procedencia** de los **derechos reclamados** a través de la acción de tutela y, directamente ejecuta un **análisis** sobre la **fundabilidad** de la petición; podemos considerar que omite pronunciarse en el extremo antes mencionado, por **dos motivos principalmente**:

- En atención a la **ausencia argumentativa expresada** por el despacho fiscal **para refutar la procedencia de los derechos deducidos** a través de la solicitud de tutela y,
- A nuestro entender, **porque el JIP profesa la tesis amplia** de los derechos procedentes de amparo a través de la figura legal citada.

Por lo expuesto, la **segunda conclusión del caso** gira en torno a tres deducciones, la primera, es que **se acredita** que los órganos judiciales en algunos supuestos **reconocen la procedencia de derechos no descritos expresamente** en el apartado 2 del artículo 71 del Código Adjetivo de **manera tácita**, al **directamente** evaluar la **fundabilidad** de la **solicitud** interpuesta por los accionantes; la segunda, de manera concreta, que el despacho judicial del **1 JIPEDCFYCO** a cargo del juez Walther Huayllani Choquepuma se **alinea** a la **tesis amplia** de los derechos pasibles de salvaguarda mediante la acción de tutela, al **no evaluar** la procedencia de los **derechos presuntamente lesionados** a través de esta figura legal y, emitir solamente un **pronunciamiento fondal**, y, tercero, que el despacho judicial antes mencionado **reconoce la posibilidad de amparo** de los derechos de *dignidad humana, presunción de inocencia y buen nombre* mediante la petición de tutela.

En tercer orden, sobre el **examen fondal** que realiza el órgano de primera instancia conforme al **fundamento jurídico 3.3**, tenemos que a su entender, **no se acredita lesión** a los **derechos postulados** por la defensa técnica de la Sra. **Molinelli Aristondo**; sobre la base de los siguientes argumentos:

- A nivel genérico (**literales a y b**): La denominación de un caso tiene como finalidad identificar con mayor facilidad a una investigación (o, por extensión, un proceso penal instaurado), pues, -a su juicio- la praxis no tiende a recordar estos por el número de expediente judicial (y, agregamos fiscal), no obstante, ello no implica una declaración de culpabilidad.

Luego, acota que esta práctica policial (y en algunos supuestos fiscal) **no está exenta de limitaciones**, entre estas se encuentra: (i) que

guarde relación a un **dato relevante** que dote de contenido a los elementos facticos o probatorios evaluados en la investigación y (ii) que para su materialización queda proscrita la procedencia arbitraria o jocosa, pues, quebrantaría la dignidad humana.

- A nivel concreto (**literales c al g**): En el caso juzgado, la denominación no tuvo origen en sede policial o fiscal, por el contrario, emana de una **diligencia de interceptación telefónica** en la cual **una de las personas interceptadas detalla la existencia de un grupo de personas que se autodenominan “Club de las farmacéuticas”**, por tal motivo, ajeno a toda subjetividad de las autoridades investigadoras y, siendo así, no es motivo para exigir el cese en su empleo.

Posteriormente, agrega que la defensa técnica de la recurrente, manifiesta que la asociación al “*Club de la construcción*” puede ser agravante, sin embargo, a su juicio, expone que el citado caso, de igual manera que el presente, se encuentran en **etapa de investigación preparatoria**, por tal motivo, les asiste a los investigados del denominado “*Club de la construcción*” la **presunción de inocencia**.

Un argumento final, gira en torno a la **interpretación literal e histórico del término: “Club”**, pues, este no presenta vinculación directa a asociaciones criminales reales o ficticias, por ende, lo postulado por los abogados defensores resulta **subjetiva**.

- Nota adicional (**fundamento jurídico 3.4.**): Por último, la judicatura advierte que la accionante propone que en lugar de emplear “*Club de la construcción*”, se emplee el nombre de un *investigado*; no obstante, considera que en ese citado supuesto, si es exigible una **propuesta de enmienda inmediata** al ser **instrumentalizado la identidad** de una dama (**nombre de una persona**) y, por ende, vulnerar el **derecho a la dignidad y presunción de inocencia**, al ostentar únicamente la condición de investigada.

De acuerdo a lo antes descrito, a continuación exponemos la **tercera conclusión** arribada en el presente caso, por un lado; **coincidimos parcialmente** con lo expresado por el órgano judicial por lo siguiente: Estamos de **acuerdo** con las **variables (criterios) empleados** para analizar si en el caso en concreto se materializa la **vulneración** a los **derechos deducidos**; **sin embargo, reiteramos**, para tener una **evaluación integral**; no debe dejarse de lado, el ánimo **de ofender o contexto peyorativo** (despectivo) empleado, en el cual algunas palabras o términos que *prima facie* o de **manera aislada, no constituyen ofensivas**, por el contrario, en un **determinado supuesto o con la frase completa**, si pueden configurarse como una **lesión** al derecho antes señalado *ergo*, **un tema que debe analizarse al evaluar** si se materializa alguna **lesión al derecho a la dignidad humana** (aspecto que nos exige apartarnos del raciocinio empleado por el juzgador, al **no examinar** si en efecto **actualmente** la **vinculación del término “Club”** manifiesta **una vulneración del citado derecho** más allá del estado de la investigación del *“Club de la construcción”* y su conceptualización neutral).

Y, por otro lado, **resaltamos y nos alineamos** a su posición de considerar que el **empleo** de los nombres (y, ampliamos apellidos) –**identificación**– de un procesado en la **denominación de un caso** que es objeto de investigación, es un **supuesto claro** de vulneración al **derecho a la dignidad de la persona** y su **presunción de inocencia**, pues, se configuraría una declaración de culpabilidad apriorística, desconociendo su calidad de investigado, mellando así su **honor y buena** reputación, por ende, pasible de **imponer** una **inmediata medida correctiva**.

Por último, insistimos en señalar que, el despacho judicial del **1 JIPEDCFYCO** a cargo del juez Walther Huayllani Choquepuma al **realizar únicamente** un **análisis fondal** de la **solicitud de tutela** interpuesta, se **alinea** a la **tesis amplia** de los derechos pasibles de salvaguarda mediante la acción de tutela, al **no evaluar** la procedencia de los **derechos presuntamente lesionados** a través de esta figura legal, por ende, **reconoce la posibilidad de amparo** de los derechos de *dignidad humana, presunción de inocencia y buen nombre* mediante esta vía judicial.

En cuarto orden, y, de conformidad con los argumentos desarrollado en el párrafo superior, el despacho judicial expone en su **parte resolutive** que declara: “**INFUNDADA la Tutela de Derechos** formulada por el abogado de **Fiorella Giannina Molinelli Aristondo** en la investigación seguida en su contra por la presunta comisión del delito contra la seguridad pública-organización criminal”.

Al respecto, en base a **nuestra cuarta conclusión** manifestamos que **nos parece correcto**, la parte resolutive de su decisión judicial, pues, al analizar el **fondo** de la pretensión, lo que corresponde es emitir un pronunciamiento delimitado a dos opciones: **fundado o infundado**; para el lector acucioso podrá parecerle innecesaria esta conclusión, empero, desde esta instancia podemos aseverar que esta tiene una razón –la misma se podrá visualizar a lo largo de la investigación–, los despachos judiciales, a pesar de analizar el **fondo de las peticiones de tutela**; en su parte final, **emiten pronunciamiento de orden formal: procedencia**; lo que nos permite aseverar irrefutablemente que se materializa una **contradicción** que en su oportunidad será analizada de manera pormenorizada.

En quinto orden, **sobre la impugnación** de esta resolución materia de estudio, debemos de destacar que el **despacho fiscal**, al haber sido favorecido con el sentido resolutive del auto de tutela de derechos, resulta coherente que no haya interpuesto recurso impugnatorio de apelación, a diferencia de lo que se presenta con la **defensa técnica**, que en arreglo a su derecho a la **pluralidad de instancias** recogido en el artículo 139.6 de la Const., lo interpone dentro del plazo legal conferido, sin embargo, al cierre de esta tesis **no se ha emitido el auto de vista** correspondiente, lo que impide que sea objeto de evaluación.

En último orden, **cerrando las conclusiones arribadas del presente caso**; tenemos que poner a relieve lo fundamental para la presente investigación y, es que **1 JIPEDCFYCO** a cargo del juez Walther Huayllani Choquepuma se **alinea de manera tácita** a la **tesis amplia** de los derechos pasibles de salvaguarda mediante la acción de tutela, al **no evaluar** la procedencia de los **derechos presuntamente lesionados** a través de esta figura legal y, emitir solamente un **pronunciamiento fondal**, por ende **reconoce la posibilidad de**

amparo de los derechos de *dignidad humana, presunción de inocencia y buen nombre* mediante la petición de tutela.

Finalmente, conforme al análisis realizado de los **autos de primera instancia** emitidos por la Corte Superior de Justicia Especializada, más concretamente, los órganos judiciales del denominado **Subsistema Anticorrupción y Subsistema Anticorrupción** y de **Criminalidad Organizada**, podemos advertir la **flexibilización jurisprudencial** de nuestro sistema de justicia sobre este tópico problemático, pues, se ha **reconocido** la **procedencia del derecho a la dignidad humana** (y, otros conexos) a través de la petición de tutela, el primero, **expresamente** refiere que **resulta procedente: por ausencia de vía específica para su protección dentro del proceso penal** teniendo como fundamento la **naturaleza del derecho**, la **interpretación amplia** del artículo 71 del CPP conforme a las pautas de interpretación del TP del cuerpo normativo antes citado y los criterios emitidos por su Superior Jerárquico: la **1 SPDANPEDCF** y, el segundo, (entendemos) **tácitamente** lo considera, al **emitir un pronunciamiento a nivel fondal** y **omitir** realizar una **evaluación de la procedencia del derecho analizado en el presente numeral**.

4.3.2.3. El derecho de defensa y las manifestaciones que comprende

A modo preliminar, debemos iniciar expresando que **nos alineamos** a la posición expresada por el TC al **equiparar** los términos **derecho de defensa** y el **principio de no ser privado del derecho de defensa** –recuérdese que esa es la fórmula que ha establecido el constituyente en el artículo 139.14 de la Const.– , este último es reconocido en la literatura procesal penal, como el **principio de no ser privado del derecho de defensa**, en ese sentido, el **Supremo Interprete de la Constitución**, en uniforme jurisprudencia –SSTC. Exp. N.º 2659-2003-AA, Ica (f.j. 4) del 02.07.2004), Exp. N.º 5085-2006-PA, Lima (f.j. 4) del 13.04.2007) y Exp. 4719-2007-PHC, Callao (f.j. 9) del 03.10.2007– vincula **ambos institutos citados**, al expresar lo siguiente:

*“el **derecho de defensa** constituye un derecho fundamental de naturaleza procesal, el mismo que **se proyecta como principio de interdicción para afrontar cualquier indefensión** y como principio de contradicción de los actos procesales que pudieran repercutir en la situación jurídica de algunas de las partes, **sea en un proceso o procedimiento, o en el caso de un tercero con interés**”.*

Por ende, consideramos adecuado que, en la presente investigación, **se emplee indistintamente la citada terminología**, puesto que en términos de Landa Arroyo (2006, p. 153), esta técnica legislativa empleada por el constituyente, amerita comprender el reconocimiento de **dos instituciones**, al unimismarse en un mismo objeto, puede concebirse como **principio-derecho de defensa**, el mismo que exhibe un **contenido amplio**.

Ingresando al **análisis del principio-derecho de defensa**, debemos rotular que ostenta un **amplio reconocimiento** a nivel **comparado** como **nacional**, en el primer caso, tenemos a los artículos 11.1 de la DUDH, 14.3 “d” del PIDCP y 8.2 “d” de la CADH, en el segundo caso, *a nivel constitucional*, se encuentra recogido taxativamente en el artículo 139 inciso 14 de la Carta Política del Estado y, *a nivel legal*, en el artículo IX del Título Preliminar del Código Adjetivo.

Desarrollando algunos tópicos de necesaria alusión relativos al **principio-derecho de defensa**, compartimos algunos **criterios rectores** recogidos en **pronunciamientos** expedidos por el **TC peruano**:

- Relativo a su **contenido constitucionalmente protegido**, con suma claridad ha establecido que este citado **principio-derecho** presenta un **corte transversal**, esto es, es **observable** y **respetable** –aplicado en el marco del proceso penal– durante **todas las etapas del proceso**, dicho de otro modo, desde su **inicio** con la **investigación preliminar** hasta su **culminación** con la **emisión** de la **sentencia** que ostenta la calidad de cosa juzgada –en SSTC. Exp. N.º 0090-2004-PHC, Lima (f.j. 27) del 05.06.2004 y reiterada en el Exp. N.º 1680-2009-PHC, Lima (f.j. 10) [Caso *Antauro Igor Humala Tasso*] de fecha 30.07.2009–.
- Concerniente a las **dimensiones** que **ostenta el principio-derecho** *sub examine*, la STC. Exp. N.º 4026-2007-PHC, f.j. 2 dictada el 04.10.2007 ha expresado que, esta es de dos tipos:

“(...) una material, referida al derecho del imputado o demandado de ejercer su propia defensa desde el mismo instante en que toma conocimiento de que se le atribuye la comisión de determinado hecho delictivo; y, otra formal, que supone el derecho a una defensa técnica; esto es, al asesoramiento y patrocinio de un abogado defensor durante todo el tiempo que dure el proceso (...).”

- Otro aspecto de suma relevancia, gira en torno a la **relación** que exhibe el **principio-derecho de defensa** con el **debido proceso**, pues, a nuestro juicio, los citados derechos, presentan un **vínculo de orden complementario o de interrelación**, esto es, sin el **derecho de no indefensión**, resultaría **insostenible** la afirmación que estamos en efecto, ante un **proceso debido** instaurado en contra de un procesado y, sin **debido proceso**, se vacía de contenido **el ejercicio eficaz del derecho de defensa**.

De forma semejante, como no podría ser de otro modo, el **Sumo Intérprete Constitucional** en el **Exp. N.º 8605-2005-PA**, Lima (f.j. 14)

expedida el **14.11.2005**, y reiterado en el **Exp. N.° 5085-2006-PA**, Lima (f.j. 7) dictada el **13.04.2007**, se pronuncia reconociendo que el **derecho de defensa** conforma al **debido proceso**, este último por su naturaleza de **derecho continente**.

- Por último, estimamos necesario destacar que, actualmente la jurisprudencia nacional, a través de los órganos judiciales de distinto nivel, **influenciado** por la **senda jurisprudencial dictada en el marco del derecho comparado**, viene desarrollando una **exigencia o forma de materialización del derecho de defensa**, siendo este, la **eficacia del ejercicio del citado derecho**, dicho de otro modo, la mera asignación o elección de un abogado defensor (público o privado, respectivamente), **no garantiza materialmente**, que **se observe y respete el derecho de no indefensión del investigado**, por ende, **la igualdad de armas** entre los sujetos procesales –en similares términos, Cafferata Nores, 200, p. 137–, puesto que el citado derecho quedaría en la esfera del ámbito **formal y no material**, en consecuencia, **se exige una defensa proactiva** acompañada de **conocimientos jurídicos idóneos** que permitan garantizar que estamos frente a una **defensa eficaz**.

Ejemplificando lo antes manifestado, compartimos el **R. N. N.° 1432-2018, Nacional (f.j. 10)** dictada por la **SPT** el **10.06.2019**, aduciendo que, ante una **negligencia inexcusable** o **falla manifiesta** realizada por parte de la defensa técnica (pública o privada) y, sobre la base de **indicativos** reiterados en la **jurisprudencia internacional** podrá advertirse una **defensa ineficaz**, a mayor claridad, compartimos los supuestos **no taxativos descritos** por los jueces supremos:

“a) no desplegar una mínima actividad probatoria; b) inactividad argumentativa a favor de los intereses del imputado; c) carencia de conocimiento técnico jurídico del proceso penal; d) falta de interposición de recursos en detrimento de los derechos del imputado; e) indebida fundamentación de los recursos interpuestos; y f) abandono de la defensa”.

Conforme al tratamiento legislativo que manifiesta el **derecho de no indefensión**, conferido por el constituyente y legislador nacional, nos permite aseverar que tiene el estatus de **principio–derecho** de **orden constitucional** –en iguales términos, se ha pronunciado la **STC. Exp. N.º 0010-2002-AI, (f.j. 120) [Caso Marcelino Tineo Silva]** del **03.01.2003**, al considerarlo un “**principio constitucional que informa la actividad jurisdiccional del Estado**”– empero, al ser descrito textualmente en el estatuto procesal y concederle **mecanismos específicos** para su **protección**, podemos aseverar que aunado a su **estatus de principio-derecho**, dentro de nuestro ordenamiento jurídico recibe el estatus de **garantía procesal**.

Dado la aseveración expresada, para poder advertir textualmente las manifestaciones que han sido recogidos en nuestro estatuto procesal, puede revisarse los **derechos conferidos directamente al investigado** descritos en el artículo 71 numeral 2 del CPP o **derechos otorgados a la defensa técnica** para la representación del investigado conforme lo establece el artículo 84 incisos 1 al 9 del cuerpo normativo antes citado.

Planteadas estas ideas previas, a continuación vamos a desarrollar, por un lado, **algunas reflexiones preliminares** que **guardan relación** a la **actuación fiscal**, la **facultad** que **ostentan** las partes procesales de **recurrir estos** y, en ese sentido, el rol del juez de garantías es controlar la actuación del RMP y garantizar la vigencia de los derechos que ostentan los sujetos intervinientes en el proceso por otro lado, de manera concreta, acredita como se puede **materializar** dentro del proceso penal, la afectación de **cuatro manifestaciones del derecho de no indefensión**, como **esta ha sido pasible de protección**, mediante la **acción de tutela**, por ende, las **medidas correctivas** aplicadas, lo que permite advertir la **evolución jurisprudencial** que se viene **gestando en la jurisprudencia nacional** sobre el tópico objeto de estudio.

4.3.2.3.1. Reflexiones iniciales en torno a los actos procesales dictadas o formulados por el RMP

a) Sobre los actos procesales que emite el despacho fiscal:

El CPP recoge en el **Libro Segundo: La actividad procesal, sección I: preceptos generales, capítulo III: Las disposiciones y las resoluciones**, los **actos procesales** que emite o formula el despacho fiscal en el marco de un proceso penal, más concretamente, en el artículo **122** del cuerpo normativo antes mencionado, el mismo que tiene como sumilla: *actos del Ministerio Público*; por tal motivo, en seguida procederemos a destacar los aspectos relevantes que presenta su regulación:

- En primer lugar, tenemos que el legislador peruano ha establecido que son **tres** los **actos procesales** que emite el despacho fiscal, pues, por un lado, **dicta providencias y disposiciones** y, por otro lado, **formula requerimientos** (inciso 1).
- En segundo lugar, en el apartado 2, destaca las principales **disposiciones** que se **dictan** dentro de la investigación preparatoria (por citar algunos ejemplos: **DADP, DFYCIP, Disposición de archivo, Disposición de conducción compulsiva, entre otras**), no obstante, **bajo ningún concepto** se puede creer que este constituye un **catálogo cerrado**, por el contrario, a nuestro entender, esta **mención** responde a la **relevancia** que presentan dentro del proceso y, esta guarda sustento en la forma de cerrar el presente inciso: “(...) e) *toda otra actuación* (disposición) **que requiera expresa motivación dispuesta por la Ley**”.
- En tercer lugar, de una lectura de los **numerales 3, 4 y 5**, podemos advertir la **finalidad** de cada uno de los actos procesales y su **ámbito de aplicación**, en ese orden de ideas, a continuación, las desarrollamos:
 - Las **providencias**, tiene por objeto ordenar materialmente el proceso, es decir, son actos procesales de **mero trámite**

–equiparables a los decretos emitidos por los órganos judiciales–, no siendo exigible una **motivación** ante su emisión.

- Las **disposiciones** son actos procesales que –en base a la titularidad de la acción penal y la facultad de conductor de la investigación preparatoria– tienden a delimitar las etapas que presenta el proceso penal, a calificar el tipo de investigación que se presenta o dictar medidas de coerción de baja intensidad (conducción compulsiva), en suma: actos que coadyuven con el fin de la investigación preparatoria –reunir elementos de convicción de cargo y de descargo que sean fundamento para expresar la decisión fiscal que corresponda (artículo 323 del CPP)–, por tal motivo, exigible de **motivación**.
- Para finalizar, tenemos a los **requerimientos** que son solicitudes que formula el despacho fiscal dirigidos al JIP competente que interviene en el proceso, peticionando un acto procesal concreto –léase: requerimiento de allanamiento y registro domiciliario (art. 214 del CPP), requerimiento de intervención, grabación o registro de llamadas (art. 230 del CPP), requerimiento de detención judicial preliminar (art. 261 del CPP), entre otros– , por ende, resulta **exigible** una **debida motivación** y, de ser el caso, estar **fundamentamos** en elementos de convicción acopiados durante la investigación fiscal.
- En último lugar, el parlamentario nacional incorpora una **cláusula de remisión**, dejando claramente sentado que ante la **emisión** providencias o disposiciones o, en su defecto, la **formulación** de requerimientos, rige lo dispuesto por el artículo 127 del ordenamiento jurídico procesal, relativo al **régimen de notificaciones**.

Al respecto, debemos precisar que no profundizamos sobre este último tópico, puesto que será desarrollado al **evaluar** el agravio que pueden postular las partes procesales, ante la **omisión (tácita o expresa)** de la **notificación** de determinados **actos procesales** emitidos por el

despacho fiscal o de los **elementos de convicción** que deben acompañar estos (v. gr. en los **requerimientos**).

Conforme a los términos explicados anteriormente, el suscrito procederá a **analizar** supuestos en los **cuales**, ante la **emisión** de los **actos procesales** por parte del despacho fiscal, pueden devenir en la **lesión** de los **derechos** que ostentan los sujetos procesales comprendidos a la investigación, en ese sentido, **pasibles de amparo** mediante la acción de tutela.

b) Respecto a la posibilidad de controlar las actuaciones fiscales realizadas por parte del RMP

Ahora bien, está claramente asumido que, en nuestro ordenamiento jurídico nacional, las competencias que ostenta el representante del Ministerio Público **se encuentran reconocidos y legitimados** por **mandato constitucional**, en ese sentido, **con la investidura de legalidad**, no obstante, el **TC** ha precisado **dos aspectos de imprescindible mención** respecto a las **actuaciones fiscales**, que a continuación compartimos:

- Las **actuaciones fiscales gozan de una discrecionalidad** para el **desarrollo** de sus **funciones**, empero, éstas **se encuentran supeditadas** al **respeto y observancia** de **principios-derechos constitucionales** que **ostentan los investigados**, en tal sentido, queda **proscrita** “(...) **a) actividades caprichosas, vagas e infundadas desde una perspectiva jurídica, b) decisiones despóticas, tiránicas y carentes de toda fuente de legitimidad; y c) lo que es contrario a los principios de razonabilidad y proporcionalidad jurídica**” en la **STC. Exp. N.º 06167-2005-PHC, Lima (f.j. 30)** dictada el **28.02.2006** [Caso *Fernando Cantuarias Salaverry*].

A mayor abundamiento, es preciso recordar los lineamientos establecidos en el estatuto procesal sobre la función fiscal: **principio de objetividad e imparcialidad** (arts. IV del TP y 61 del CPP), en suma, siempre **su accionar fiscal debe estar delimitado** por la **Constitución y las leyes**.

- Por otro lado, en el **Exp. N.° 2725-2008-PHC/TC, Lima, (ff.jj. 5 y 7)** del **22.09.2008** [*caso Roberto Boris Chanca Temoche y otros*], se contempla textualmente que la Const. **no ha excluido** de **control constitucional** los **actos procesales dictados** por el **despacho fiscal**, pues, mediante vulneración de derechos en su desarrollo de competencias se ha previsto la **acción constitucional** de **habeas corpus**, en ese sentido, la **facultad** de **control constitucional**, es asumido por el **TC** respecto a **los actos** del **RMP**, siendo fundamentalmente el sustento de este proceder judicial, el **respeto** y **observancia al debido proceso**, ya que, no cabe duda, el citado derecho **irradia** tanto a la **etapa judicial** como **prejurisdiccional**, esta última a cargo (**conducción**) de la fiscalía.

Nótese que el Sumo interprete de la Constitución, establece los lineamientos sobre los cuales debe conducirse el fiscal en la conducción de la investigación instaurada contra un procesado, que se puede engolar en la **proscripción** de la **arbitrariedad fiscal**, por tal motivo, **afirma** que durante la etapa prejurisdiccional, **puede** vulnerarse los derechos que ostenta todo investigado por parte del despacho fiscal, empero, se arroga la **función de control constitucional** vía el **proceso** de **habeas corpus**, mecanismo de corte **extraproceso**.

Al respecto, debemos puntualizar que la emisión de esta **sentencia constitucional** y **otras de similar criterio**, se **materializa** antes de la **emisión** de la **doctrina legal** establecida por los jueces supremos en lo penal mediante el **AP N.° 04-2010/CJ-116** de fecha **16.10.2010**, el mismo que en los **fundamentos 12** y **13** expone de manera irrefutable lo siguiente: **(i)** citando a Alva Florián (2004, p. 13) afirman que la **acción de tutela** constituye una **vía reparadora** de mayor **eficacia** y **eficiencia** que la garantía procesal de habeas corpus –en ese sentido, queda suplida la acción constitucional por ser de orden *extraprocesal*– y **(ii)** la citada institución jurídica se presenta como uno de los principales mecanismos para realizar el **control de legalidad de la función fiscal**, entendemos de los actos procesales dictados o formulados por el RMP, a efectos de igualdad las condiciones entre el **investigador e investigado**.

Teniendo en cuenta los argumentos esgrimidos, podemos concluir aseverando que es **legítimo el control constitucional** de las **actuaciones dictadas o requeridas** –según corresponda– **por parte del RMP**, puesto que su accionar debe regirse en observancia y respeto de los derechos que ostenta el investigado tanto a nivel constitucional como legal, de esa manera, ante la materialización de **algún exceso o negligencia del órgano investigador**, que puedan **afectar los derechos fundamentales** del imputado este puede recurrir a la **acción de tutela**, como mecanismo *intraproceso* que permita la **vigencia efectiva** de los derechos afectados, en igual sentido: **Auto de primera instancia – Res. N.º 13, Exp. N.º 00017-2021-1 (f.j. 2.3)** dictado por el **3 JIPNPEDCF el 06.09.2021**.

c) Breves nociones sobre el rol del JIP, su equivalencia con el juez constitucional, y, como ambos constituyen un juez de garantías

En el vigente ordenamiento procesal –a 2022, aplicándose en todos los distritos judiciales del Perú–, el **rol del juez** manifiesta un estatus preferente en cada etapa del proceso penal, en ese sentido, de acuerdo al **espacio temporal** de intervención, es que recibe una denominación específica (Sánchez Velarde, 2009, p. 52), siendo estas: **juez de IP, juez de juzgamiento y juez de impugnación**.

Fijando nuestras reflexiones en torno al **JIP**, debemos empezar precisando, que este actor principal del proceso, no presenta una **definición legal** estatuida en nuestro Código Adjetivo, no obstante, el legislador peruano en el artículo 29 del ordenamiento procesal citado, ha optado por establecer una **catálogo abierto de funciones o supuestos** en los cuales se materializa su intervención, así tenemos entre las principales: *“Imponer, modificar o hacer cesar las **medidas limitativas de derechos** durante la **Investigación Preparatoria**; conducir la **Etapas Intermedia** y la **ejecución de la sentencia** y **ejercer los actos de control que estipula este Código**”*.

No obstante, como se anunció previamente, finaliza el artículo en mención, con una **fórmula abierta** aseverando que puede: *“conocer de los demás casos que este Código y las Leyes determinen”*, esto es, lejos de **reducirse sus**

funciones, éstas tienden a **ampliarse**, en atención a lo expuesto por el **Supremo Interprete de la Constitución**, el **principio de normatividad de la Constitución**, se **opone** a la existencia de *campos de invulnerabilidad absoluta al control constitucional*, en la **STC. Exp. N.º 2366-2003-AA, Lima, (f.j. 4)** dictada el **06.04.2004**, en otras palabras, que **no existen zonas exentas de control judicial**.

Conforme a las competencias que ostenta y, coincidiendo con San Martín Castro (2007, p. 97); en primer orden, es necesaria la intervención del órgano judicial desde la apertura de un proceso penal, presentando esta participación el carácter de **imprescindible para garantizar**, en efecto, **el debido proceso**, y, en segundo orden, es preciso destacar, **que ponderan dos competencias asignadas legalmente al juez de garantías**, por un lado, evaluar la imposición o modificación, en suma: **variabilidad de las medidas coercitivas** (personales y reales) requeridas por el despacho fiscal y, por otro lado, la observancia y respeto de los derechos (y, de manera concreta, de las garantías materiales y procesales) asignados tanto a nivel constitucional como legal a los sujetos procesales comprendidos en un proceso, por citar ejemplos concretos: la acción de tutela (art. 71 del CPP), la denegatoria de diligencias sumariales (art. 337.5 del CPP) o el control de plazo de DP o IP (arts. 334.2 y 343.2 del CPP, respectivamente).

De manera irrefutable, el jurista argentino Julio Maier (2003, tomo II, p. 400) resume que las **funciones** del **JIP**, primordialmente son de: **control judicial y garantía**.

Por lo expuesto, podemos brindar una **aproximación conceptual** del **JIP**, es el órgano judicial que ejerce la potestad jurisdiccional, fungiendo como director de la etapa de investigación preparatoria (y, en ese sentido, de las subetapas que lo conforma: diligencias preliminares e investigación preparatoria formalizada) y la etapa intermedia, con la finalidad, de proteger los **derechos (y, garantías)** que **ostentan los sujetos procesales** comprendidos en el proceso, reconocidos en la **Constitución y las leyes**, a efectos de garantizar el **debido proceso**.

Las competencias que asume dentro del proceso penal, le confieren el estatus de **juez de garantías** (Sánchez Velarde, 2009, p. 52), por tal motivo, nos permite la comparación con el rol que cumple el **juez constitucional**, conforme a unos de los fines que ostentan los procesos constitucionales (art. II del TP NCPconst), siendo este, el garantizar la **vigencia efectiva** de los derechos fundamentales reconocidos en la Const. y los Tratados internacionales relativos a derechos humanos que ostentan los ciudadanos.

En síntesis, no es descabellado la equivalencia –a la cual se adscribe el autor– que se realiza en la literatura nacional del **juez de investigación preparatoria** y el **juez constitucional**, en suma ambos, como **juez de garantías**, puesto que, en ambos casos, el órgano jurisdiccional tiene como fin principal, la **vigencia (observancia, respecto y, en su defecto, restablecimiento)** de los **derechos y garantías** que ostentan los ciudadanos comprendidos en un proceso, por tal motivo, se encuentra expedita la posibilidad para que en arreglo a esta función primordial, pueda **controlar las actuaciones fiscales**, por tal motivo, en líneas siguientes, se pretende demostrar, como en la casuística nacional se ha efectuado esta **función contralora** del **JIP** respecto a la **actuación fiscal** –en la emisión de **actos procesales**: emitiendo disposiciones o formulando requerimientos fiscales– y, en qué casos se materializa una **afectación** a los derechos que ostenta el investigado que seas pasibles de protección mediante la incidencia de tutela.

4.3.2.3.2. Derecho de defensa en la vertiente de acceso a los actuados de la carpeta fiscal ante la disposición que declara secreta integralmente las diligencias preliminares

Sobre el particular, ya previamente se ha descrito que comprendido en los actos procesales que emite el despacho fiscal, se encuentran las **disposiciones** y, dentro de estas, está comprendida la **disposición que declara el secreto de los actos de investigación o documentos**, conforme al artículo 324.2 del CPP, no obstante, en la praxis se advierte que los despachos fiscales, en base a una interpretación lesiva para los derechos de los investigados y empleando como justificación legal el artículo 68.3 del cuerpo normativo antes mencionado, **disponen el secreto integral de la investigación preliminar**, por tal motivo, es que analizaremos la **viabilidad** de promover el **incidente de tutela ante la materialización del citado supuesto**.

a) Desarrollo del caso real empleado para analizar el secreto integral de la investigación preliminar:

Con fecha **16.11.2021** mediante el Oficio N.º **01162-2021-MP-FN.FSNCEDCF** la Fiscalía Superior Coordinadora de las FEDCF, pone a conocimiento del despacho fiscal de la **Segunda Fiscalía Provincial Corporativa Especializada en Delitos de Corrupción de Funcionarios, cuarto despacho, del Distrito Fiscal de Lima**, la noticia del portal: Lima gris titulada, *Nuevos chats revelan que Bruno Pacheco presionaba al Superintendente de la SUNAT*.

Ante dicho escenario, el citado despacho fiscal a cargo de la señora fiscal Karen Vanessa Oliva Chávez el **17.11.2021** emite la **Disposición N.º 01**, la misma que presenta la siguiente **parte dispositiva**:

*“**PRIMERO**.- Iniciar Diligencias Preliminares, la misma que se llevará a cabo en sede policial - DIRCOCOR, por el plazo de 60 días, contra Arnulfo Bruno Pacheco Castillo y los que resulten responsables, por la presunta comisión del delito contra la administración pública en la modalidad de tráfico de influencias, en agravio del Estado Peruano, representado por el Procurador Público Especializado en delitos de corrupción. **SEGUNDO**,- Declarar el secreto de la investigación seguida Arnulfo Bruno Pacheco Castillo y los que resulten responsables, **por el plazo de veinte días (20)**”.*

Sobre el particular, resulta pertinente desarrollar los fundamentos en los cuales sustenta el despacho fiscal la parte dispositiva de la disposición antes citada, en tal sentido, lo relativo al secreto de la investigación, se encuentra expresado en el numeral VII titulado: Reserva y secreto de la investigación.

Ilustración 2: Considerandos de la Disposición N.º 01 del 11.07.2021

<p>Base constitucional de las competencias del fiscal</p>	<p>7.1. Conforme al artículo 159º de la Constitución Política del Estado, que regula las atribuciones del Ministerio Público, en su inciso 4, concede al Ministerio Público la facultad de "Conducir desde el inicio la investigación del delito. Con tal propósito, la Policía Nacional está obligada a cumplir los mandatos del Ministerio Público en el ámbito de su función".</p>
<p>Base legal del secreto de acto o actos de la investigación</p>	<p>7.2. Por su parte el artículo 324.1 del Código Procesal Penal, respecto de la investigación, establece que "La investigación tiene carácter reservado y sólo podrán enterarse de su contenido las partes de manera directa o a través de sus abogados debidamente acreditados en autos. En cualquier momento pueden obtener copia simple de las actuaciones".</p> <p>7.3. Pese a lo señalado, en el párrafo precedente, se tiene que el derecho de las partes, no es absoluto, ya que también la norma procesal, faculta al Ministerio Público, cuando de ello dependa el éxito de la investigación, a declarar secreta una actuación o documento, así lo prescribe el artículo 324.2 del citado cuerpo normativo al señalar que "El Fiscal puede ordenar que alguna actuación o documento se mantenga en secreto por un tiempo no mayor de veinte días, prorrogables por el Juez de la Investigación Preparatoria por un plazo no mayor de veinte días, cuando su</p>
<p>Base constitucional de los deberes del Estado</p>	<p>7.4. El artículo 44 de la Constitución Política del Estado consagra que son deberes primordiales del Estado, tanto garantizar la plena vigencia de los derechos humanos, como proteger a la población de las amenazas contra su seguridad. Resulta evidente que la comisión de delitos en general constituye una amenaza contra la seguridad de la población, por lo que su persecución e investigación constituye un fin constitucional valioso que debe ser cautelado. Como es de verse, lo que existe en nuestro ordenamiento jurídico es un mandato constitucional de búsqueda de equilibrio entre la protección de los derechos fundamentales y la eficacia de la persecución penal.</p>
<p>Se decanta por el secreto integral de la investigación sin especificar razones concretas y, se remite a la parte fáctica del caso. Asimismo, no señala como el investigado frustraría los actos de investigación.</p>	<p>7.5. En este orden de ideas y en una interpretación sistemática de las normas precedentemente invocadas, es de recibo que los actos iniciales de investigación que versan sobre el descubrimiento del delito puedan mantenerse en secreto, en tanto y en cuanto ello se justifique, por tanto se justifica que de manera excepcional o por un tiempo corto se impida a las partes del proceso a tener conocimiento de alguna actuación o documento que en circunstancias normales, debería tener conocimiento, por ello la norma señala como plazo máximo de dicha limitación, facultada al Ministerio Público, un plazo de 20 días, prorrogables por 20 días, esta vez, dispuesta por el Juez de la Investigación Preparatoria.</p> <p>7.6. En el caso que nos ocupa, por la naturaleza del hecho puesto en conocimiento de esta Fiscalía, conforme se desprende del considerando III de la presente Disposición, es necesario mantener la investigación en carácter de secreto por el plazo de ley, esto es veinte días, en tanto el ponerla en conocimiento de investigado significaría la posibilidad de frustrar la eficacia de los actos de investigación que se puedan establecer.</p> <p>7.7. Asimismo, es necesario puntualizar que, si bien es cierto el artículo 324.2 del Código Procesal Penal estipula que la Disposición del Fiscal que declara el secreto se notificará a las partes, no es menos cierto que en este caso concreto la notificación inmediata de esta Disposición menaría la eficacia de la investigación, por lo que, nada obsta que la notificación a las partes sea diferida hasta la consecución de los objetivos perseguidos por la estrategia diseñada por esta Fiscalía.</p>

Fuente: Disposición Fiscal N.º 01 (11.07.2021) emitida por la Segunda Fiscalía Provincial Corporativa Especializada en Delitos de Corrupción de Funcionarios, cuarto despacho, del Distrito Fiscal de Lima
Elaboración propia (2022)

En resumen, en el caso descrito, el despacho fiscal se decanta por un **secreto integral** de la **investigación preliminar** instaurada en contra del Sr. Pacheco Castillo; en base a **dos fundamentos concretos**:

- La naturaleza de los hechos: a juicio del despacho fiscal, un presunto delito contra la administración pública en la modalidad de tráfico de influencias.
- Una presunta posibilidad de frustración de actos de investigación por parte del investigado.

b) Sobre los derechos vulnerados advertidos en la disposición que declara secreto la investigación preliminar

De acuerdo al sentido argumentativo esbozado por la señora fiscal encargada del caso, podemos advertir que el despacho fiscal incurre en la **violación** de los siguientes derechos que ostenta el Sr. Pacheco Castillo:

- **Violación al derecho al debido proceso** en su manifestación de legalidad procesal –por una errónea interpretación del art. 324.2. del CPP y el carácter restringido de las normas procesales desfavorables para el investigado (art. VII del TP del CPP)– y debida motivación por inexistente y no cualificada.
- **Violación al derecho de defensa** al quedar imposibilitado de acceder a la carpeta fiscal y la disposición de apertura de diligencias preliminares.

c) Argumentos que permiten acreditar los agravios deducidos en la disposición que declara el secreto de la investigación preliminar:

c.1.) Con relación al derecho al debido proceso en su manifestación de legalidad procesal.

Para empezar, sobre la base de una **interpretación literal** del **artículo 324** del Código Adjetivo acreditaremos que se encuentra

proscrita la posibilidad de **declarar el secreto de la investigación preliminar** de manera **integral**.

El estatuto procesal en su artículo 324 sumillado: **Reserva y secreto de la investigación**, establece expresamente lo siguiente:

“2. El Fiscal puede ordenar que alguna actuación o documento se mantenga en secreto por un tiempo no mayor de veinte días, prorrogables por el Juez de la Investigación Preparatoria por un plazo no mayor de veinte días, cuando su conocimiento pueda dificultar el éxito de la investigación. La Disposición del Fiscal que declara el secreto se notificará a las partes”.

De acuerdo con la fórmula empleada por el legislador peruano, tenemos que textualmente el estatuto procesal **se decanta por circunscribir el ámbito de aplicación de la institución procesal secreto de la investigación** a lo siguiente:

- Actuación: entendida como diligencia programada o por programarse.

- Documento: actas, declaraciones u otros afines.

En ambos casos, **guardan como sustento principal: que el conocimiento (del investigado) pueda dificultar el éxito de la investigación.**

Conforme a lo antes evidenciado, el despacho fiscal **incurre en una errónea interpretación literal del artículo en mención, al desbordar el ámbito de aplicación de la institución procesal** bajo comentario, al **declarar secreta la investigación preliminar de manera integral**, violando así, el derecho al debido proceso en su manifestación de legalidad procesal que le asiste al investigado. Por otro lado, resulta pertinente recordar que en el **artículo 68.3** del estatuto procesal sumillado: **Atribuciones de la Policía Nacional del Perú**, encontramos una **norma de carácter general**,

que hace referencia a la institución procesal analizada, presentando la siguiente redacción:

*“3. El imputado y su defensor podrán tomar conocimiento de las diligencias practicadas por la Policía y **tendrán acceso a las investigaciones realizadas. Rige, en lo pertinente, lo dispuesto en el artículo 324 del presente Código. El Fiscal decretará, de ser el caso, el secreto de las investigaciones por un plazo prudencial que necesariamente cesará antes de la culminación de las mismas**”.*

En base al artículo antes compartido, tenemos que la norma general contenida en el artículo antes citado presenta algunos aspectos a considerar:

- presenta una **cláusula de remisión** al artículo 324 del CPP;
- **reconoce la facultad del fiscal de decretar** el secreto de la investigación y,
- **se limita a reconocer** que el **derecho de defensa en su manifestación de acceso al expediente fiscal** encuentra limitaciones, en tanto en cuanto **se encuentren investidos las actuaciones o documentos del secreto de la investigación.**

A consecuencia de ello, podemos concluir inequívocamente que el artículo 68 del CPP constituye una **norma de carácter general**, que debe **interpretarse en clave con lo dispuesto por el artículo 324 del cuerpo normativo citado**, por tanto, **no puede contravenirlo ni ampliar el ámbito de aplicación de la citada institución procesal.**

De igual manera, vale desarrollar la **interpretación restringida** que **exige la norma adjetiva como directriz para las normas procesales** que esta regula, al coartar (limitar o recortar) el ejercicio de los derechos de los investigados, para mayor

abundamiento, compartimos expresamente lo expresado en el estatuto procesal:

*“VII. Vigencia e interpretación de la ley procesal:
3. La Ley que coacte la libertad o el ejercicio de los derechos procesales de las personas, así como la que limite un poder conferido a las partes o establezca sanciones procesales, será interpretada restrictivamente”.*

Contario sensu, el artículo antes citado, **reconoce expresamente** una **interpretación amplia** o **extensiva**, en caso **favorezca al procesado** de forma expresa:

“La interpretación extensiva y la analogía quedan prohibidas mientras no favorezcan la libertad del imputado o el ejercicio de sus derechos”.

En consecuencia, **las normas procesales** demandan de **forma imperativa** una **interpretación favorable** en tanto en cuanto favorezcan al sujeto pasivo del proceso, sin embargo, **en el presente caso no se observan ni cumplen con lo dispuesto por el estatuto procesal,**

Adicionalmente, tenemos la normativa **vinculada directa o indirectamente** a la defensa de los **derechos–garantías procesales** que ostenta el Sr. Pacheco Castillo en el proceso instaurado en su contra:

- Derecho a la **igualdad procesal** en su vertiente de **igualdad de armas** (artículo I del TP del CPP).
- El principio de objetividad por el cual debe conducirse el representante del Ministerio Público (artículos IV.2 del TP y 61 del CPP).

- Derecho **irrestricto** de defensa que le asiste a todo procesado, extendiéndose así a todas las etapas del proceso (artículo IX del TP del CPP).
- **Prevalencia de las normas contenidas** en el **Título Preliminar del estatuto procesal** (artículo X del TP del CPP).

Sobre el particular, resulta necesario **resaltar** que las normas contenidas en el Título Preliminar del CPP, **prevalecen** y **son pautas de interpretación** para todo el cuerpo normativo procesal y, para el caso en concreto, **de forma particular** el **principio de objetividad** que delimita el accionar del despacho fiscal, el **principio de igualdad de armas**, el **derecho de defensa** que le asiste a todo procesado y, además, la **interpretación restringida** que se debe realizar cuando sea desfavorable al procesado.

Por los argumentos antes esgrimidos, de una **interpretación sistemática** del estatuto procesal, **podemos afirmar** que el despacho fiscal **no observa las pautas de interpretación recogidas** en el **Título Preliminar del CPP**, vulnerando así el **derecho al debido proceso** en su **manifestación de legalidad procesal** (igualdad de armas y derecho de defensa) que le asiste a todo investigado y, conjuntamente, el **principio de objetividad** que delimita el accionar del representante del Ministerio Público al **decretar integralmente** el secreto de la investigación preliminar.

Definitivamente, ha quedado acreditado que **desde** una **interpretación literal** (del artículo 324 del CPP) y **sistemática** del estatuto procesal, el despacho fiscal **incurre en una errónea interpretación**, al **desbordar el ámbito de aplicación** de la **institución procesal** bajo comentario, al **declarar secreta la investigación preliminar de manera integral**, violando así, el

derecho al debido proceso en su **manifestación de legalidad procesal** que le asiste al Sr. Pacheco Castillo.

c.2.) Debido proceso en su manifestación de debida motivación al presentarse inexistencia y no motivación cualificada.

En primer orden, el **derecho a la debida motivación** se encuentra regulado textualmente en el artículo 139 inciso 5 de la Constitución Política del Perú.

A su turno, con relación al derecho citado, es pertinente recordar lo establecido por el **TC** en la **STC N.º 3943–2006-PA**, del **11.12.2006**, en donde se ha establecido el contenido del **derecho constitucional a la debida motivación** de las resoluciones judiciales (**de aplicación extensiva al contenido de las disposiciones fiscales**).

*“d) La **motivación insuficiente**, referida básicamente al **mínimo de motivación exigible** atendiendo a las **razones de hecho o de derecho** indispensables para asumir que la decisión está debidamente motivada. Si bien, como ha establecido este Tribunal, no se trata de dar respuestas a cada una de las pretensiones planteadas [STC Exp. N.º 1291-2000-AA], **la insuficiencia**, vista aquí en términos generales, sólo resultará relevante desde una perspectiva **constitucional si es que la ausencia de argumentos o la "insuficiencia" de fundamentos resulta manifiesta** a la luz de lo que en sustancia se está decidiendo”. (Fundamento jurídico 4).*

Adicionalmente, debe tenerse en consideración la **vinculación** establecida por el **TC** entre el **derecho constitucional a la debida motivación** de las resoluciones judiciales (y **disposiciones fiscales**) y el **derecho de defensa de los justiciables**; es señalada con meridiana claridad, en la **STC N.º 8125–2005-PHC**, del **14NOV2005**, en el **fundamento jurídico 11**.

Por añadidura, compartimos la sentencia de fecha **13OCT2013** en el **Exp. N.º 00728-2008-PHC** [*Caso Giuliana Llamuja Hilares*], el

TC señaló que el **contenido constitucional garantizado** del **derecho a la debida motivación** de las resoluciones judiciales aplicable *mutatis mutandi* a los **actos procesales formulados por el despacho fiscal** [disposiciones y requerimientos] queda **violentado** entre los siguientes supuestos:

“a) Inexistencia de motivación o motivación aparente.

Está fuera de toda duda que se viola el derecho a una decisión debidamente motivada cuando la motivación es inexistente o cuando la misma es solo aparente, en el sentido de que no da cuenta de las razones mínimas que sustentan la decisión o de que no responde a las alegaciones de las partes del proceso, o porque solo intenta dar un cumplimiento formal al mandato, amparándose en frases sin ningún sustento fáctico o jurídico.

(...)

f) Motivaciones cualificadas. - *Conforme lo ha destacado este Tribunal, resulta indispensable una especial justificación para el caso de decisiones de rechazo de la demanda, o cuando, como producto de la decisión jurisdiccional, se afectan derechos fundamentales como el de la libertad. En estos casos, la motivación de sentencia opera como un doble mandato, referido tanto al propio derecho a la justificación de la decisión como también al derecho que está siendo objeto de restricción por parte del Juez o Tribunal”.*

Por tanto, a continuación, demostraremos como en la **Disposición N.º 01** emitida el **17.11.2021** en el extremo que **declara secreta la investigación de manera integral** se incurre en la **violación al derecho al debido proceso** en su **manifestación indebida motivación** por tipo: *inexistente y no cualificada*.

En segundo orden, **referencia al vicio de inexistencia de motivación**, conforme se ha expresado en párrafos *supra*, los **fundamentos que utiliza el despacho fiscal** se pueden dividir en **dos tópicos**; el primer tópico: referido a la base constitucional de las competencias del despacho fiscal, la base legal que regula el secreto de las investigaciones y, los derechos que ostenta todo investigado y, el segundo tópico desarrolla de forma sucinta (dos

párrafos) las razones por cuales declara secreta la investigación de forma integral.

Al respecto, tenemos que en el caso concreto el despacho fiscal se decanta por un **SECRETO INTEGRAL** de la **INVESTIGACIÓN PRELIMINAR** instaurada en contra del investigado, el Sr. Pacheco Castillo; en base a dos fundamentos concretos:

- La naturaleza de los hechos: a juicio del despacho fiscal, un presunto delito contra la administración pública en la modalidad de tráfico de influencias.
- Una presunta posibilidad de frustración de actos de investigación por parte de mi patrocinado.

En consecuencia, podemos arribar a las siguientes conclusiones:

- **NO MOTIVA** por que los hechos materia de investigación **revisten la necesaria declaración** de secreta las **actuaciones o documentos** materia del proceso.
- **NO MOTIVA** por que el conocimiento del investigado, **puede frustrar los actos de investigación o el éxito que puede devenir de estos** (requisito legal conforme al artículo 324 del CPP).
- **NO MOTIVA** por que puede **proceder la declaración de secreto de la investigación preliminar de forma integral.**

Definitivamente, se ha demostrado que estamos ante una **evidente violación al derecho al debido proceso** en su **manifestación a la debida motivación** en su **tipo de inexistente al no desarrollar los tópicos antes citados relevantes** que **fundamenten de manera legítima la medida adoptada** por el despacho fiscal es desmedro de los derechos del Sr. Pacheco Castillo.

En tercer orden, **con relación al vicio de no cualificada motivación**, y, en correlato con lo antes expresado, debemos tener en cuenta lo expresado por el **TC** en el **Exp. N.º 01479-2018-PA**, al señalar expresamente que **los actos procesales deben conducirse con observancia** y respeto de los **derechos fundamentales** y, además, que **pueden** estar sujetos a control constitucional:

“El artículo 159 de la Constitución prescribe que corresponde al Ministerio Público conducir desde su inicio la investigación del delito, así como ejercitar la acción penal de oficio o a petición de parte. Este mandato constitucional, como es evidente, ha de ser cumplido con la debida diligencia y responsabilidad, a fin de que las conductas ilícitas no queden impunes, y se satisfaga y concretese el principio del interés general en la investigación y persecución del delito. A partir de ello, este Tribunal advierte que el proceso de amparo es la vía idónea para analizar si las actuaciones o decisiones fiscales observan o no los derechos fundamentales, o si, en su caso, superan o no el nivel de proporcionalidad y razonabilidad que toda decisión debe suponer”.

Sobre el particular, en el caso en concreto, podemos aseverar que el despacho fiscal al emitir **la disposición que declara secreta la investigación** solo se ha limitado a citar la normativa vinculada a las facultades que ostenta, que regula la institución procesal materializada y, los derechos que reconoce al investigado; empero, **no desarrolla como se subsume en el caso en concreto y como se encuentra legitimado de emplear en su investigación dicha institución procesal.**

Además, no ha expresado las **razones objetivas mínimas** para **sustentar de qué forma en el presente caso**, la investigación y su éxito se vería afectada, si el Sr. Pacheco Castillo **conociera determinadas actuaciones o documentos**; asimismo, al **involucrar el derecho de defensa**; en este caso debió realizar una **motivación cualificada**, esto es, **por encima de lo que normalmente se exige, debido a que se ha declarado el**

secreto de toda la investigación, lo que afecta gravemente a ejercitar de forma eficaz el derecho a la defensa.

Ergo, se puede advertir que en la **disposición analizada se incumple con el respeto y observancia de los derechos fundamentales que le asisten al investigado**, al incumplir con una **debida motivación de tipo cualificada** que se exige al emitir **actos procesales que involucren la afectación de derechos que le asiste a todo procesado.**

c.3.) Con relación al derecho irrestricto de defensa:

Sobre el citado derecho, partiendo **desde la ilegalidad de declarar secreta integralmente la presente investigación preliminar**, podemos aseverar que existe una **vulneración al derecho a la defensa**, la misma que ostenta un reconocimiento supralegal, concretamente, en el artículo 139, inciso 14 de la Const., en virtud del cual se garantiza que los justiciables, en **la protección de sus derechos y obligaciones**, cualquiera que sea su naturaleza (civil, mercantil, penal, laboral, etc.) y, de esa manera, **no queden en estado de indefensión.**

Ante la **imposibilidad de acceder al contenido del expediente fiscal, fundamenta la vulneración del derecho de defensa**, pues, **se le recorta dicho derecho**, y, en tal sentido, **no se permite una defensa eficaz en la presente investigación preliminar** instaurada en contra del Sr. Pacheco Castillo.

Es pertinente recordar, la **Casación 281-2011, Moquegua** emitida por la **SPP** en fecha **16AGO2012**, la misma que en su **fundamento 3.1** con relación al derecho de defensa manifiesta:

Respecto al derecho de defensa material y técnica:
“3.1. (...) en ambos casos, se garantiza el derecho de no

ser postrado a un estado de indefensión, en cualquier etapa del proceso, inclusive, en la etapa preliminar”.

Y, líneas adelante agrega: “(...) *A partir del entendimiento genérico de la “defensa” como la acción de ampararse o protegerse, debemos precisar que la mencionada en la norma se refiere a la que resulta de un ataque, sindicación o imputación en cualquier actuación o trámite de carácter judicial o administrativo, vale decir, en los procesos que se siguen ante los jueces, o en los procedimientos que se adelantan ante las autoridades administrativas de cualquier orden, y que consiste en la posibilidad de analizar, desentrañar, controvertir y refutar técnica, jurídica y probatoriamente las acusaciones recibidas en estos materias, derecho que, como puede verse, conlleva implícitamente los derechos a la libertad, a la seguridad y, obviamente, el de petición. (...)*”.

Para finalizar, es pertinente recordar lo dispuesto en el **artículo 84 apartado 7 del CPP** sumillado: ***Derechos y deberes del abogado defensor***, el mismo que ostenta la siguiente regulación:

“El abogado defensor goza de todos los derechos que la ley le confiere para el ejercicio de su profesión, especialmente de los siguientes: (...) 7. Tener acceso a los expedientes fiscal y judicial para informarse del proceso, sin más limitación que la prevista en la ley, así como a obtener copia simple de las actuaciones en cualquier estado o grado del procedimiento”.

A modo de resumen, es evidente que estamos ante una **vulneración al derecho de defensa** en la **manifestación de acceso al expediente fiscal** que le asiste a todo investigado, ante la **imposibilidad de conocer los actuados de la investigación instaurada en su contra** y, de esa manera, **poder ejercitar su derecho de defensa de manera eficaz** mediante su defensa técnica.

d) Precedente y confrontación jurisprudencial sobre la viabilidad del secreto de la investigación preliminar de manera integral.

Sobre el tópico materia de análisis, a nivel jurisprudencial hemos recabado **precedentes judiciales** en los cuales, los investigados **han**

promovido la incidencia de tutela por haberse dispuesto el **secreto integral** de la **investigación preliminar**.

Es así, que vamos a examinar **dos precedentes judiciales**, por un lado, una Ejecutoria Superior y, por otro, una Ejecutoria Suprema, que destacan, pues, **ambas resoluciones se alinean a posturas distintas** –la primera, **admite la posibilidad del secreto de la investigación preliminar de forma total** y la segunda, **censura la tesis antes descrita**–, sin embargo, no cabe duda que debe **primar** la posición adoptada por la **Suprema Corte peruana**, no obstante, **desde esta instancia**, advertimos la **omisión** de la sentencia de casación de declarar **doctrina jurisprudencial vinculante**, los fundamentos que se pronuncian **sobre esa posición** y que hubieran **establecido un criterio** a seguir **obligatoriamente** por los operadores jurídicos.

Dado la aseveración expuesta de manera inicial, compartiremos un cuadro comparativo, con el objeto de describir las **ejecutorias antes mencionadas**, las mismas que, posteriormente serán analizadas:

Tabla 32: *Cuadro comparativo de jurisprudencia contradictoria sobre la institución secreto de la investigación*

CRITERIOS	EJECUTORIA SUPERIOR	EJECUTORIA SUPREMA
Órgano judicial emitente	SPNDAEDCF (Colegiado A)	SPP
Tipo de resolución	Auto de vista – Resolución N.º 02, Exp. N.º 0047-2018- 3	Casación N.º 373- 2018, Nacional
Fecha de emisión	28.01.2019	13.02.2019

Posición que adopta respecto al secreto de la inv. Preliminar de manera integral	La admite y desarrolla supuestos de procedencia	La censura y exige una debida motivación
Fundamentos destacados	Sexto (del ítem. fundamentos del colegiado superior)	Tercero

Fuente: Jurisprudencia dictada por los órganos judiciales del Perú disponible en sus respectivas páginas web

Elaboración propia (2022)

d.1.) Caso José Carlos Isla Montaña

- **Primera Instancia:** Auto de primera instancia, Resolución N.º 02 emitida el 15.12.2018 por el 3 JIPEDCF

En primer lugar, la defensa técnica del Sr. Isla Montaña presenta su solicitud de tutela al considerar que se están violentando su **derecho de defensa en plurales manifestaciones:**

- Primera, en la manifestación de **tiempo y medio necesario** para realizar **actos de defensa técnica** (que se cumpla con notificar con la **disposición que incorpora al investigado al proceso penal signado con numeración 43-2018** no realizado, pues, se ha declarado el **secreto de la investigación preliminar de manera total**).
- Segunda, **acceso al expediente fiscal**, con la finalidad que se **cumpla con notificar (entregar o acceder) los elementos de convicción que fundamentaron su incorporación** al proceso penal y **requerimientos de medidas de coerción**, que fueron **declarados fundado** por el despacho judicial.

De igual manera, estima que se está **lesionando** su **derecho al debido proceso** en su vertiente de **derecho a la prueba**, al no **actuar** los **actos de investigación** que la defensa técnica ha postulado en sus escritos presentados el 13.12.2018.

En el presente literal, solo nos **pronunciaremos** respecto a la **lesión del derecho de defensa** en su manifestación de **tiempo y medio necesario** para realizar **actos de defensa técnica** (que se cumpla con notificar con la **disposición que incorpora al investigado al proceso penal**, no realizado, pues, se ha declarado el **secreto de la investigación preliminar de manera total**, sin perjuicio de ello, informamos al lector numerales *infra*, será desarrollado los otros **agravios** deducidos por la parte accionante, al desarrollar el **derecho de defensa** en su vertiente de **deber de notificación del despacho fiscal** de sus actos procesales emitidos y/o acopiar elementos de convicción que fundamentan sus requerimientos fiscales.

En segundo lugar, sobre la **manifestación antes descrita**, la defensa técnica fundamenta que el RMP ha **ordenado** el **secreto de la investigación preliminar de manera integral** a través de la **Providencia N.º 01** –error, pues, **debió ser dispuesto a través de una disposición fiscal y no una providencia**, por la diferencias conceptuales y ámbito de función de dichos actos procesales– el **07.12.2018**, por tal motivo, queda imposibilitado de **acceder** a los **actuados del expediente fiscal** y, más concretamente a la **disposición** que lo **incorpora** como **investigado** del **proceso penal** instaurado.

Al respecto, el fiscal de la causa, refuta lo expresado por la parte recurrente en los siguientes términos:

Primero, exige que se declare **improcedente** la solicitud de tutela, al considerar que la **acción de tutela** es un instrumento procesal de **carácter residual** y, por ende, no pasible para la **defensa** de los **derechos antes mencionados** y, segundo, que siendo la **medida**

correctiva peticionada la nulidad de la Providencia N.º 01 y habiendo sido resuelta **previamente un pedido similar en la incidencia de nulidad**, no tendría sentido que el despacho judicial se pronuncie ante el pedido de tutela. De igual manera, acota que, en atención a la **orden del secreto de la investigación preliminar de manera integral** por un plazo de **veinte días**, vale mencionar, que el fundamento para dicho proceder encuentra sustento en existen declaraciones, contenido de declaraciones actuadas y por actuarse que podrían implicar a otras personas que todavía no están comprendidas en la investigación.

De acuerdo a lo descrito previamente, podemos **emitir la primera aseveración, el fiscal del caso se alinea a una tesis restringida** del universo de derechos pasibles de amparo a través de la **acción de tutela**, en el caso en concreto, el **derecho de defensa** en su **manifestación de acceso al expediente fiscal**, por ende, **ataca la procedencia de la solicitud planteada** por la defensa técnica, en consecuencia, a diferencia de la parte accionante, se puede asumir que profesa una **concepción amplia**.

En tercer lugar, **respecto al análisis de formal del derecho** materia de cuestionamiento, tenemos que el **juzgado de primera instancia no realiza** un desarrollo argumentativo sobre la procedencia **del derecho reclamado** por la defensa técnica del Sr. Isla Montaña y **directamente** acude a **evaluar** el pedido de manera **sustantiva (fondo de la causa)**, sin embargo, en su **fundamento tercero, segundo párrafo**, podemos **inferir** que se **alinea a una tesis amplia** de derechos pasibles de defensa mediante la acción de tutela, la misma que tiene como respaldo legal, lo descrito por el legislador peruano en el numeral 4 del artículo 71 del CPP, en ese sentido, **esta adhesión** a la citada tesis se manifiesta de manera **tácita**, siendo esta la **segunda aseveración** que brindamos sobre la resolución objeto de análisis.

Por añadidura, recuérdese que el despacho fiscal postulo una **improcedencia de los derechos reclamados** por la parte recurrente y,

a nuestro juicio, la judicatura se alinea a una **teoría amplia** de derechos pasibles de amparo por medio de la solicitud de tutela, a manera de complemento de la afirmación antes compartida, tenemos que mencionar lo descrito en la **parte resolutive** de la resolución analizada: ***“Primero.- declarar infundado el pedido de improcedencia solicitado por el Ministerio Público, es decir, por la Fiscalía Provincial Especializada contra el Crimen Organizado del Callao”***, por ende, queda **acreditada la posición** a la cual se **alinea** el despacho judicial.

En cuarto lugar, con referencia al **examen de fondo** de la causa realizada por el juzgador, tenemos que **declaró fundada** la solicitud de la defensa técnica, teniendo como fundamento lo siguientes argumentos:

- De manera resumida, tiene en consideración que los **fundamentos** para **decretar** el secreto de la investigación preliminar integral guardan relación con la necesidad que los investigados no tomen conocimiento de las **declaraciones de testigos o coimputados y no están vinculados** con los documentos que pretende acceder la defensa técnica, por tanto, no es de recibo las explicaciones brindadas por el RMP.
- Aunado a ello, el **conocimiento** de las imputaciones formuladas en su contra a través de las resoluciones judiciales y disposiciones fiscales entregadas (**no la de disposición que lo comprende a la investigación**) recorta el ejercicio del derecho de defensa, además, impediría un **control sustancial** y limitándolo únicamente de manera **formal**.

Sobre el particular, brindamos nuestra **tercera aseveración** del caso, **estamos de acuerdo parcialmente** con el juez de garantías, pues, si bien es cierto coincidimos con sus argumentos esbozados que **acreditan** la lesión al derecho señalado por el Sr. Isla Montaña, olvida que las **disposiciones** presentan como **requisito** indispensable la **debita motivación** (de conformidad con el art. 122.5 del CPP), por tanto, cabe la posibilidad que dentro de su desarrollo argumentativo se

presenten **elementos de convicción** vinculados al **fundamento** por el cual se decretó el **secreto de la investigación preliminar**, por consiguiente, en ese extremo **discrepamos** con el órgano judicial, pues, debió realizarse la **precisión** que si la **disposición** que lo **comprende a la investigación** contenían **declaraciones de testigos o coimputados o diligencias por actuarse, sean suprimidas**, formula que si consideramos idónea para el éxito de la investigación.

Adicionalmente, debemos acotar que, al **analizar y emitir directamente** un **pronunciamiento de orden fondal** y **no examinar** la procedencia del derecho presuntamente lesionado, **de manera implícita**, queda acreditado la **tesis** a la cual se alinea el despacho judicial, esto es, uno de tipo **amplio**.

En quinto lugar, estando a las consideraciones antes descritas, el **JIP** declarada **fundada** la solicitud de tutela planteada por el abogado patrocinante y, en ese orden de ideas, **impone** como **medida de corrección** que de **manera inmediata** el representante del Ministerio Público: “(...) *notifique a la defensa técnica del investigado la **disposición** a través de la cual se le **comprende como investigado** (...)*”, no obstante, reiteramos nuestra **disconformidad** de esta **medida correctiva** en el extremo de la **omisión descrita** en el párrafo *supra*.

En sexto lugar, con relación a lo **resuelto** por el despacho judicial, la defensa técnica **obtuvo** integralmente el **resarcimiento** exigido en su solicitud de tutela, por lo cual resulta **innecesario** que presente recurso impugnatorio de apelación y, así sucedió, por el contrario, el RMP –consideramos– sobre los argumentos descritos previamente, más concretamente, **en el extremo** que **diferimos** con el **sentido argumentativo** y **medida correctiva impuesta**, resulta **viable** que **impugne** la resolución comentada, siendo ese el proceder realizado por el despacho fiscal, lo que origino que el Superior Jerárquico revise la resolución de primera instancia, siendo esta desarrollada a continuación.

Para finalizar el **análisis** del **auto de primera instancia**, podemos afirmar que el 3 JNIPEDCF a cargo del juez Manuel Antonio Chuyo Zavaleta **se adhiere** a la **concepción amplia** del universo de derechos que pueden ser reclamados mediante la vía de tutela –teniendo como fundamento lo dispuesto en el numeral 4 del artículo 71 del CPP–, al **evaluar y pronunciarse** directamente **sobre el derecho** que señaló la accionante como lesionado (y, **no su procedencia**), por tal motivo, **reconoce** la **posibilidad** que el **derecho de defensa** en su **vertiente acceso a la carpeta fiscal** (más concretamente, de la **disposición que lo comprende investigado** en el proceso penal en curso).

- **Segunda instancia:** Auto de vista, Resolución N.º 02 dictada el 28.01.2019 por la SPNDAEDCF (Colegiado A)

Conforme se había mencionado en el párrafo anterior, en el caso en concreto, **únicamente presenta su recurso impugnatorio de apelación** dentro del plazo legal dispuesto el **RMP**, en ese sentido, toma conocimiento del caso la Sala Penal, sobre la base de los siguientes **agravios deducidos**:

- Primer agravio, refiere que no cabría un pronunciamiento de fondo, pues, como **medida correctiva** solicitada (**nulidad de la providencia N.º 01** del 07.12.2018 mediante la cual se dispone el secreto integral de la investigación preliminar de manera completa), similar pedido fue resuelto en el **incidente** de nulidad *per se* promovido la defensa técnica del Sr. Isla Montaña.
- Segundo agravio, se vulnera la facultad que ostenta el RMP para decretar **total o parcialmente** la investigación preliminar, esto es, denegar la posibilidad de tomar conocimiento de actuaciones o documentos, en suma: el acceso al expediente fiscal.

- Tercer agravio, que no se presenta vulneración a los derechos de los investigados, pues, esta se fundamenta en la naturaleza de los hechos y que las declaraciones están vinculadas, poner a conocimiento de los coinvestigados podría frenar el éxito de la investigación, toda vez que estaban sometiéndose al procedimiento especial de colaboración eficaz.

Sobre los **agravios deducidos** por el despacho fiscal, logramos advertir que **no persiste** en exponer su alegato de **procedencia** de los **derechos** reclamados por el recurrente mediante la acción de tutela, sin embargo, más adelante podremos determinar cuál es la posición que adopta el colegiado superior respecto a ese tópico.

Por otro lado, la defensa técnica absuelve el recurso impugnatorio de apelación presentado por el fiscal del caso y expone lo siguiente ante los agravios deducidos:

- La afectación al derecho de defensa se materializa en todos sus extremos en la **Providencia N.º 01** (del 17.12.2018) mediante la declaratoria del secreto de la investigación preliminar compleja, asimismo, refiere que el **respeto al pedido de nulidad** el despacho fiscal **omite** informar que el motivo de la **medida correctiva de nulidad** del acto procesal antes mencionado es **cesar con la violación del derecho deducido**.
- Además, detalla que el Sr. Isla Montaña toma conocimiento de la investigación con su detención, y, adicionalmente, se tiene que, cuando se estaba por llevar a cabo su declaración solicita que se le notifique la disposición mediante el cual es comprendido en la investigación preliminar y los elementos de convicción empleados para su detención preliminar, no obstante, el despacho fiscal declara el secreto de la investigación preliminar de manera integral, **teniendo que asumir una** declaración indagatoria, formalización de investigación preparatoria y requerimiento de prisión preventiva **sin acceder a la carpeta fiscal**.

- Para finalizar, acota que el **secreto de la investigación preliminar** no es legítimo para **su totalidad**, al contrario, para determinado acto o actos de investigación y, además, que la **resolución** de primera instancia no fue acatada por el despacho fiscal, solo notificando la **formalización de investigación preparatoria**.

Ahora bien, adentrándonos al quid de la resolución, en las líneas siguientes destacaremos los **aspectos relevantes** que esta presenta respecto a los **tópicos** materia de análisis: **(i)** legitimidad del secreto de la investigación preliminar de manera integral, **(ii)** **procedencia** de los **derechos reclamados** vía incidente de tutela y, **(iii)** como plus, la posibilidad de **emitir pronunciamiento** a pesar de haber operado la **sustracción de la materia**.

En primer lugar, con referencia a la posición que adopta la **SPNDAEDCF (colegiado A)** sobre la **procedencia de declarar el secreto** de la **investigación preliminar** de manera **integral**, lo tenemos claramente descrito en el **fundamento sexto** (del numeral **VII. Fundamentos del colegiado superior**), que **reiterando un anterior pronunciamiento** –Auto de vista, Resolución N.º 02, Exp. N.º 25-2017-9 emitido el 16.02.2018– considera que el RMP puede **decretar el secreto** de manera **parcial o total** de la investigación en la subetapa de **diligencias preliminares**, empero, sujeto a los siguientes requisitos:

“(…) (i) rige el principio de exhaustividad, por tratarse de una facultad discrecional de los fiscales; (ii) sólo debe decretarse cuándo se investiguen delitos graves, y, exista necesidad de evitar que se perturbe el normal desarrollo y éxito de las investigaciones; y (iii) una vez que se haya concluido el secreto de las diligencia preliminares, debe comunicarse de inmediato a los investigados, haciéndoles conocer los cargos que se le formulan, permitirles el acceso a la carpeta fiscal y la obtención de copias, para que puedan ejercer el derecho de defensa”.

Censuramos firmemente la posición adoptada por el **Tribunal de Apelaciones** del **subsistema Anticorrupción**, no desarrollamos nuestros argumentos, pues, no pretendemos ser redundantes, empero, señalamos que se encuentran en el **literal c)** titulado: **Argumentos que permiten acreditar los agravios deducidos en la disposición que declara el secreto de la investigación preliminar** del presente numeral; sin perjuicio de ello, debemos poner a relieve lo que a nuestro entender constituye una **contradicción** incurrida por el despacho judicial superior antes citado, en el **fundamento octavo** del **auto de vista** materia de comentario, expone que **ante la citación** a declarar o **detención del investigado** (por alguna medida coercitiva –entendemos–) **no cabe la declaración integral del secreto de la investigación, solo de determinadas actuaciones o documentos**, ya que, sin duda sería ilegítimo en nuestro ordenamiento jurídico procesal penal, **creemos limitado** la posición adoptada.

En tal virtud, y ya **sobre el fondo** los **puntos controvertidos** en sede de apelación, de conformidad con los argumentos expresados, resulta coherente que en el caso del Sr. Isla Montaña, se decante el colegiado superior por **considerar** que se **materializa** la afectación a sus derechos, reiteramos **no por la declaratoria integral del secreto de la investigación preliminar**, pues, esta es legítima, si no por realizarlo **posterior a su detención y programación de declaración indagatoria**, por tal motivo, expone en su **parte resolutive** lo siguiente:

*“Confirmar la resolución del 15.12.2018 emitida por el juez el 3 JNIPEDCF que resolvió **declarar fundada la solicitud tutela derecho** presentado por la defensa técnica del investigado. 2. **Disponer remitir oficio** al Fiscal Superior Coordinador de la Fiscalía Especializada en Crimen Organizado adjuntando copia a la presente para los efectos precisados en el considerando 12 de la resolución”.*

Para finalizar, **respecto al numeral segundo** de la parte resolutive antes compartida, **destacamos parcialmente** el proceder del **Tribunal de Apelaciones** al **remitir oficio** al **Fiscal Superior Coordinador** del **Subsistema de Crimen Organizado**, para que este cumpla con

exhortar a la fiscal encargada del caso, que en lo **sucesivo** evite afectaciones al **derecho de defensa de los investigados**, puesto que, creemos más **oportuno** se haya agregado a **esta exhortación individualizada**, una **petición de orden genérica**, y, de esa forma, como **máxima autoridad del Subsistema de Crimen Organizado** en el **ámbito fiscal** persuada a todos sus **fiscales** (provinciales y superiores) **sigan parámetros definidos** sobre el **tópico acontecido** en el caso en concreto, lo que garantiza para los investigados **predictibilidad jurídica** y **renueva la confianza** en las **autoridades fiscales**.

En segundo orden, con relación a la **procedencia** de cuestionar el **secreto de la investigación preliminar de forma total** vía tutela, expone la **Sala Superior** en su **fundamento décimo tercero**, que lo argumentado por el despacho fiscal –consideramos **que no debió ser aceptado**, pues, **no fue desarrollado en su recurso impugnativo escrito, empero, sí en audiencia**–, sobre la **improcedencia** de **cuestionar el derecho reclamado vía tutela no es de recibo**, sin embargo, el **fundamento para adoptar dicha posición resulta paupérrimo**, al **constituir** la petición de **cesar con el agravio presentado** al despacho fiscal un **requisito de admisibilidad** y **no lo que ampara que todo derecho sea pasible de reclamación** a través de la acción de tutela, expresando que, “(...) *el abogado defensor no tuvo otra alternativa jurídico que recurrir en vía de tutela*”.

No obstante, para los fines del **presente numeral**, podemos aseverar que al **analizar** y **emitir pronunciamiento sobre el fondo del asunto** (en razón al **fundamento pobrísimo: solicitado el cese al despacho fiscal**, pero que le sirve de **sustento** para **rebatir** lo propuesto por el RMP), la **SPNDAEDCF (colegiado A)** adopta de **manera tácita** una **concepción amplia** de derechos pasibles de defensa mediante la acción de tutela y, además, que es **posible cuestionar la disposición que declara secreta la investigación preliminar de manera integral**, sin embargo, **no por su sola emisión, esta es legítima** –a su criterio–, por el contrario, **solo** cuando se **incumplan los requisitos** que adopta

su despacho judicial superior para esta institución procesal o se presente un **supuesto de citación** para su **declaración indagatoria** o **detención** por medida coercitiva.

En tercer orden, **respecto** a la posibilidad de emitir pronunciamiento a pesar que ha operado la denominada: **sustracción de la materia**, el colegiado superior en el ítem: **Vi. a folios 6 del auto de vista**, refiere que nuestro ordenamiento jurídico peruano en el CPconst derogado, más concretamente, en su artículo 5 apartado 5 brinda **una aproximación conceptual legal** de cuando se configura esta, siendo así al *“momento de resolver la controversia ha cesado la amenaza o violación de un derecho constitucional o se ha convertido en irreparable”* y, acota que resulta **posible** emitir **pronunciamiento**, pues, lo que se pretende es tener **efectos correctivos y preventivos**, por tanto, razonable que se pueda emitir pronunciamiento sobre el objeto materia de controversia.

Por añadidura, debemos agregar que **no ha sido el único caso** que hemos podido advertir en nuestra **revisión jurisprudencial**, que emiten pronunciamiento a pesar de haber operado la **sustracción de la materia**, siguiendo la misma praxis, se encuentra la **1 SPA de Huamanga** de la **CSJ de Ayacucho** en el **Auto de vista – Resolución N.º 10, Exp. N.º 01465-2021-70** emitida el **18.03.2022**, en el ítem. **VIII. Cuestión previa, fundamento jurídico 8**; el mismo que no profundizamos, ya que es objeto de análisis en el **derecho de defensa** en su manifestación **de notificación de requerimientos** anexando los **elementos de convicción** que la fundamentan.

Sin perjuicio de lo anterior, es pertinente recordar que la doctrina judicial de la Corte Suprema a través del **AP N.º 04-2010/CJ-116, (f.j. 12)**, ha establecido que la **naturaleza del agravio** objeto de tutela debe ser uno **consumado**, esto es, estamos ante un mecanismo procesal de **resarcimiento**, por ende, el derecho presuntamente lesionado debe ser pasible de **reparación**, empero, a nuestro juicio, la **única fórmula** para que se cumpla con la **posibilidad** de **emitir pronunciamiento de iure**

(inmediato, luego de comprobado el cumplimiento de los presupuestos formales y materiales en los términos desarrollados en argumentos *supra*) al presentar las solicitudes de tutela, es que los **órganos judiciales** produzcan jurisprudencia en la que se deje **sentando la posición** sobre **dos tópicos fundamentales**:

- (i) la tesis que adopta sobre procedencia de los derechos materia de tutela y,
- (ii) cuando se materializa la afectación al derecho deducido, por consiguiente, creemos acertado el **camino** que siguen los **despachos judiciales** que se pronuncian sobre el **fondo** de las controversias jurídicas a pesar de haber operado la sustracción de la materia.

▪ **Comentarios finales:**

Para concluir el análisis del caso **Isla Montaña**, podemos aseverar que tanto el **3 JIPEDCF** a cargo del juez **Manuel Antonio Chuyo Zavaleta** y la **SPNDAEDCF (colegiado A)**, se acogen de **manera tácita**, a una **tesis amplia** de derechos pasibles de protección mediante la audiencia de tutela, no obstante, por **derechos** diferentes, que a continuación precisamos:

- El **3 JIPEDCF** admite la procedencia del **derecho de defensa** en su manifestación de **acceso a la carpeta fiscal** y, de esa forma se pueda permitir tomar lectura de la **disposición** que **comprende a la investigación preliminar** al investigado, esto es, **admite** cuestionar la **disposición que declara el secreto de la investigación preliminar de manera integral**, empero, no se pronuncia sobre la **legitimidad** de esta medida.
- La **SPNDAEDCF (colegiado A)**, admite la procedencia del **derecho de defensa** en su manifestación de **acceso a la**

carpeta fiscal, más concretamente, la **disposición** que **comprende a la investigación preliminar** al investigado, empero, **considera legítima** la declaración del **secreto de la investigación preliminar de manera completa**, no obstante, determina los **supuestos de excepción** y los **requisitos que debe cumplir esta**, lo que sería pasible de **cuestionamiento** en vía de tutela.

En suma, en el **Subsistema Anticorrupción** advertimos que tanto en los **órganos judiciales** de primera como segunda instancia mencionados, resulta procedente **cuestionar la disposición que declara el secreto de la investigación preliminar de forma integral**, sin embargo, con las diferencias antes descritas, sobre el **punto controvertido a evaluar**.

d.2.) Caso: Hernán Manuel Costa Alva

Referente al procedimiento incoado por el Sr. Costa Alva, debemos señalar que no hemos podido obtener las **resoluciones** expedidas tanto en **primera** como **segunda instancia**, soslayando la posibilidad de realizar un **cabal análisis** de este incidente, sin embargo, hemos accedido al **Auto de Calificación y Casación N.º 373-2018, Nacional** dictados por la **SPP** que dilucidan el caso, lo que nos permite en términos generales **examinar** lo expuesto por la **Corte Superior** y, de manera más rigurosa lo desarrollado por el **Supremo Tribunal**.

Al respecto, **antes** de **desarrollar** la **evaluación** del caso, resulta necesario puntualizar los **derechos** reclamados por el investigado y que fueron **objeto** de la acción de tutela:

- **Derecho de no indefensión** en su vertiente de **acceso al expediente fiscal** y **conocer los cargos formulados en su contra** ante la emisión de la **disposición** que declara la

investigación preliminar **de manera total** por un lapso de **seis (06) meses**.

El **fundamento** de su hipotética **lesión**, se manifiesta al disponer el despacho fiscal, la **apertura de investigación preliminar** por la presunta comisión del delito de lavado de activos, y, además, **decretar** como **secreta** de manera **total** por un plazo de seis meses la **mencionada investigación**. No obstante, la defensa técnica solicitó **tener acceso al expediente fiscal**, siendo declarado **no ha lugar** por el RMP, sobre la base de una **interpretación lesiva** de los derechos del investigado, que realiza sobre la base de lo regulado en el artículo 68.3 del estatuto procesal peruano, siendo el motivo que impulsó la promoción de la vía jurisdiccional.

▪ **Primera Instancia:**

La defensa técnica del investigado promueve la acción de tutela el **06.12.2017** por la presunta lesión del derecho antes descrito, siendo esta solicitud presentada ante el despacho judicial del **1 JNIPEDCF** a cargo de la Dra. María De los Ángeles Camacho, la misma que **evaluando y emitiendo un pronunciamiento fondal** resuelve la causa expresando su **parte resolutive**:

*“fundada en parte del pedido de tutela y, por consiguiente, dispuso que la fiscalía **informe** al despacho los actuados que determinará como secretas y, con posterioridad a ello, **permita al investigado acceder al resto de los actuados y, evidentemente, de los cargos que se formulan en su contra**”.*

Los **argumentos** que emplea la magistrada de primera instancia para **emitir** el citado pronunciamiento son los siguientes:

- De acuerdo a una **interpretación** conforme lo exige las **pautas o directrices** establecidas en el TP del CPP, más precisamente, en los artículos VII.3 (reglas de interpretación de normas procesales y carácter restringido en caso sea desfavorable para el investigado) y IX (derecho de no indefensión).

- Aunado a ello, su criterio se decanta por sostener que los artículos 68.3 y 324.2 del estatuto procesal peruano deben **interpretarse** de forma **sistemática**, en ese sentido, el despacho fiscal **no puede decretar el secreto integro** de la investigación preliminar, si esto afecta el conocimiento de los cargos imputados, dicho en otras palabras, puede **ser integral el secreto de la investigación preliminar** con la **salvedad** de la disposición que exprese los **cargos formulados** en contra del investigado.

Conforme al **sentido argumentativo** y **parte resolutive** expresado en el auto de tutela emitida por la JIP, podemos emitir las siguientes conclusiones:

- Al **examinar y pronunciarse** sobre la **fundabilidad** de la solicitud de tutela interpuesta por el investigado, permite aseverar que se **alinea** a una **tesis amplia** de **derechos** pasibles de defensa por medio de esta institución procesal. No obstante, ante la ausencia de análisis de esta resolución, no podemos describir si esta se presenta de **manera tácita** o **expresa**, evaluando la procedencia del derecho lesionado deducido, **siendo un primer aspecto destacable** de la resolución materia de comentario.
- Otro aspecto **plausible** de la resolución comentada, es la **mención** de la aplicación de las **reglas procesales de interpretación** contenidas en el Título Preliminar del CPP, específicamente, en el artículo VII numeral 3 del cuerpo normativo antes citado. En el mismo sentido, la correcta **interpretación** que realiza sobre los **artículos** que regulan la institución procesal del secreto de la investigación, señalando que estos deben realizarse de **forma sistemática** y, por último, la **ponderación** que se debe materializar entre el **derecho de defensa** y el **éxito de la investigación**.
- Para finalizar, **censuramos dos aspectos concretos**, el primero, que los **criterios descritos** en el **párrafo anterior** hayan

quedado en el plano abstracto, únicamente en su **declaración**, empero, no **son materializados** en el caso en concreto, prueba de ello, es el segundo tópico cuestionable, siendo esta el criterio que adopta respecto a la **legitimidad de declarar** el secreto de la investigación preliminar de **forma total**, y, solo **dejando exenta** de esta **medida** a la **disposición** que contenga los **cargos formulados** en contra del investigado (entendemos, que se refiere a la **disposición de apertura de investigación preliminar, disposición que comprende al investigado al proceso** o la **disposición de formalización de investigación preparatoria**), sobre el particular, no desarrollamos nuestros argumentos, pues, no pretendemos ser redundantes, sin embargo, recordamos que se encuentran en el **literal c)** titulado: ***Argumentos que permiten acreditar los agravios deducidos en la disposición que declara el secreto de la investigación preliminar*** del presente numeral.

Sin perjuicio de lo antes descrito, el despacho fiscal considera que es agraviado con la citada resolución, por tal motivo, **presenta su recurso impugnatorio de apelación** dentro del plazo legal de **tres (03) días** para **autos interlocutorios**, conforme con en el artículo 414 inciso 4 del Código Adjetivo.

▪ **Segunda Instancia:**

Conforme a lo antes descrito, toma conocimiento del caso la **SPNDAEDCF (colegiado A)**, el mismo que al describir su posición **sobre** la posibilidad de **decretar integralmente el secreto de la investigación preliminar**, el citado Tribunal Superior **afirma** que es **procedente** este accionar fiscal, sobre la base del artículo 68.3 del CPP. Vale mencionar, que es el mismo **criterio adoptado** al desarrollar el **caso** del Sr. José Carlos Isla Montaña, por tanto, **persistimos** que dicho **proceder** resulta **ilegítimo**.

No obstante, expone como **parte resolutive** de su **auto de vista** expedido: “*Declarar **infundado** el recurso de apelación presentado por el RPM, por consiguiente, confirmar la **decisión** expedida por el órgano judicial de primera instancia*”, es importante mencionar, que su **fundamento** radica en la **carencia de fundamento** para **decretarse integralmente** el secreto de la investigación preliminar, pues, las **diligencias programadas** estaban referidas a la obtención de información pública.

Al respecto, el suscrito se limita a **reiterar** que el Tribunal Superior del Subsistema Anticorrupción, **admite** la procedencia del **derecho de defensa** en su manifestación de **acceso a la carpeta fiscal** y **conocimiento de los cargos formulados**, empero, **considera legítima** la declaración del **secreto de la investigación preliminar de manera completa**, empero, esta puede ser cuestionada **vía tutela** y, **censurar** en casos carezca de **fundamento** como en el caso antes comentado.

- **Instancia excepcional:**

Ante el **pronunciamiento** desfavorable emitido por la **SPNDAEDCF (colegiado A)**, el RMP interpone su recurso de casación, sin embargo, como ya se ha precisado para **acceder** a la **instancia excepcional** en el incidente de tutela, solo es posible a través de la **casación excepcional** –siendo así manifestada por el Supremo Tribunal en el **fundamento segundo** del **Auto de Calificación de la Casación N.º 373-2018, Nacional** dictada por la **SPP** el **06.06.2018**–, siendo esa la tipología presentada por el despacho fiscal.

Sobre los **fundamentos** de su **recurso de casación excepcional** indica la **FSNEDCF infracción de norma procesal sancionada con nulidad** (de conformidad con el artículo 429.2 del CPP), pues, considera que se presenta una **errónea interpretación** del artículo 68.3 del CPP por lo siguiente:

*“(...) El secreto de la investigación preliminar **no tiene un plazo determinado** – como en la **investigación preparatoria**–, sino*

*que el fiscal lo fija de forma prudencial y cesa antes de la culminación de las diligencias preliminares”. Y, acota, que “es posible, **decretar el secreto de las investigaciones** cuando se requieran ciertos elementos de incriminación **versados en documentación que obra en los archivos públicos**”.*

Adicionalmente, afirma que **durante** el tiempo que **subsista** la **aplicación** de la institución jurídica comentada, **resulta imposible** que los investigados puedan **acceder a la carpeta fiscal ni obtener copias de estas**, y, por último, finaliza señalando que debe diferenciarse la regulación del artículo 68.3 del 324.2 del CPP, pues, la primera, es aplicable para la investigación preliminar y la segunda, para la investigación preparatoria.

Por los argumentos esgrimidos por el **fiscal superior**, es que el Supremo Tribunal expide el **Auto de Calificación de la Casación N.º 373-2018, Nacional** dictado por la **SPP** del **06.06.2018**, exponiendo en su **parte resolutive**:

*“**DECLARARON BIEN CONCEDIDO** el recurso de casación **interpuesto por el RMP**, por la causal prevista por el 429.2 del CPP, contra el auto de vista del 16.02.2018, que confirmó el de primera instancia del 10.01.2018, que **declaró fundada en parte la solicitud de tutela** de derechos presentada por la defensa del Sr. Hernán Manuel Costa Alva; en consecuencia, dictó como medidas correctivas: i) el acceso a la carpeta fiscal y ii) la obtención de copias de esta”.*

En tal virtud, **resulta fundamental** destacar el **interés casacional** que advierten los **jueces supremos** en el caso en concreto, siendo **descritos** en el **fundamento cuarto** del citado **auto de calificación**:

- Establecer el **régimen jurídico de las diligencias preliminares secretas**, concretamente: tiempo de duración, facultad del fiscal para decretar y si esto incluye el conocimiento de los cargos atribuidos.
- Determinar si el estatuto procesal regula **situaciones distintas y paralelas** para la procedencia del secreto de investigación,

esto es, para diligencias preliminares (art. 68.3 del CPP) y para investigación formalizada (324.2 del CPP).

Ahora bien, habiéndose resuelto el caso mediante una **Ejecutoria Suprema**, consideramos necesaria examinarla, a efectos de obtener mayores luces sobre los **tópicos problemáticos** del presente numeral y, en suma, del objeto de tesis; en ese sentido, para cumplir dicho fin, estructuraremos nuestros comentarios, en razón de lo bueno y lo malo que advertimos en esta **casación excepcional**.

a) Lo bueno

En primer orden, consideramos que **ante** la **omisión** de pronunciarse sobre la **viabilidad** de **cuestionar** la **disposición que declara secreta la investigación preliminar** por vulneración al **derecho de defensa** en su **manifestación** de **acceso al expediente fiscal** permite inferir que el **ponente**, juez supremo **Príncipe Trujillo** y los **jueces supremos** que suscriben la citada ejecutoria suprema, se alinea de **manera implícita** a una **tesis amplia** de **derechos** pasibles de protección vía la acción de tutela, pues, fue este el mecanismo procesal empleado por el investigado para la defensa de sus derechos y control de legalidad de la disposición citada, **aspecto** que **consideramos plausible**.

En segundo orden, con meridiana claridad informa que, tanto el artículo 68.3 y 324.2 del CPP regulan el carácter reservado de la investigación, siendo esta una **facultad** que ostenta el RMP para **dictaminar** el secreto de las **actuaciones fiscales** (entiéndase: diligencias programadas o materializadas, documentos, entre otros) de **forma total o parcial**, sin embargo, **realiza una precisión de suma relevancia: “(...) Esto importa que sus efectos pueden circunscribirse a alguno o algunos actos de investigación. De ninguna forma se trata de la investigación preliminar en abstracto –en ningún extremo de la norma se aprecia tal enunciado– ni del íntegro de ella” (fundamento tercero)**.

Conforme al **fundamento jurídico destacada** de la ejecutoría suprema, podemos **afirmar inequívocamente** que el Supremo Tribunal **censura** la **procedencia** de **declarar** el secreto **integral** de las **diligencias preliminares**, sin embargo, consideramos pertinente desarrollar el **fundamento** para **sustentar** la citada posición:

- Considerar viable la **declaración** del **secreto integral** de la investigación preliminar, **desconoce la constitucionalidad que debe observar la medida y su compatibilidad con el derecho de defensa.**
- La procedencia del secreto de la investigación, debe estar exteriorizada en una **decisión motivada**, que permita una vez superado el plazo del secreto, **conocer** los **fundamentos** de su aplicación y, de esa forma, de estimar pertinente la parte procesal afectada, **cuestionarla legalmente**, sobre los siguientes tópicos: si esta medida fue **proporcional**, cuenta con una debida **motivación** y, toma en cuenta, la **ponderación** entre la medida y el derecho de defensa.

Al respecto, **destacamos** la posición adoptada por ser la que guarda relación ineludiblemente con los derechos que ostenta el investigado a nivel supralegal y legal, y, además, con los fines **del proceso**, por ende, conforme a nuestros argumentos expresados en párrafos arriba, nos **alineamos** a la posición del Supremo Tribunal que **censura** el **secretismo integral** de las diligencias preliminares y sus argumentos esgrimidos.

En tercer orden, y, en correlato con lo antes descrito, de lo expresado en el **fundamento jurídico tercero**, se puede advertir que **expresamente** los jueces supremos consideran **viable “recurrir”**, esto es, **cuestionar** o **controlar** la **disposición que declara secreta** la investigación preliminar, empero, **no señala la vía o mecanismo procesal** para **ejecutarla**, sin embargo, consideramos que esta es la

acción de tutela por ser el **incidente** promovido por el investigado **y no** realizar una **precisión** en el citado extremo, pero **hubiera sido** importantísimo clarificar ese aspecto para en lo sucesivo sea replicado por los órganos judiciales de inferior jerarquía, además, permitiría afirmar que se trata de un **reconocimiento expreso** de su adhesión a la **concepción amplia** del ámbito de protección de derechos procedentes en la solicitud de tutela.

En cuarto orden, sobre el caso en concreto referente al Sr. Costa Alva **desacredita** los **agravios deducidos**, al considerar que presenta una **ausencia de motivación** para **fundamentar legítimamente** la medida adoptada, pues, sus argumentos se resumen en un desarrollo **genérico**: descripción de la facultad conferida para la ejecución del secreto de la investigación preliminar y mención de jurisprudencia; aunado a ello, **no realiza** un **examen** sobre la **proporcionalidad** de la medida en atención al plazo dispuesto de seis meses (**fundamento jurídico cuarto**).

Por añadidura, **subrayamos** su posición de **negar** la posibilidad de **afirmar** que resulta posible mantener en secreto por un lapso de seis meses los **cargos imputados**, pues, afectaría indiscutiblemente el derecho de defensa en su manifestación de **conocimiento de los cargos imputados**, en ese sentido, a nuestro juicio resulta insostenible declara el **secreto** de la **disposición de apertura de investigación preliminar**, la **disposición** que **incorpora** al proceso al investigado o la **disposición de formalización de investigación preparatoria**.

Definitivamente, **arreglado a derecho** que se haya **resuelto**:

“Infundado el recurso de casación interpuesto por el RMP, contra el auto de vista del 16.02.2018, que confirmó el de primera instancia del 10.01.2018, que declaró fundada en parte la solicitud de tutela de derechos presentada por el investigado; en consecuencia, dictó como medidas correctivas: i) el acceso a la carpeta fiscal y ii) la obtención de copias de esta”.

b) Lo malo

En último orden, criticamos **dos aspectos** esencialmente de la ejecutoria suprema:

- Primero: Se describió en el **Auto de Calificación de la Casación 373-2018, Nacional** que se estableció cómo temas de **interés casacional**: a) el **régimen jurídico** de las **diligencias preliminares secretas**, concretamente: tiempo de duración, facultad del fiscal para decretar y si esto incluye el conocimiento de los cargos atribuidos y, b) determinar si el estatuto procesal regula **situaciones distintas y paralelas** para la procedencia del secreto de investigación, esto es, para diligencias preliminares (art. 68.3 del CPP) y para investigación formalizada (324.2 del CPP).

Sin perjuicio de lo antes dicho, a lo largo de la **Ejecutoria Suprema** podemos advertir que **solo se pronuncia censurando** la **declaración integral** del secreto de la investigación preliminar **e imposibilidad de mantener en secreto** la **DADP** o la **disposición** que **incorpora** al proceso al investigado.

En síntesis, la ejecutoria suprema *sub comentario*, omite absolver **otros tópicos fijados** como **interés casacional** y que viabilizaron el **concesorio de casación**, que hubieran permitido una mejor **aplicación** (arreglada a derecho) de la medida de **secreto de investigación** que ostenta el representante del Ministerio Público.

- Segundo: Conforme a lo antes mencionado, **sí se pronuncia** sobre dos tópicos relevantes: **negando** la **declaración integral** del secreto de la investigación preliminar **e imposibilidad de mantener en secreto** la **DADP** o la **disposición** que **incorpora** al proceso al investigado, sin embargo, **no decide declarar**

doctrina jurisprudencial vinculante el **asunto objeto de decisión**, conforme lo **habilita** el artículo 433.3 del CPP, pues, de esa forma **resulta vinculante inexorablemente** el citado criterio adoptado por el Tribunal Supremo peruano, **hasta que otro sentencia de casación de manera expresa la modifique**.

Lo antes aseverado, de acuerdo a los términos expresados en la **Casación N.º 441-2017, Ica (ff.jj. 2.3 y 2.4)** emitida por la **SPP** el **24.05.2018**, que describe claramente que es de observancia y obligatorio cumplimiento la **doctrina judicial vinculante** dispuesta en las ejecutorias supremas, de lo contrario, estamos ante **líneas jurisprudenciales** o **directrices** que sirven como **pautas orientadoras**.

▪ **Comentarios finales de la Ejecutoria Suprema examinada:**

Del análisis realizado en la **Casación N.º 373-2018, Nacional**, podemos aseverar que el **ponente**: juez supremo **Príncipe Trujillo** y los **jueces supremos** que suscriben la citada ejecutoria suprema se **alinean tácitamente** a una **tesis amplia** de derechos pasibles de amparo mediante la acción de tutela por dos razones principales:

- **Ausencia de censura** de la **activación** de la **acción de tutela** ante los **derechos reclamados** por el recurrente: ***derecho de defensa en su manifestación de acceso al expediente fiscal*** y, más específicamente, de la ***disposición que formula cargos en su contra***.
- **Reconocimiento expreso** de poder **“recurrir”** (sic) la **disposición** que declara secreta la investigación preliminar.

Aunado a ello, destacamos la **reprobación** de la **declaración integral** del secreto de la investigación preliminar **e imposibilidad** de **mantener**

en secreto la **DADP** o la **disposición** que **incorpora** al proceso al investigado.

d.3.) Conclusiones del literal desarrollado

Desde una **interpretación jurisprudencial**, sobre el **literal desarrollado: legitimidad** de **dictaminar** el secreto de la investigación preliminar **de manera integral** podemos afirmar lo siguiente:

- **No existe uniformidad de criterios** sobre la **medida fiscal** examinada, pues, conforme al análisis de **dos precedentes** y **sus respectivas resoluciones finales** (Ejecutoria Superior y Suprema), se advierte que éstas se **alinean a posturas distintas**, la primera, **admite la posibilidad del secreto de la investigación preliminar de forma total** y la segunda, **censura la tesis antes descrita**.
- En correlato con lo antes descrito, **ante la omisión** de declarar **doctrina jurisprudencial vinculante** la **posición** y **fundamentos** expresados por el Supremo Tribunal peruano sobre la **desaprobación** de **decretar** el secreto de la investigación preliminar **de manera integral** y la posibilidad de **recurrir** este acto procesal, **no configuran** como criterio de **observancia y obligatorio cumplimiento** de los órganos judiciales de menor jerarquía, empero, consideramos que por ser la **suprema instancia judicial** en materia procesal penal, se constituyen una voz autorizada para **dilucidar** esta problemática presentada.
- Con **independencia** de la **tesis** que se alinee el lector sobre la **procedencia** de decretar el **secreto total** de **diligencias preliminares**, podemos afirmar que en ambos casos procede su **control judicial** mediante la **acción de tutela**, pues, así lo han reconocido de **manera tácita** la **SPNDAEDCF (colegiado A)** y la

SPP con las diferencias de los **argumentos** que pueden ser **fundamento** para cuestionarla.

e) Fundamento final que respalda la promoción de la acción de tutela al dictaminar el secreto de la investigación preliminar de forma total.

El suscrito ha establecido el procedimiento **idóneo** –a su entender– que debe realizar el JIP para determinar un **derecho** presuntamente **lesionado** puede ser protegido mediante la acción de tutela, que de forma resumida, se manifiesta como el **análisis formal**: cumplimiento del requisito de admisibilidad –solicitar la cesación de la afectación al órgano agravante– y **análisis sustantiva o material**: **(i)** comprobación que la solicitud de tutela sea presentada dentro del espacio temporal para su promoción –investigación preparatoria–; **(ii)** que no es presentada con la finalidad de obstruir la investigación y, **(iii)** que no presenta **vía o mecanismo específico** para **activar la vía de tutela**, sobre este último presupuesto, a continuación vamos a profundizar.

Al respecto, en el **supuesto hipotético** que se **satisfaga** los **presupuestos previos** a la verificación de **residualidad**; tenemos que **afirmar categóricamente** que nuestro estatuto procesal **no contempla** un **mecanismo** o **vía determinada** para **controlar** la **legalidad** de la **disposición** que **declara secreta integralmente** las **diligencias preliminares**, en ese sentido, a efectos de poder **reclamar** derechos afectados por medio de este acto procesal consideramos legítimo la incoación de la **acción de tutela**.

En conclusión, conforme al análisis realizado en el presente numeral, **podemos emitir las siguientes deducciones** respecto a **la posibilidad de recurrir a la audiencia de tutela**, en caso se emita **una disposición que declare secreto de manera integral la investigación preliminar**:

- **Primero**, el CPP no presenta un mecanismo específico para cuestionar el acto procesal que dictamine el secreto de la investigación de manera

integral, en ese sentido, al satisfacerse el presupuesto material: *residualidad* resulta viable promover la acción de tutela en el citado supuesto.

- **Segundo**, en correlato de lo antes descrito, al comprobarse que desde una interpretación literal y sistemática del estatuto procesal (sin perjuicio a la lesión de derechos que se puede presentar como la debida motivación y el derecho de no indefensión en su manifestación de acceso a la carpeta fiscal y conocer los cargos formulados como en el ejemplo desarrollado) resulta ilegítimo el establecimiento del secreto integral de las diligencias preliminares, por ende, pasible de amparo los derechos vulnerados mediante la citada disposición a través de la acción de tutela.

- **Tercero**, con independencia de la tesis que se alinee el lector sobre la procedencia de decretar el secreto total de diligencias preliminares, podemos afirmar que en ambos casos procede su control judicial mediante la acción de tutela, pues, así lo han reconocido de manera tácita la SPNDAEDCF (colegiado A) y la SPP con las diferencias de los argumentos que pueden ser fundamento para cuestionarla:
 - La primera, es posible cuestionar la disposición citada, sin embargo, no por su sola emisión, esta es legítima –a su criterio–, por el contrario, solo cuando se incumplan los requisitos para su emisión: (i) excepcionalidad, (ii) solo rige para delitos graves y se pretenda evitar el éxito de la investigación y (iii) una vez culminada esta, debe permitir el acceso al expediente fiscal y notificar la disposición con los cargos formulados, asimismo, cuando se presente los siguientes supuestos: **citación a declarar o detención del investigado** y;

 - La segunda, admite la posibilidad de cuestionar la disposición que declara secreta integrablemente la investigación preliminar por ilegítima, asimismo, cuando se incumpla la debida motivación o no se realice un juicio de proporcionalidad (ponderación del derecho de defensa y la medida adoptada).

- **En suma**, resulta **procedente** activar la **acción de tutela** para cuestionar la disposición que declara secreta la investigación preliminar de manera total, al considerar que se está lesionando derechos que ostenta el investigado.

Finalmente, referente a los fines de la presente investigación, ponemos de manifiesto la siguiente conclusión: con **independencia** de la **tesis** que se alinee el lector sobre la **procedencia** de decretar el **secreto total** de **diligencias preliminares**, podemos afirmar que en ambos casos procede su **control judicial** mediante la **acción de tutela**, pues, así lo han reconocido de **manera tácita** la **SPNDAEDCF (colegiado A)** y la **SPP** con la diferencias de los **argumentos** que pueden ser **fundamento** para cuestionarla, acreditándose de esa manera, la **amplitud** de **derechos** que **pueden ser objeto de la protección** mediante esta figura legal, por ende, se acredita la premisa vertida por el autor, que actualmente se materializa en los órganos judiciales de nuestra jurisdicción penal, una **evolución jurisprudencial** por comprender cada vez **más derechos** o **actos procesales** para su control judicial mediante la acción de tutela, concretamente en este número, el **derecho de defensa** en su manifestación de **acceso a los actuados del expediente fiscal**.

4.3.2.3.3. Derecho de defensa en su manifestación de imputación necesaria reclamable en la DADP y posibilidad que un sujeto procesal distinto al investigado presente acción de tutela por imprecisión de cargos a favor de este último

De inicio, debemos precisar que el **AP N.º 02-2012/CJ-116** dictada el **26.03.2012** titulado: ***audiencia de tutela e imputación suficiente***, en su desarrollo argumentativo que constituye doctrinal legal vinculante relativa – permite su apartamiento conforme al artículo 22 del TUO de la LOPJ–, emplea para la evaluación del **derecho instrumental: *conocer los cargos formulados en contra*** de un investigado (art. 71.2 “a” del CPP) el análisis (al menos en mención expresa) de la **DFYCIP**, dejando de lado, la **DADP**, lo que una **interpretación en negativo** (restringida), impediría a los accionantes acudir a esta figura legal, para la **defensa** del citado derecho en **sede de diligencias preliminares**.

Ante el citado escenario, no está del todo claro el panorama respecto a la procedencia de la **imputación necesaria** en la subetapa de investigación preliminar, **aspecto** que se agrava tomando en consideración el tiempo que puede durar esta, en razón a la calificación del proceso que formule el representante del Ministerio Público pudiendo ser simple, compleja y compleja en el marco de la criminalidad organizada, lo que habilitaría que una investigación en esta subetapa tenga como máximo 120 días (04 meses), 240 días (08 meses) y tres años (treinta y seis meses), respectivamente.

Vale mencionar que, la **fase de diligencias preliminares**, “(...) *no podría, en la hipótesis más extrema, ser mayor que el plazo máximo de la IP regulado en el artículo 342 del CPP (...)*” conforme a los términos expresados en la **Casación N.º 02-2008, La Libertad** emitida por la **SPP** el **03.06.2008** y replicado con relación al **proceso complejo** por la misma Sala Penal Suprema, en la **Casación N.º 144-2012, Ancash** dictada el **11.07.2013**.

Es así, que corresponde pronunciarnos sobre la **procedencia** de acudir a la audiencia de tutela en casos que la parte recurrente (investigado o su defensa técnica) postule la **vulneración del derecho de no indefensión** en su **vertiente**

de **imputación necesaria** en sede de **diligencias preliminares**, por tal motivo, en las líneas siguientes desarrollaremos argumentos que admitan su procedencia:

- En primer lugar, el texto vigente del apartado cuarto del artículo 71 del estatuto procesal: “(...) 4. *Cuando el imputado considere que **durante las Diligencias Preliminares o en la Investigación Preparatoria** (...)*”, habilitaría que el **derecho bajo comentario taxativamente** descrito en el inciso segundo pueda ser reclamado en esta vía incidental.
- En segundo lugar, conforme se desprende del cuerpo normativo antes mencionado, más específicamente, de la **sección I: investigación preparatoria**, artículos 321 al 339 la **investigación preparatoria** comprende a las **DP** y la **IP formalizada**, por ende, aplicable a ambas subetapas cuando los jueces supremos en lo penal, refiera de manera genérica al término: **investigación preparatoria**.
- En tercer lugar, y, de manera plural en la jurisprudencia nacional, se ha dejado sentado que las **actuaciones fiscales** a pesar de estar investidas de competencias determinadas por la Constitución Política, no es óbice para que el TC y el PJ, ante un **proceder arbitrario** puedan **corregir tales actuaciones** –véase: **SSTC. Exp. N.º 6204-2006-PHC, Loreto (f.j. 7) del 09.08.2006** y **Exp. N.º 4620-2009-PHC, Lima (f.j. 8) del 10.11.2011**–, en ese sentido, las acciones realizadas por el despacho fiscal, no pueden afectar derechos fundamentales de los sujetos procesales comprendidos en el proceso, por ende, no están exentan de **control constitucional y convencional**, como bien lo ha expresado el Tribunal Supremo peruano en la **Casación N.º 1590-2018, Arequipa (f.j. 26)** emitida por la **SPP** el **23.07.2021**.

- En cuarto lugar, en correlato con lo antes descrito, si bien es cierto el **RMP ostenta la titularidad de la acción penal** conforme al mandato constitucional (159 de la Const.) y replicado en la norma legal (arts. IV del TP, 1 y 60 del CPP), esta encuentra limitaciones en **principios** de interdicción a la arbitrariedad, objetividad e imparcialidad en el desarrollo de sus competencias, por ende, **exigible** que el **primer acto procesal** que emite dentro del proceso: **disposición de apertura de investigación preliminar** este sujeto a control, tomado en consideración que es la **disposición** mediante el cual el investigado puede conocer los hechos (y, elementos de convicción que se tienen en dicha subetapa) que sustenta la calificación jurídica deducida en su contra.

- En último lugar, a manera de sustento final sobre la procedencia de la **acción de tutela** para la protección del derecho de no indefensión en la vertiente de **imputación necesaria** en la subetapa de diligencias preliminares tenemos los siguientes precedentes judiciales:
 - **Auto de vista – Resolución N.º 05**, expedida por la **3 SPDAN** el 30.12.2021, en el **Exp. N.º 00303-2021-1-5001-JR-PE-10** [*Caso Luis Fernando Galarreta Velarde*].

 - **Auto de primera instancia – Resolución N.º 02**, dictado por el **JSNIP** el 04.12.2019, en el **Exp. N.º 00042-2019-3-5001-JS-PE-01** [*Caso Hugo Velázquez Zavaleta*].

 - **Auto de vista – Resolución N.º 03**, emitido por la **2 SPDA (Ex. 4 SPL)** de la **CSJ de Lima** el 03.10.2017, en el **Exp. N.º 000462-2017-7-1826-JR-PE-02** [*Caso José Carlos Balta del Ríos y otros*].

Clarificado el panorama y la necesidad de desarrollo en la presente investigación, corresponde continuar con el análisis de esta **manifestación del derecho de no indefensión**, en ese sentido, abordaremos las siguientes temáticas: primero, en encuadramiento dentro de la tipología de derecho instrumental, segundo, una aproximación conceptual de imputación necesaria y la precisión que se debe tener en etapa de diligencias preliminares y, por último, el desarrollo casuístico que corresponde al tema, sin embargo, como reza en el título del presente numeral, aunado a un caso concreto de imputación necesaria de DP, desarrollaremos el tópico: posibilidad que un sujeto procesal distinto al investigado solicite la precisión de cargos de este último.

En primer lugar, es necesario mencionar que a **nivel jurisprudencial**, ampliamente se ha reconocido al **derecho de conocimiento de la imputación**, como un **derecho instrumental**, sin embargo, no encontramos con precisión una definición o justificación sobre este emparejamiento que se ha realizado respecto a este derecho, empero, en nuestra opinión, **la razón** se encuentra en que forma parte de la familia del **derecho procesal**, y, una **aproximación conceptual** sería que permite a través de su observancia y respeto la **aplicación** de una **norma de corte sustantiva (de fondo)**, como sería la **imputación necesaria**, al presentar el **proceso de tipificación** que realiza el RPM a lo largo del iter procedimental.

En segundo lugar, una **aproximación conceptual** de la **imputación necesaria** –aplicable a todo el proceso–, es el **derecho** que presenta el procesado (**deber** que ostenta el órgano investigador) de **conocer** (de **imputar**) de **manera expresa. precisa e inequívoca** los **cargos formulados** en su contra, entendidos estos últimos, como el **cuadro de hechos**, relato fáctico o, en suma, **proposiciones fácticas de relevancia penal** que se le atribuye al procesado y que justifican la inculpación **formal** enunciada por el RMP, esto es, la vinculación del sujeto pasivo del proceso y la norma penal descrita en el Código Sustantivo penal.

Sobre el particular, destacamos lo expresado por el profesor argentino Julio Maier al enseñar que: ***“La imputación correctamente formulada es la llave***

que abre la puerta de la posibilidad de defenderse eficientemente, pues, permite generar todos o algunos de sus elementos para evitar o aminorar la consecuencia jurídico-penal” (tomo I, 1996, p. 553).

Ahora bien, la **imputación necesaria** debe guarda correlato con el **estándar de prueba** de cada etapa procesal que presenta nuestro procesal penal peruano, de conformidad a lo establecido en la SPC N.º 01-2017/CJ-433 (f.j. 24) de 11.10.2017, y, en el caso de subetapa de diligencias preliminar, más precisamente, el literal “a” que exige el de **sospecha simple**, entendiendo a estos como el nivel más bajo del **régimen de prueba** y que solo exige al representante del Ministerio Público, *puntos de partida objetivos, es decir, un apoyo, justificado por hechos concretos –solo con cierto nivel de delimitación– y basado en la experiencia criminalística, de que se ha cometido un hecho punible perseguible que puede ser constitutivo de delito, empero, esto no debe ser observado a raja tabla*, pues, debe tomarse en cuenta que la investigación preliminar, en atención a la calificación procesal que formule el despacho fiscal, puede durar en una investigación simple 120 días; investigación compleja 240 días (08 meses) e investigación compleja en el marco de crimen organizado tres años (36 meses), por tal motivo, aunado al **estándar de prueba exigido** este debe ser **compatibilizado** con el **tiempo de investigación transcurrido**.

En último lugar, debemos mencionar que, el criterio antes expresado, como no podía ser de otro modo, ha sido reproducido por nuestros órganos judiciales de diferente jerarquía, en ese orden de ideas, para materializar nuestra aseveración, a continuación, analizaremos los casos más resaltantes.

Por tal motivo, en este apartado vamos a desarrollar a nivel jurisprudencial **dos tópicos** interesantes respecto a la **imputación necesaria** como vertiente del **derecho de no indefensión**, por un lado, la posibilidad de vía tutela reclamar este derecho en sede de diligencias preliminares y, por otro lado, la (im)posibilidad de solicitar vía tutela la precisión de cargos de un sujeto procesal distinto al investigado.

a) **Tópico 1:** Posibilidad de acudir a la acción de tutela para reclamar el derecho de imputación necesaria en sede de diligencias preliminares

➤ **Caso: Cesar Acuña Peralta:**

A modo preliminar, detallamos datos relevantes para resolver el incidente de tutela, incoado por el Sr. Acuña Peralta:

- **18.07.2019:** La **FSCEDCF**, **segundo despacho** del **DF** de **Lima**, **Equipo Especial**, emite la **Disposición N.º 01** – *apertura de investigación preliminar compleja contra Cesar Acuña Peralta y otros*.
- **26.04.2021:** La defensa técnica presenta ante el despacho fiscal, la solicitud de precisión de cargos penales a favor del Sr. Acuña Peralta.
- **La solicitud descrita líneas arriba** –conforme se expone en el auto de tutela – Res. N.º 13 emitida por el 3 JIPNPEDCF el 06.09.2021–, y, toma conocimiento del caso, “(...) *sin cumplirse con la precisión de hechos*”, lo que estimamos, permite inferir que **no fue absuelta por el fiscal encargado del caso**.
- **No tenemos con exactitud la fecha de presentación de la acción de tutela en la vía judicial**, sin embargo, tenemos conocimiento que el **06.09.2021**, fue resuelta la citada solicitud mediante el **auto de tutela** – Res. N.º 13 emitida por el 3 JIPNPEDCF el 06.09.2021, declarando **infundada** el pedido.
- **23.11.2021:** La 1 SPDAN emite el **auto de vista**, Res. N.º 20 mediante el cual, **revoca** la resolución de primera instancia y, **reformándola**, declara **fundado** el pedido, **disponiendo** que el despacho fiscal en un plazo de quince (15) días **subsane** las **omisiones advertidas**.

Respecto al *iter procedimental* detallado, a continuación, analizamos el **auto de primera instancia** – Resolución N.º 13, Exp. N.º 00017-2021- 1, dictado por el 3 JIPNPEDCF el 06.09.2021.

- El abogado defensor presenta su solicitud de tutela por vulneración al derecho de no indefensión en su manifestación de conocer los cargos formulados (imputación necesaria) de conformidad con el artículo 71.2 “a” del Código Adjetivo,

Sin desarrollar de manera pormenorizada cada aspecto que a juicio de la defensa técnica presenta la imputación respecto a los **delitos de colusión, negociación incompatible y usurpación de funciones**, el fundamento que sustenta el agravio descrito, de manera convergente en los delitos citados, una **ausencia de desarrollo** respecto a **hechos** que permitan **advertir** en esta instancia la **materialización** de los elementos del tipo penal que cada uno de estos exige para su configuración.

Al respecto, el RMP apela al estadio procesal en el que se encuentra la investigación, en ese sentido, refiere que, **a nivel preliminar** la imputación es **constructiva** y, acota, un dato objetivo concreto que se presentó en el caso, como hace un año obtuvieron información que permitiría advertir la entrega de “coimas” a personas involucradas en la investigación: *Complejo Chavimochic*.

- Sobre la base de lo expuesto, como hemos referido previamente, el **juez de garantías** manifiesta en parte resolutive, **“declarar infundado el pedido presentado por el investigado, en el proceso instaurado en su contra por los delitos contra la administración pública en la modalidad de colusión y otros”**, y, adiciona, respecto al **delito de usurpación de funciones: “exhortar al RMP efectúe la aclaración referida a los cargos imputados por el citado delito, bajo apercibimiento de informar a su órgano de control”**, en ese sentido, vamos a referir los argumentos que presenta el despacho judicial para arribar a dicho razonamiento judicial.
 - Existen indicios “a nivel de sospecha simple” que valieron para el dictado de la Disposición N.º 01 (18.07.2019) y, por ende, el

inicio de la investigación preliminar respecto a los funcionarios públicos que pertenecieron al Gobierno Regional de La Libertad.

- Aunado a lo antes descrito, conforme expuso el fiscal en audiencia, es un dato objetivo que, hace un año obtuvieron información que permitiría advertir la entrega de “coimas” a personas involucradas en la investigación: *Complejo Chavimochic*.
 - Rebate lo exigido por la defensa técnica del investigado, sobre la base que, las **omisiones advertidas e interrogantes formuladas**, serán **absueltas** en otro estadio procesal, pues, esta subetapa se caracteriza por ser **embrionaria** (sic) y, por tal motivo, **no permite por el momento satisfacer su pretensión**.
 - Adicionalmente agrega que, para analizar la hipotética **falta de precisión** en los cargos, es conforme al **principio de progresividad de la imputación**, constituyendo este, un aspecto consustancial a la presente investigación preliminar y, (sorpresivamente) adiciona que en **plazo razonable** se debe construir los indicios y la elaboración de las proposiciones fácticas que consoliden la imputación penal.
 - Por último, **respecto al delito de usurpación de funciones**, en atención a lo expresado en audiencia por el fiscal del competente: “*que no se ha atribuido el citado delito al Sr. Acuña Peralta*”, en ese sentido, **al no existir hecho**, no corresponde emitir pronunciamiento a nivel fondal, empero, **exige su precisión**.
- Sobre la resolución citada, es decir, **su sentido argumentativo y parte resolutive, nuestra posición es crítica** por los siguientes argumentos:

- El despacho judicial, obedece a pie juntillas la **aproximación conceptual** que brinda la SPC N.º 01-2017/CJ-433, respecto a las **diligencias preliminares**, sin tomar en consideración, el **tiempo transcurrido de esta subetapa**, el caso concreto, cerca de **dos años** [sin contar el tiempo de **suspensión de plazos** por la **declaratoria de emergencia** por el Estado Peruano producto de la propagación del virus SARS-CoV-2 (Covid 19)], en ese sentido, esta **citada etapa** se encuentra **muy avanzada** o, a riesgo de sonar exagerado, en sus postrimerías, lo que implica su pronta culminación y, por tal motivo, se continua sometiendo a un proceso a una persona sin que se le permita el conocimiento de sus cargos formulados al menos mínimamente como se exige en esta etapa.
- Además, agrava esta situación, el razonamiento empleado, al enunciar que dentro del **plazo razonable** y sobre la base del **principio de progresividad**, es que, en una etapa procesal siguiente (**IP formalizada**), se podrá **absolver** las **omisiones** y **cuestionamientos formulados** por la defensa técnica, pues, permite afirmar que el JIP solo delimita su **razonamiento a verificar** la etapa procesal que se encuentra para **resolver la causa**, sin tomar en cuenta, **que se cumpla** con exponer **datos objetivos**, a nivel de **sospecha simple**, que permitan advertir el **cumplimiento** -en esta subetapa- de los elementos del tipo de los delitos imputados y, evidentemente, en armonía con el **tiempo transcurrido en la investigación**.
- Sobre la base de esto último, no existe un examen a los **cargos penales** atribuidos al Sr. Acuña Peralta, a efectos de comprobar que cumple con el **estándar de prueba** exigido a esta etapa procesal –según la SPC N.º 01-2017/CJ-433– sospecha **simple** y el **tiempo transcurrido de esta etapa** en el caso concreto.

- Por último, otro aspecto que permite aseverar una **errónea interpretación de los hechos materia de investigación** por parte del **juez de la causa**, es su proceder respecto al **delito de usurpación de funciones**, siendo la imputación formulada en la Disposición N.º 01 (18.07.2019), **ambigua, confusa y carente de claridad**, que el citado delito es señalado por fiscalía en audiencia que no es imputado al Sr. Acuña Peralta, lo que permite advertir una **ausencia** de observancia a la **imputación necesaria** del investigado.

En similar parecer la defensa técnica del Sr. Acuña Peralta considera **agravante** la resolución comentada, por tal motivo, es que en el plazo legal interpone su recurso impugnatorio de apelación, lo que permitió que tome conocimiento de la causa, la 1 SPDAN, expidiendo el **auto de vista**, Resolución N.º 20 del 23.11.2021 y, que en líneas siguientes será examinada:

- En primer orden, respecto a la **fundamentación** empleada por la defensa técnica, para sustentar su recurso de apelación, resumidamente expone lo siguiente:
 - Coincidiendo con los agravios advertidos en líneas precedentes, expone una errónea interpretación de los alcances del derecho de no indefensión, al sostener que en la etapa siguiente tendrá la posibilidad de ejercitar el derecho bajo análisis, asimismo, se vulneraría la imputación necesaria en sede de investigación preliminar, pues, no es admisible una imprecisión de cargos en esta sede y, por último, violación a la debida motivación al no desarrollar como se materializa la sospecha simple que vincula al investigado con la imputación formulada en su contra conforme lo exige la SPC N.º 01-2017/CJ-433.

- Adicionalmente, expone que el derecho de defensa es exigible desde el primer acto procesal dictado por el RMP, esto es, la DADP, en ese sentido, se postula la acción de tutela al carecer de precisiones como el grado de participación delictiva de los delitos atribuidos, limitándose la DADP a solo mencionar su nombre como gobernador.
- Refutando los agravios advertidos por la defensa técnica, el despacho del fiscal superior refuta en los siguientes términos:
 - A su juicio, se cumple con el estándar de prueba exigido para la subetapa de diligencias preliminares, en tal sentido, refiere firmemente que se cumple satisfactoriamente con observar el principio de imputación necesaria al referir la **ocurrencia** de los **hechos en el transcurso del mandato** del Sr. Acuña Peralta como Gobernador Regional de La Libertad.
 - No obstante, sus argumentos adicionales giran en torno a señalar que se investiga presuntos actos delictivos que giran en torno al *proyecto Chavimochic*, empero, puntualiza que son **cuatro hechos** materia de investigación, de los cuales, el recurrente solo está vinculado a **uno de ellos**, por tanto, resulta suficiente, el relato fáctico expresado por el fiscal provincial **para iniciar investigaciones**.

Sobre el particular, debemos criticar severamente la fundamentación empleada por el fiscal superior, pues, **no se pronuncia sobre lo realmente relevante para el incidente**, como se **cumple con desarrollar la imputación necesaria** (*juicio de subsunción*) en esta **sede preliminar** (tomando en consideración el tiempo transcurrido) que permita ejercitar el derecho de defensa de manera eficaz al investigado.

- En segundo lugar, un **tema relevante a mencionar**, es la **postura que adopta el Tribunal de Alzada** respecto al **ámbito de protección** de los **derechos** mediante la acción de tutela, en ese orden de ideas, conforme a lo descrito en el **fundamento 2.1.4** de la resolución *sub comento*, podemos afirmar que se alinea a una **tesis restringida**, sin embargo, a nuestro entender, **resulta incatalogable**, puesto que emplea como **fundamento** para su delimitación, lo expresado por el AP N.º 04-2010/CJ-116, respecto a la taxatividad de los derechos protegidos, en razón al **artículo 71 del CPP** y, a **reglón seguido**, enumera únicamente los derechos expresados en el numeral 2 del citado artículo, lo que **cimenta** nuestra indicación de la tesis adoptada e imposibilidad de encuadrarla en el subtipo de **moderada o radical**.

Además, a efectos de respaldar la adhesión que realiza el autor, sobre la tesis que se alinea la **1 SPDAPN**, tenemos que en el **fundamento 2.1.5**, recogiendo lo expresado por la Cas. N.º 136-2013, Tacna, ff.jj. 3.4 y 3.6, textualmente señala que procede este mecanismo procesal contra los **derechos enunciados** en la lista descrita en el apartado segundo del artículo 71 del Código Adjetivo.

- En tercer lugar, la Sala Superior en base a los argumentos esgrimidos por los sujetos procesales intervinientes, **resuelve**: “**Revocar la resolución judicial N.º 13 de fecha 06.09.2021, que declaró infundada a la tutela de derechos planteada por el investigado; y, reformándola, declarar fundada**” en ese sentido, emite como **medida correctiva**: “**Disponer que el despacho fiscal subsane en el término de quince (15) días hábiles la imprecisión advertida en la Disp. N.º 01 de fecha 18.07.2019**”.

Sobre el particular, el despacho judicial superior emplea los siguientes argumentos para fundamentar la **parte resolutive** del **auto de vista** bajo examen:

- Si bien es cierto, durante la etapa de investigación preliminar **no es exigible una imputación muy detallada y pormenorizada**, empero, esta debe ser verificada conforme al **avance del proceso penal** –principio de progresividad–, en ese sentido, resulta **exigible un nivel de narración fáctica (mínimo)** sobre la **vinculación** del investigado a la **configuración de alguno** de los delitos **materia de imputación**, siendo este el **sustento** para la actuación del representante del Ministerio Público.

- Además, con claridad enseña que resulta insostenible, a pesar de encontrarse un proceso en sede de diligencias preliminares una imputación abstracta, en ese orden de ideas, referente al caso en concreto, advierte que se presenta una **imputación fáctica defectuosa** en las actividades imputadas al investigado, pues, no se cumple con **delimitar** si los **delitos materia de investigación** se encuentran vinculados al Sr. Acuña Peralta, impidiendo que pueda ejercitar su derecho de no indefensión.

- En último lugar, brindando algunos comentarios finales sobre la resolución de vista, podemos señalar que, destacamos la argumentación brindada por el Tribunal de Alzada y, por ende, consideramos correcto el **sentido resolutivo** expresado, puesto que, en el caso concreto, era ostensible la **imputación gaseosa** (defectuosa a nivel fáctico –en términos de la Sala Superior–), empero, si bien **detalla el principio de progresividad** del proceso penal, no deja de sorprendernos que este únicamente se haga por etapas, y, **no destacando el periodo de investigación avanzado**, toda vez que, la **solicitud de tutela** se presenta posterior a **dos (02) años de investigación preliminar** –evidentemente no desconocemos el contexto de la pandemia por el Covid19–, pero es un **tema imprescindible** que consideramos no debe ser omitido sin justificación.

Para finalizar, vamos a presentar comentarios finales al incidente de tutela incoado por el Sr. Acuña Peralta:

- Primero, siendo el punto controvertido materia de incidente de tutela, tanto en primera como segunda instancia el **derecho de no indefensión** en su manifestación de **imputación necesaria** en sede de diligencias preliminares, queda **acreditado** que este derecho es **reclamable** (procedente) mediante esta institución jurídica procesal.
- Segundo, consideramos criticable que los órganos judiciales intervinientes (3 JIPNPEDCF y 1 SPDAPN) observen el **principio de progresividad** expresado en el AP N.º 04-2010/CJ-116 a raja tabla, esto es, considerando su aplicación de **etapa** tras **etapa** conforme al estándar de prueba exigido, y, **no contemplando el tiempo transcurrido de la investigación**, que en atención a la calificación procesal que materialice el despacho fiscal, puede ser un **tiempo considerable**, en puridad, respecto a la **investigación preliminar** estrictamente o, en otros casos, **al sumar el plazo de investigación preliminar e investigación formalizada** (más su prórroga).
- Tercero, la **imputación necesaria** en la fase pre-jurisdiccional (diligencias preliminares), por el estadio procesal en que se encuentra **no es exigible** un gran **detalle o precisión** en las imputaciones, empero, ello no implica admitir imputaciones **vagas, gaseosas o imprecisas**, que no permita advertir la vinculación de los hechos presuntamente delictuosos y los investigados y, en ese sentido, el reconocimiento de **datos objetivos –proposiciones fácticas–** de la materialización de los elementos del tipo de los delitos calificados por el despacho fiscal.
- Por último, el 3 JIPNPEDCF en el presente caso, **no describe la tesis** en la que se alinea respecto al universo de derechos pasibles de amparo a través de la solicitud de tutela, a diferencia de la 1 SPDAPN, que se alinea a una **tesis restringida** de los derechos

objeto de protección mediante la figura legal mencionada, no obstante, por la **fundamentación empleada** para sostener su adhesión, de la **clasificación realizada** en la presente investigación, de esta tesis, nos permitimos encuadrarla en el subtipo **inclasificable**, puesto que, emplea como **fundamento** para su delimitación, lo expresado por el AP N.º 04-2010/CJ-116, respecto a la taxatividad de los derechos protegidos, en razón al **artículo 71 del CPP** y, a **reglón seguido**, enumera únicamente los derechos expresados en el numeral 2 del citado artículo. lo que **cimenta** nuestra indicación de la tesis adoptada e imposibilidad de encuadrarla en el subtipo de **moderada o radical**.

➤ **Caso: Caso Edwin Oviedo Picchotito**

Nuestro sistema de justicia, nos permite comentar otro caso que guarda relación con el tema controvertido materia de este numeral y este es, el grado de exigencia de la **imputación** en sede de diligencias preliminares y su protección vía tutela. A modo de preámbulo, pertinente recordar a Peña Cabrera-Freyre que citando a Guerrero, sostiene que la **imputación** consistente en *“una atribución de hechos que deben guardar relevancia jurídica, de tal manera que la fiscalía no puede omitir las categorías fundamentales de derecho penal”*, en ese sentido, puntualiza respecto a las categorías del delito: *“no responden únicamente a la labor que debe realizar el juez de la causa cuando define la responsabilidad penal, pues, la Corte Constitucional las considera como parte integrante del debido proceso”* (2008, p. 190).

Ahora, ingresamos a examinar la **Casación N.º 326-2016, Lambayeque** emitida por la **SPP** el **23.11.2016** [*Caso Edwin Oviedo Picchotito*].

Tenemos en el caso en concreto que el abogado defensor del Sr. Oviedo Picchotito, promueve el incidente de tutela por la vulneración del **derecho de no indefensión** en su manifestación de **imputación necesaria** en sede de investigación preliminar, fundamentalmente porque tanto en la

Disposición fiscal de ampliación de DP del 20.08.2015 y la **Disposición fiscal de ampliación de formalización de IP del 03.09.2015**, no se cumple con desarrollar como se **vincula** el investigado y los delitos materia de proceso, esto es, los hechos que determinen cuál es la participación que materializa el Sr. Oviedo Picchotito en cada uno de los hechos punibles: homicidio calificado, asociación ilícita para delinquir, tenencia ilegal de armas de fuego y municiones.

Sobre el particular, el **JIP** de la **CSJ** de **Lambayeque** al advertir que en efecto se presenta una **imputación genérica** respecto al Sr. Oviedo Picchotito, emite el **auto de tutela** – Resolución s/n de fecha **13.10.2015**, declarando **fundada** la solicitud.

La citada resolución de primera instancia, fue materia de impugnación por parte del despacho fiscal provincial, en ese sentido, es de conocimiento por el **Tribunal revisor**, no obstante, este despacho judicial superior **inobserva el trámite para la apelación de autos** conforme al artículo 420 del estatuto procesal, a mayor concreción, detallamos:

- **23.10.2015:** mediante resolución s/n da por fundamentado el recurso de apelación.
- **27.10.2015:** mediante **auto** considera el proceso de tipo “**urgente**” resolviendo admitir el recurso impugnatorio y, en la misma resolución, programar fecha de audiencia de vista de la causa para el **29.10.2015**, ordenándose la notificación a los sujetos procesales comprendidos en el incidente.
- **29.10.2015:** Se celebra la audiencia correspondiente y se emite el **auto de vista**, resolución s/n mediante el cual es **revocada** la **resolución de primera instancia** y, **reformándola**, se **declaró infundada** la solicitud de tutela planteada por el investigado.

Con relación a los argumentos que sustentaron la **parte resolutive**, de la citada ejecutoria superior, estos se resumen en **dos argumentos principalmente**:

- Utilizando la doctrina legal del AP N.º 02-2012/CJ-116 señala que para la **apertura** de una **investigación preliminar** se exige tan solo **sospecha simple**, *ergo*, el pedido del investigado **no se condice con el estado actual del proceso penal**, que presenta como finalidad la reunión de información para decidir se opta por formalizar o archivar la investigación.
- Además, adiciona a su razonamiento, que la actuación fiscal se encuentra arreglada a derecho, puesto que pretende únicamente determinar si existen indicios relevadores que permitan la formalización de la IP, por tal motivo, *“mientras esto no ocurra no se reconoce la inobservancia alguna al principio de imputación necesaria ni afectación al derecho de no indefensión del investigado”*.

De acuerdo a lo antes descrito, es ostensible la violación de los derechos que ostenta el Sr. Oviedo Picchotito por parte de la **Sala Superior**, entre lo más resaltante destacamos a los siguientes:

- La inobservancia al trámite previsto para la apelación de autos, conforme el artículo 420 del CPP, lo que configuraría la **vulneración al debido proceso** en su pertinente de **legalidad procesal**.
- Y, respecto al tópico central de este numeral, la errónea interpretación jurisprudencial, al limitar su razonamiento a considerar que **no es exigible la imputación necesaria en sede de DP** y, esta solo puede materializarse a partir de la **formalización** de la **IP**, lo que resulta insostenible, puesto que el **derecho de defensa** es **trasversal** a todo el proceso penal, además, el fundamento de la **sospecha simple** como estándar de prueba no puede desconocer la **vinculación** de los **hechos calificados como punibles y el investigado**.

Por lo expuesto, es que la defensa técnica presenta su recurso de casación y, siendo un **incidente de tutela** –no procediendo una **casación ordinaria**, ya que, no estamos ante un **supuesto de resolución que ponga fin al**

procedimiento– la tipología empleada es la **excepcional**, siendo expuesto su **interés casacional** en los siguientes términos:

- Si la **imputación necesaria** solo es reclamable en la IP formalizada o, en su defecto, también en sede de DP, siendo que el despacho fiscal ha imputado diez (10) delitos, sin especificar la intervención del investigado Oviedo Picchotito.
- Si el Tribunal de Alzada puede instalar la audiencia de vista sin participación de los sujetos procesales a pesar de haber justificado su inasistencia.
- Para finalizar, exige que sea necesario establecer una correcta interpretación del artículo 420 del CPP, toda vez que, en el caso en concreto no se ha observado el trámite establecido para la apelación de autos –específicamente, no se corrió traslado del recurso impugnatorio interpuesto a las partes procesales por el plazo de cinco (05) días–.

No obstante, a los errores gravísimos incurridos por el despacho judicial superior, agravando tal situación, emite la **resolución s/n** de fecha **13.11.2015**, la misma que declara **inadmisible** el recurso de **casación excepcional interpuesto**, lo que condujo al abogado defensor del investigado a presentar su **recurso de queja por denegatoria de casación**, siendo está **resuelta** mediante la **Queja N.º 548-2016, Lambayeque** emitida el **25.01.2016**, declarando **fundada**.

Siguiéndose el trámite correspondiente, conocida la causa por la **SPP** del Supremo Tribunal, se emite el **Auto de Calificación de la Casación N.º 326-2016, Lambayeque** el **05.08.2016**, declarando bien concedida la casación, en ese sentido, emite un pronunciamiento a nivel fondal, siendo este materia de examen en las líneas sucesivas, no obstante, debemos puntualizar que abordaremos únicamente el tópico: si debe existir una imputación necesaria en sede de diligencias preliminares o, esta se activa (es posible su reclamo) a partir de la formalización de la investigación preparatoria.

- En primer lugar, respecto al **ámbito de protección** de derechos materia de la acción de tutela, los jueces supremos en el **f.j. 3.5.3**, sobre la base del **AP N.º 04-2010/CJ-116**, **delimitan este a los derechos reconocidos específicamente en el artículo 71 del CPP**, sin embargo, a reglón seguido, le confiere a los citados derechos el estatus de **fundamentales** al estar incluidos en la Norma Suprema del Estado, por tanto, a nuestro juicio la redacción que realiza el Supremo Tribunal de ninguna manera permitiría asumir que se refiere **exclusivamente** a los derechos taxativamente señalados en el inciso 2 del citado artículo, esto es, adoptarían **implícitamente** una posición **amplia** respecto a este tópico.
- En segundo lugar, con relación a la **imputación necesaria** en sede de **DP**, expone con claridad que el **nivel de precisión de los hechos** –no de su nivel probatorio, justificación indiciaria procedimental–, atento a la propia naturaleza de la **disposición** y del **momento procesal** que ejerce la promoción de la acción penal el despacho fiscal, debe ser **compatible** con el **grado de sospecha de inicial simple**, necesario para la apertura de una investigación preliminar.

Ahora bien, respecto a esta **imputación** debe estar exenta de **meras presunciones, fundada** en puntos de partida objetivos y asentada en la **experiencia criminalística** que tiene el órgano investigador, que en efecto, le permita inferir que existe un **hecho de apariencia delictiva perseguible y atribuible a una o varias personas** con un nivel de **singularidad razonable y riguroso (f.j. 3.5.8)**.

- En tercer lugar, es importante destacar que en los **fundamentos jurídicos 3.5.9, 3.5.10 y 3.5.11**, aplica la doctrina legal de la Corte Suprema que reconoce la procedencia de la acción de tutela para controlar la imputación en la **DFYCIP**, empero, recuérdese que este caso la disposición objeto de control judicial es la **DADP**, lo que indudablemente permitir afirmar que, a juicio de los jueces supremos, el sentido argumentativo del **AP N.º 02-2012/CJ-116**, si bien es cierto

no expresamente señala a la **DADP**, toda su fundamentación le resulta aplicable, siendo esta la interpretación coherente que se debe seguir, no admitiendo discusión sobre la viabilidad del control de la **imputación necesaria** en esta subetapa procesal.

- En último lugar, resaltamos la forma en que el Supremo Tribunal, materializa lo expuesto en líneas precedentes, en el caso en concreto, al **coincidir** con el Tribunal Superior sobre la **sospecha simple**, como el **primer estándar de prueba** exigido para **instaurar un proceso penal**, y, en ese sentido, con el transcurrir la investigación, la **imputación** será cada vez precisa y detallada, **no obstante** –y, ahí radica el mérito de esta Ejecutoría Suprema en este tópico examinado–, con claridad expone, que **ello no obstáculo para que el RMP y el juez de causa**, al emitir sus respectivos **actos procesales, guarden correlación y congruencia en el avance de las investigaciones**.

Conforme al razonamiento empleado, es de recibo el agravio deducido por el abogado defensor del investigado y, en consecuencia, *“se declara **fundado** el recurso de casación planteado, nula la **resolución de vista** dictada el 29.10.2015 que revoco la **resolución de primera instancia** del 13.10.2015 que declaró **fundada la tutela** solicitada por Sr. Edwin Oviedo Picchotito”* y, agrega: *“**sin reenvió**, en sede de instancia y emitiendo **pronunciamiento de fondo, confirmaron** la resolución de **primera instancia**, que declaró **fundada la tutela**, y, **dispuso** que el RMP en un plazo de **cinco días** cumpla con **subsana**r la investigación”*.

A modo de colofón, brindaremos algunos comentarios respecto a la Ejecutoría Suprema antes evaluada:

- Desde nuestra lectura, consideramos que el **ponente**: Pariona Pastrana, y, los jueces supremos que suscriben la presente casación, se **alinean** a una **tesis extensa** de derechos objeto de amparo mediante la acción de tutela, al conferir el estatus de **derechos fundamentales**, a los derechos que son reclamables mediante esta

vía, puesto que tienen reconocimiento en la **Constitución Política**, por ende, se configuran como **garantías**; sin embargo, si el lector **no se alinea con esta afirmación** por carente de mayor soporte argumentativo, en todo caso, queda **acreditado** que **no existe uniformidad para etiquetar a estos derechos** y, en ese sentido, **señalar la tesis** a la cual se adhieren los jueces supremos sobre este tema problemático.

- En otro orden de cosas, es plausible la posición adoptada por los jueces supremos al emplear como fundamento para la **exigencia** de imputación necesaria en sede de **DP** la doctrina judicial de esta propia Suprema Corte, y, además, su forma de **interpretar** estos fundamentos, al señalar que, en efecto, es la **sospecha simple** el estándar de prueba exigido para aperturar una investigación preliminar, sin embargo, esta debe ser **compatibilizado** con los **avances** que se realicen en la **investigación**, lo que exige el cumplimiento de desarrolla fáctico que permita **advertir** la vinculación de la **calificación jurídica deducida** y los investigados, que no es otra cosa que, el cumplimiento de los **elementos del tipo** de cada delito, en suma: podemos **afirmar** la procedencia de esta manifestación del derecho de no indefensión pasible de reclamación vía tutela.
- Por último, persiste esta **omisión** que advertimos en el Supremo Tribunal peruano, de **declarar doctrina judicial vinculante** de oficio, **temas controvertidos** que puedan **coadyuvar a mejor la administración de justicia**, es decir, garantizar la observancia de la seguridad y predictibilidad jurídica, derechos que ostentan los sujetos intervinientes en los procesos penales, pues, respecto a este **tópico controvertido** declarado **interés casacional** para emitir pronunciamiento, **no se ha establecido** el obligatorio cumplimiento de alguno de sus fundamentos, a pesar de que, como se ha demostrado, presenta una argumentación de calidad digna de replicar

de manera obligatoria por los órganos judiciales de menor jerárquica.

Definitivamente, **referente al tópico 1**: podemos aseverar que ha quedado demostrado la **procedencia** de la **acción de tutela** para la protección del derecho de defensa en su vertiente de **imputación necesaria** exigible en sede de **diligencias preliminares**, en ese sentido, se entiende a esta última como el **derecho** que presenta el procesado (**deber** que ostenta el órgano investigador) de **conocer** (de **imputar**) de **manera expresa. precisa e inequívoca** los **cargos formulados** en su contra, entendidos estos últimos, como las **proposiciones fácticas** de **relevancia penal** que se le atribuye al procesado y que justifican la inculpación **formal** planteada por el despacho fiscal, es decir, la **vinculación** del sujeto pasivo del proceso y el delito descrito en el Código Penal, que debe ser **compatibilizado** con los **avances de la investigación**, lo que no implica necesariamente el término de una etapa y el inicio de otra, al contrario, el desarrollo de la **imputación** dentro de cada **subetapa procesal** (entiéndase, **diligencias preliminares** o **investigación preparatoria formalizada**) de manera concreta.

b) Tópico 2: (Im)posibilidad de solicitar vía tutela la precisión de cargos de un sujeto procesal distinto al investigado

En principio, debemos partir reiterando la posición que se ha fundamentado en el numeral **3.3.4. sujetos legitimados para promover la acción de tutela**, en la cual se desarrolló los **argumentos** que **legitiman** que **sujetos distintos** al **investigado** puedan **promover el citado incidente**, sin embargo, el presente **tópico**, sobre la **base de la procedencia** de esta solicitud por los **sujetos procesales** intervinientes en una investigación diferentes al investigado (léase: coinvestigado, persona jurídica, tercero civil responsable), nos **permitimos** adicionar una **variable**, y, es la **posibilidad** que un **tercero distinto al investigado** puede **solicitar** –en el marco de esta figura legal– la **precisión de cargos del investigado**.

Sobre la citada problemática, hemos acopiado de la **1 SPDANEDCF**, dos **Ejecutorias Superiores** emitidas en el **año 2019**, que presentan el siguiente detalle:

- **Auto de vista – Resolución N.º 03** emitida el **22.08.2019**, Expediente N.º 00046-2017-77 [*Caso Construcción y Administración S.A.*].
- **Auto de vista – Resolución N.º 04** emitida el **23.08.2019**, Expediente N.º 00025-2017-43 [*Caso Hernán Manuel Costa Alva*].

Conforme se advierte del detalle presentado, tenemos que ambas **resoluciones**, son dictadas en un **lapso reducido**, es por tal motivo, que nos limitaremos a analizar **una de estas**, la resuelta en el caso de la empresa **CASA** y, para finalizar este tópico, una **sucinta mención** sobre la variable que se pone de manifiesto, en el caso del Sr. **Costa Alva**, esta es, en casos en que los **delitos**, por su **estructura en sí misma (delitos de encuentro)** o por el **grado de participación delictiva imputado (coautoría)**, podrían presentar **elementos convergentes**, en ese sentido, si en este último aspecto, cualquier coinvestigado quedaría expedito para promover la acción de tutela.

- **Caso: Construcción y Administración S.A. (en lo sucesivo, CASA)**

La defensa técnica del **tercero civil responsable CASA**, el **22.04.2019** promueve la acción de tutela por vulneración del **derecho de no indefensión** en su vertiente de **precisión de hechos** (cargos penales) generados de responsabilidad civil, más concretamente, de los hechos en los cuales se sustenta la presunta intervención de **representante legal** de la **citada empresa** Jaime Sánchez Bernal.

Es así, que el **1 JNIP del Subsistema Anticorrupción**, previa audiencia emite el **auto de primera instancia – Res. N.º 04** de fecha **14.06.2019**, en la cual declara **improcedente** la solicitud de tutela planteada por el abogado patrocinante de la **empresa CASA**, los fundamentos son los siguientes:

- Primero, expone con suma claridad que conforme se desprende del texto legal vigente del artículo 113 del CPP, relativo al **tercero civil responsable**, que le asisten todos los derechos que ostenta el imputado, en tanto en cuanto se encuentren vinculados a la defensa de sus **intereses patrimoniales**, a diferencia de la técnica legislativa empleada respecto a la **persona jurídica que no presenta esta limitación** (art. 93 del CPP), en ese sentido, **acepta** la posibilidad de **incoar la tutela de derecho** por este sujeto procesal.
- Segundo, **admite** la posibilidad de incoar la **acción de tutela** por el tercero civil responsable, empero, este **no puede** promoverla para **reclamar el derecho de precisión de cargos** (imputación necesaria) del imputado, pues, **excede** el ámbito de sus intereses patrimoniales y su **incorporación** no se fundamenta en el **hecho atribuido** al investigado, por el contrario, a la **vinculación existente** entre **CASA** y **este último**.

Además, puntualiza que **la empresa conto con la posibilidad de cuestionar este tópico**, por ende, ejercitar su derecho de defensa, **en el emplazamiento, audiencia y, posterior, incorporación al proceso penal**.

- Tercero, el investigado Sánchez Bernal –representante legal de CASA–, en su oportunidad promovió la acción de tutela por precisión de cargos en sede de **IP formalizada**, siendo resuelta por el despacho judicial que conoce la causa, mediante el **auto de primera instancia** – Res. N.º 02, Exp. N.º 00046-2017-39, dictada el **09.07.2018** que declara **fundada en parte** la solicitud planteada por el accionante, siendo posteriormente, **confirmada** por el **Tribunal Revisor** a través del **auto de vista** – Res. N.º 04 emitida el **11.09.2018**.

Al respecto, como no podría ser de otra forma, es **plausible** la posición adoptada por la **magistrada de primera instancia** respecto a la

procedencia de incoar la acción de tutela por el **tercero civil responsable**, pues, consideramos esta se encuentra fundada, en la **interpretación extensiva** que exige las reglas de interpretación de las normas procesales prescritas en el TP del CPP, la **observancia** del principio de igualdad de armas y legalidad de las formas; y, de igual manera, consideramos **no es procedente** que un **tercero** promueva la **acción de tutela** por precisión de cargos en base a los siguientes argumentos **adicionales** a lo expresado por el despacho judicial:

- El artículo 71 apartado primero del cuerpo normativo procesal, ha delimitado la **legitimidad** para incoar la acción de tutela, **circunscribiendo** su círculo de actores, al **propio investigado** que en términos amplios, se entendería como el **accionante** (pues, ya se ha dejado sentado que es posible que los sujetos procesales distintos al investigado, comprendidos en la investigación, pueden activar esta vía incidental) y/o su defensa técnica, a pesar de la equivalente que se formula a este **incidente** como un **proceso constitucional**, a mayor precisión, en el caso del **habeas corpus**, que en su artículo 31 del NCPconst textualmente expresa que esta puede ser planteada por la **persona perjudicada** o **persona distinta a su favor sin necesidad de representación**.
- La **imputación necesaria** como manifestación de derecho de no indefensión, a nuestro entender, se configura como un **derecho de carácter personalísimo**, esto es, **exclusivamente pasible de promoción por el titular no pasible de materialización por tercero**, puesto que puede contravenir la **estrategia** que pretenda materializar en el caso, el investigado o su defensa técnica.

Conforme al tenor resolutivo del **auto de tutela**, la defensa técnica de CASA presenta su recurso impugnatorio de apelación, exponiendo sus agravios en los siguientes términos:

- No existe en el Código Adjetivo norma que proscriba la posibilidad de amparo del derecho de defensa frente al hecho imputado al sujeto

generador de la responsabilidad civil, y, además, que se presenta una indebida aplicación de los artículos 95 y 111 del CP, al señalar que CASA es ajeno al hecho materia de imputación, sino solo a la relación del imputado y la empresa.

- Postula una vulneración a la debida motivación en su manifestación de **inexistencia**, ante la ausencia de pronunciamiento respecto a tópicos planteados por la defensa técnica en su solicitud.
- Termina señalando que, la tutela de derechos por imputación insuficiente no debería afectar al despacho fiscal, debido a que trae como consecuencia jurídica, su perfeccionamiento.

A su turno, el despacho fiscal absuelve los agravios deducidos por el recurrente, exponiendo de manera concreta estos argumentos:

- A pesar de que por economía procesal, en nuestro proceso de orden penal de manera convergente se puede ventilar la **acción penal y civil**, de ninguna manera puede confundirse el objeto (y, por extensión) la pretensión que busca satisfacer cada una de estas.
- Es incorrecto la posición expresada por la defensa técnica, pues, de una revisión de las normas que regulan la incorporación del **TCR** (art. 111 del CPP) se advierte que mediante una **cláusula de remisión** se condice con lo descrito en el artículo 100 del CPP, siendo así, uno de los requisitos exigidos, el **relato circunstanciado** sobre el delito materia de proceso y justificación del pedido, en ese sentido, fue materia objeto de análisis este tópico, y, con mayor razón, si el abogado defensor se **opuso** a la medida, siendo materia de debate.
- Y, finaliza, señalando que el **TCR** no tiene legitimidad para acudir a la audiencia de tutela por imprecisión de cargos formulados al investigado.

Expuesto los argumentos que han sustentado las partes procesales comprendidas en el incidente, corresponde describir y examinar la fundamentación y sentido resolutivo a la cual arriba la **1 SPDAPNPEDCF**:

- **Nota preliminar**, en el **fundamento 4** deja sentado que resulta posible que el **TCR** pueda promover la acción de tutela, no obstante, la delimita al extremo de la **defensa de sus intereses de orden patrimonial**, aunado a ello, expone que la intervención de este sujeto procesal, encuentra sustento en la finalidad de garantizar la **reparación del daño causado** producto del delito, a pesar de no tener la condición de autor o participe, por tal motivo, no es de recibo la **posibilidad** de solicitar precisión de cargos del imputado.
- Otro argumento adicional esbozado, versa relativo a la materialización de su derecho de defensa, pues, a su juicio, es respetado, al ser concretizado en la audiencia correspondiente, máxime, si este presentó su escrito de oposición al requerimiento de incorporación como **TCR**.
- Por último, refiere que, en **remisión** de los argumentos expresados por la magistrada de instancia, **hace suyos** la citada fundamentación y, por ende, considera el colegiado superior, que no se constriñe el derecho de debida motivación, toda vez que, se cumple con manifestar adecuada fundamentación jurídica, congruencia entre lo pedido y lo resuelto o, motivación *per remissionem*.

Sobre el particular, el suscrito se alinea a la posición adoptada y la fundamentación desarrollado por el **Tribunal de Alzada del Subsistema Anticorrupción**, sin embargo, consideramos necesario mencionar que, si es posible la promoción de la acción de tutela por el **TCR** en los siguientes supuestos:

- a) Es aplicable el estándar de prueba exigido para la **imputación** conforme a la **SPC N.º 01-2017/CJ-433**, a la **pretensión civil**, esto es, es **admisible** una **precisión** sobre el **hecho generador** de

responsabilidad civil conforme al **estándar de prueba** de la **etapa procesal** que se encuentre el caso, la **relación de causalidad** que se presenta entre el **hecho generador** y el **TCR** o, se quiera cuestionar una **incorrecta justificación** del monto de la reparación civil, vale decir, que no serían los únicos supuestos.

- b) Otro aspecto sería, la **exclusión de elementos de convicción** incorporados para **fundamentar la pretensión civil** cuando se vulneren el contenido esencial del derecho o derechos fundamentales de ostente algún tercero o este mismo.
- c) Para cuestionar algún **requerimiento** relativo a **medidas coercitivas de carácter real** que no **cuenten** con una **vía específica de control** dentro del estatuto procesal.
- d) A modo final, debemos precisar que los casos hipotéticos descritos **no constituyen los únicos**, ni puede asumirse como una **lista cerrado**, por el contrario, esta comprende supuestos adicionales, sin embargo, debe recordarse que siempre deben guardar relación con los intereses patrimoniales que presenta este sujeto procesal.

Para finalizar el análisis del caso **CASA** queda acreditado que tanto el **1 JNIP del Subsistema Anticorrupción** a cargo de la magistrada Marial De los Ángeles Álvarez Camacho y **1 SPDAPNPEDCF**, consideran **procedente la incoación de la acción de tutela** por parte del **tercero civil responsable**, en tanto en cuando se encuentre **circunscrita a la defensa de sus intereses patrimoniales**, criterio que respalda la posición adoptada por el suscrito en el numeral **3.3.4. sujetos legitimados para promover la acción de tutela** de la presente investigación, y, en correlato con el presente **tópico**, que **resulta imposible** acudir a este mecanismo procesal por **imprecisión de cargos del investigado, posición a la cual también nos alineamos**.

➤ **Caso Hernán Manuel Costa Alva:**

Habiéndose analizado un peculiar el caso, en el cual el **TCR** –empresa **CASA**– solicita la precisión de cargos del investigado, debido a que, este último, es el **vínculo** para que la sociedad sea incorporada al proceso, por haber ejercido el cargo de **representante legal**, en el presente caso, **vamos a analizar la solicitud de precisión de cargos** presentado por un tercero distinto al investigado, más concretamente, el **coinvestigado**.

Es así, que la **1 SPDAPNPEDCF** emite el **23.08.2019**, el **auto de vista – Res. N.º 04** tramitado en el Exp. N.º 00025-2017-43, que ostenta como **parte resolutive: “Confirmar la Res. N.º 01 de fecha 18.06.2019 emitida por la jueza de primera instancia, que resolvió declarar improcedente la solicitud del investigado, respecto a los cargos atribuidos al coimputado Jorge Pablo Nicolás Noziglia Chávarri”**.

Antes de iniciar el análisis de la citada resolución, podemos advertir que esta es **dictada** un día después del caso antes examinado y, por el mismo despacho judicial superior, por tal motivo, al revisar la **argumentación** para **replicar su pronunciamiento** del caso **Construcción y Administración S.A. –improcedencia de precisión de cargos de un sujeto distinto al investigado–**, comprobamos que, **esencialmente es la misma fundamentación**, no obstante, advertimos **algunas notas distintivas**, de necesaria mención y desarrollo.

- Primero: La solicitud de tutela es por **vulneración a la imputación necesaria** en su manifestación de **precisión de cargos formulados, con la particularidad**, que esta se materializa, **sobre la base de la imputación formulada contra el coimputado**, el Sr. Noziglia Chávarri, esto es, en que se precise los elementos objetivos del tipo penal del coimputado.

Sobre el particular, vale precisar el **fundamento** del accionante, y, este radica en la **correlación existente** entre los delitos atribuidos a ambos, pues, se imputa **cohecho activo genérico** a Costa Alva y

cohecho activo (propio o impropio –tipificación principal y alternativa–) respecto a Noziglia Chávarri.

- Segundo: En primera instancia, toma conocimiento la jueza del **1 JIPNEDCF** –al igual que el incidente de **Construcción y Administración S.A.**– María de los Ángeles Alvares Camacho, la misma que sobre la base de **ausencia de legitimidad (titularidad)** del **presunto derecho afectado**, **ausencia** de similar pedido por el investigado Noziglia Chávarri y, en ese sentido, por poder perjudicar la estrategia que proyecte este último en el proceso.
- Tercero: En el numeral primero, se expuso la **pretensión** del recurrente y que fue materia de pronunciamiento –vale acotar, la misma que fue interpuesta al despacho fiscal, siendo esta última rechazada–, sin embargo, en sede superior, varía su pedido y señala, que su objeto es la **precisión de cargos de elementos comunes** a los tipos penales imputados, o con mayor exactitud, de los **elementos del tipo imputado –cohecho activo genérico–** referidos al ***intraneus***.
- Cuarto: Un aspecto a destacar –que no guarda correlato directo con el presente tópico, empero, consideramos de necesaria mención– versa sobre su adhesión de la **legitimidad** de la **calificación** de la **solicitud de tutela**, pues, amparándose en el AP N.º 04-2010/CJ-116 expone que son **cuatro** las posibilidad que ostenta el juez:

“1) Resolver de manera directa y sin audiencia, excepcionalmente, cuando se advierte que el agravio puede constituirse en irreparable; 2) rechazar liminalmente la petición en los casos que se aprecie manifiesta intención de la defensa de obstruir la labor de la investigación, 3) rechazar liminalmente la petición, previa verificación en caso particular de que no se dejen indefensión al imputado y 4) convocar audiencia a las partes para el respectivo debate y seguir con el trámite regular”.

- Quinto: El Tribunal de alzada, al advertir la variación de pretensión, y, en atención al **principio de igualdad de armas**, anuncia la imposibilidad de que esta sea objeto de pronunciamiento lo **pretensión modificada o ampliada** por el accionante, en ese sentido, respecto a la **pretensión primigenia**, refieren lo siguiente:
- Brinda una aproximación conceptual sobre **legitimidad e interés para obrar** aplicado al proceso penal; el primero, *“consiste en que el sujeto pasivo o activo de la relación jurídico-procesal penal válida, tiene derecho a formular, en caso del Ministerio público, o cuestionar, en caso de los imputados cuestionar una imputación penal”*; el segundo, *“es el interés sustancial subjetivo, concreto, serio y actual que se tiene como titular del derecho procesal respecto a determinada pretensión que promueve ante el juez”*.

En suma, con claridad meridiana le confiere el estatus de **derecho personalísimo**, en atención a que, nuestro estatuto procesal le concede al despacho fiscal, la titularidad de la acción penal, por ende, **ejercita una pretensión punitiva respecto del imputado**, la misma que **es personalísima**, pues, **las consecuencias jurídicas van a recaer directamente sobre este último**.

- A causa de lo antes descrito, replica los argumentos expuestos por la magistrada de primera instancia y, en ese marco, de lo expuesto en el incidente de **Construcción y Administración S.A**, antes desarrollado.
- Sexto: Deja claramente sentado que, en efecto, está limitado el accionante a acudir vía tutela a la precisión de cargos del coinvestigado, empero, en el **fundamento 8.14.**, mociona que el Sr. Costa Alva tiene expedito el ejercicio de sus derechos que correspondan, lo que **habilita** en efecto, la **precisión de**

elementos objetivos comunes de los delitos y/o elementos del tipo penal imputado a su persona que involucren al extraneus del delito.

En consecuencia, al finalizar el incidente promovido por el Sr. Costa Alva, respecto a la afectación del derecho de no indefensión en su manifestación de precisión de cargos de su coinvestigado, podemos concluir que: Tanto la jueza del **1 JIPNEDCF**, María de los Ángeles Alvares Camacho y la **1 SPDAPNPEDCF**, órganos judiciales del **Subsistema Anticorrupción** estiman que, la **precisión de cargos** es de **índole personalísima**, por tal motivo, **no es posible acudir vía tutela por un coinvestigado**, no obstante, **eso no limita su derecho a peticionar** precisión de elementos del tipo **comunes y/o de los elementos del tipo que correspondan a la intervención del extraneus e intraneus** (indistintamente), en los delitos de participación necesaria (léase: colusión, cohecho pasivo, entre otros).

Resumiendo el presente numeral, hemos arribado a las siguientes deducciones:

- El **derecho de defensa** en su manifestación de **imputación necesaria en sede de DP es amparable mediante la acción de tutela**, en tanto en cuanto, se presente una **afectación** que permita advertir una **imputación vaga, imprecisa, general o contradictoria** y, de igual manera, cuando se presente una **falta de vinculación** de las proposiciones fácticas y los delitos formulados por parte del RMP, empero, **siempre compatibilizado** con el estándar de prueba exigible en esta subetapa: *sospecha simple*, con la precisión que, **esta irá variando conforme al avance de la investigación**, que **no se delimita a la apertura de la siguiente etapa** (etapa intermedia) **o subetapa** (investigación formalizada), **sino del transcurso de esta en sí misma**.
- Por otro lado, estimamos correcta la posición jurisprudencial –del Subsistema Anticorrupción– que adoptan nuestros órganos judiciales, al **proscribir la posibilidad que un sujeto procesal distinto al investigado pueda incoar al acción de tutela por presentarse una**

hipotética imprecisión de cargos,—con indiferencia de la subetapa que se presente— puesto que, el citado derecho es de corte **personalísima**, por ende, estamos ante una **ausencia de legitimidad (titularidad)** del **presunto derecho afectado**, y, en ese orden de ideas, perjudicar la estrategia que proyecte este último en el proceso, no obstante, **eso no limita su derecho a peticionar** precisión de elementos del tipo **comunes** y/o de los **elementos del tipo que correspondan** a la **intervención del extraneus e intraneus** (indistintamente, según el título de imputación formulado en su contra), en los delitos de participación necesaria (léase: colusión, cohecho pasivo, entre otros).

4.3.2.3.4. Derecho de defensa como expresión del deber de notificación del despacho fiscal de sus actos procesales dictados y de anexar los elementos de convicción que fundamentan sus requerimientos fiscales

1. Breves reflexiones en torno al encuadramiento del deber de notificación del despacho fiscal como manifestación del derecho de defensa y el régimen de notificaciones que regula el CPP

En el presente numeral, se someterá a evaluación el **deber** que **tiene** el RMP de **cumplir** con **notificar** los **actos procesales** que emite o formula —en términos generales—, en tal sentido, debemos iniciar exponiendo los motivos por los cuales lo encuadramos dentro del **derecho de defensa**.

A nuestro juicio, una **notificación** defectuosa agravia al **derecho de defensa** e indefectiblemente el **debido proceso**, sin embargo, ya previamente hemos desarrollado la **relación** que presentan los citados derechos, que en nuestros palabras son de **orden complementario** o **de interrelación**, pues, sin el **derecho de no indefensión**, resultaría **insostenible** la afirmación que estamos en efecto, ante un **proceso debido** instaurado en contra de un procesado y, sin **debido proceso**, se vacía de contenido el ejercicio eficaz del derecho de defensa.

De forma semejante, como no podría ser de otro modo, el **Sumo Intérprete Constitucional** en el **Exp. N.º 8605-2005-PA, Lima (f.j. 14)** expedida el **14.11.2005**, y, reiterado en el **Exp. N.º 5085-2006-PA, Lima (f.j. 7)** dictada el

13.04.2007, se pronuncia reconociendo que el **derecho de defensa** conforma al **debido proceso**, este último por su naturaleza de **derecho continente**.

Planteada estas ideas previas, a continuación, vamos a examinar y desarrollar el **régimen de notificaciones** que ostenta el ordenamiento procesal:

- El **contexto legislativo** en el que se encuentra las **notificaciones procesales** es el **libro segundo: la actividad procesal, sección I: preceptos generales, título I: las actuaciones procesales, capítulo IV: las notificaciones y citaciones**, que comprende los **artículos 127 al 131** del CPP.
- Lo resaltante del régimen de notificaciones, gira en torno a **tres tópicos principalmente; en primer lugar**, que el artículo 122 del CPP, que reglamente los **actos procesales** dictados por el despacho fiscal, declara que **se rigen bajos los parámetros del régimen de notificación** contemplado en el artículo 127 del ordenamiento citado, **en segundo lugar**, el legislador nacional, no brinda una **aproximación conceptual** del término **notificación**, sin embargo, el **TC conceptualiza a esta**, en el **Exp. N.º 7811-2006-PHC, Lima [Caso Rubén Galván Borja]** dictada el **20.09.2006, f.j. 5**; en los siguientes términos:

*“es aquel **acto procesal** cuyo principal objetivo es que las **partes intervinientes en un proceso judicial tomen conocimiento de las resoluciones judiciales** emitidas en el marco del mismo, a fin de que estas **puedan ejercer su derecho a la defensa**, en el **ámbito del debido proceso**”.*

En **último lugar**, presenta una **cláusula de remisión**, exponiendo que es de aplicación lo desarrollado en torno a este **acto procesal** lo descrito en el TULO del CPC y los reglamentos emitidos por la Fiscalía de la Nación y el Consejo Ejecutivo del PJ.

- A nivel jurisprudencial, el **TC** y la **CS** han mostrado **uniformidad de criterios** al **desarrollar el contenido del acto procesal**: notificación y, en ese sentido, al **definir los parámetros** en los cuales se materializa, de manera efectiva la vulneración del **derecho de defensa** y **debido proceso** en el caso en concreto.

Sobre el particular, en el **Exp. N.º 7811-2006-PHC, Lima (f.j. 7)** [*Caso Rubén Galván Borja*] dictada el **20.09.2006**, y **secundado** por el Supremo Tribunal en la **Casación N.º 326-2016, Lambayeque (f.j. 3.4.3 declarado doctrina legal vinculante)** dictada por la **SPP** el **23.11.2016**, la **notificación** se configura como un **requisito de validez** para los **actos procesales**, a efectos que, las partes procesales puedan tomar conocimiento del **contenido** de los pronunciamientos y, en ese sentido, las **diligencias sumariales** programadas u **otro acto de investigación** dispuesto, no obstante, debemos resaltar que solo en **supuestos** de aplicación de **sanciones** o **restricción de derechos** de las partes procesales intervinientes en el proceso, el **incumplimiento** de este acto procesal **vulnera** el **derecho de defensa** u otro **derecho de orden constitucional**.

Por último, vale precisar que, no toda **notificación defectuosa** se configura como violatoria de **derechos al debido proceso** y **derecho de no indefensión**, pues, para que se materialice el agravio de los citados derechos, debe de acreditarse de manera indubitable por la parte alegante, que está **falta de debida notificación –por omisiva o defectuosa–** ha generado una **afectación real y concreta** al **derecho de defensa** u **otro derecho supralegal** que guarde relación de manera directa con el caso en concreto –de manera integral, cfr. en el **Exp N.º 4303-2004-AA, Lima (f.j. 3)** [*Caso CONSORCIO JACCSA-CIPATE*] dictada el **13.04.2005**,–.

Conforme a lo desarrollado, en las líneas siguientes se analizará **supuestos concretos** en los **cuales** la **vulneración** a la **debida notificación** (por **omisiva o defectuosa**) vulnera el **derecho de no indefensión** de los sujetos procesales comprendidos en la investigación preparatoria, desde dos manifestaciones: **notificación** de las **disposiciones procesales** (que **concede medidas de protección**) y el **defecto de notificación** ante la **omisión** de **acopiar** los **elementos de convicción** en los **requerimientos** (de **detención preliminar judicial**) presentados al despacho judiciales en el acto procesal de notificación al ejecutar la medida contra el investigado.

2. Con relación a la notificación de actos procesales: Disposición que confiere medidas de protección.

Es así, que hemos acopiado las resoluciones emitidas (primera como segunda instancia, puesto que de una revisión de la consulta de expediente judiciales supremo, se ha logrado verificar que la accionante no ha promovido la instancia excepcional en el presente incidente) en el caso de la exprimera dama **Nadine Heredia Alarcón**, tramitado en el **Exp. N.º 0003-2017-10** a cargo de los órganos judiciales pertenecientes al **Subsistema Anticorrupción y Crimen Organizado**, en el citado caso, la defensa técnica a promovido la petición de tutela, empero, vale precisar que fundamenta **dos pedidos** presentados en **momentos diferentes**, por tal motivo, el **juez de garantías**, sobre la base de los principios de **economía y celeridad procesal**, acumuló en un solo incidente ambas solicitudes, siendo reclamada la **afectación** a los siguientes derechos:

- **Primer pedido de tutela:** Advierte una afectación al **derecho de defensa** en su expresión de **deber de notificación de actos procesales**, más concretamente, la **disposición fiscal** que **otorga medidas de protección** al **testigo protegido N.º 01-2016**, al ser el único elemento de convicción que vincula a la Sr. Heredia Alarcón y la investigación, por ende, resulta necesaria conocer la fundamentación empleada para la habilitación de este proceder fiscal y, de ser el caso, promover el **reexamen** de la **medida de protección** autorizada.

- **Segundo pedido de tutela:** Vulneración al **derecho de no indefensión** en su manifestación de **imputación necesaria**, ante la **ausencia de desarrollo** de la **calificación jurídica** formulada **por el delito de organización criminal** contra alguno de los investigados del caso y, con mayor precisión, por el reconocimiento expreso del despacho fiscal de indicar que la **calificación procesal** brindada a la investigación solo responde a **índole procesal y no material**, por ende, no hay imputación por el citado delito contra alguno de los investigados del caso y de manera concreta, contra la accionante.

Previamente, se ha indicado en el título del presente ítem, que será materia de análisis, la **procedencia** de ser **discutido mediante la acción de tutela**, la **notificación de actos procesales: disposición que confiere medidas de protección**, por tal motivo, será desarrollado el caso de la Sra. **Heredia Alarcón**, solo el **sentido argumentativo** y **resolutivo** del **extremo** correspondiente del **primer pedido de tutela** tanto en primera como segunda instancia.

a) **Primera instancia:** Auto de tutela de derechos – Res. N.º 04 dictada por el 2 JIPNPEDCF el 13.08.2019, en el Exp. N.º 0003-2017-10.

Sobre los fundamentos empleados para sustentar la **solicitud de tutela**, el accionante expone que, a través de la **Disposición N.º 01** del 13.02.2017, se precisa los alcances presuntamente delictivos de la intervención del a Sra. Heredia Alarcón en la designación del exministro de Energía y Minas, Eleodoro Mayorga Alba y el supuesto favorecimiento a la empresa trasnacional **Odebrecht**, **ambos hechos hipotéticos**, sobre la base de la **declaración de un testigo protegido** signado con numeración **01-2016**, en ese orden de ideas, ante el **rechazo** por parte de fiscalía de **notificar** el acto procesal mediante el cual se **dispuso** esta medida de protección con la finalidad de tomar conocimiento de la **fundamentación** que descansan dicho proceder fiscal, quebranta el **derecho de defensa** vinculado a la **tutela jurisdiccional efectiva**, toda vez que, no puede incoar el **reexamen judicial de medida de protección** regulado en el artículo 251 del Código Adjetivo.

Rebatiendo dicha argumentación, el RMP expone que **adolece** de **legitimidad pasiva para obrar**, puesto que no fue el fiscal quién otorgo las medidas de protección a la testigo y, adicionalmente, que durante la materialización de este otorgamiento de medidas de protección, la recurrente no ostentaba la calidad de investigada en el proceso, *ergo*, no existe la obligación de notificarle dicho acto procesal.

Por otro lado, considera que el texto legal del artículo 251 del CPP, al contemplar la posibilidad de recurrir esta, **se limita al afectado**, entendido a su juicio, **como la persona sobre la cual se otorga dicha medida** y **no el investigado o investigados de la causa** y, por último, señala que en su oportunidad, al tomar conocimiento de la **Disposición N.º 01**, la defensa técnica no solicita la

notificación de la **disposición que concede medidas de protección**, y, lejos de ello, **solicita** ampliación de declaración del testigo protegido, siendo amparado dicho pedido, mediante **pliego interrogatorio**, en ese sentido, **no corresponde** solicitarlo después de varios años.

En pocas palabras, advertimos que el fiscal del caso, presenta **argumentos de orden fondal** sobre la solicitud y fundamentos descritos por la parte peticionante, en ese sentido, nos permite inferir que **admite** la **procedencia** del **cuestionamiento** de la **notificación de disposición procesal que otorga medidas de protección**, mediante la acción de tutela, al menos de manera **fáctica**.

De los alegatos presentados por las partes procesales, el despacho judicial de primera instancia, emite su **resolución** correspondiente en los siguientes términos:

- En primer orden, **cumple** con **realizar** un **examen** a la **procedencia** de los **derechos reclamados** mediante la acción de tutela, que engloban la facultad de **cuestionar** la **disposición que concede medidas de protección**, y, sobre esta posibilidad, en los **fundamentos jurídicos 10 al 13**, empleando como **fundamento principal** la presunta delimitación que realiza el legislador nacional y los jueces supremos en lo penal en el AP N.º 04-2010/CJ-116, de los derechos pasibles de amparo mediante este mecanismo procesal, siendo los descritos en los apartados 1) al 3) del artículo 71 del CPP, estando fuera de su universo de protección, el **derecho de defensa, legalidad procesal y tutela jurisdiccional efectiva**, para resumir, el **cuestionamiento de la disposición antes citada**.
- En segundo orden, sin perjuicio de lo antes descrito, procede a **realizar un examen fondal** de la solicitud, en los **fundamentos jurídicos 14 y 15**, considerando de manera sucinta que el **reexamen judicial de medidas de protección** es únicamente posible de **promoción** por la persona a quién se le confiere la medida y **no los demás sujetos procesales** comprendidos en la investigación.
- En último orden, conforme a los argumentos descritos, **reitera**, que no solo los **derechos deducidos** no son **susceptibles** de ser amparados mediante la acción de tutela, sino que ninguno de ellos ha sido vulnerado (**f.j. 28**),

por ende, la parte **resolutiva** declara: *“improcedente la solicitud de tutela formulada por la investigada, por la presunta afectación de derechos de defensa eficaz, legalidad procesal penal y tutela jurisdiccional efectiva”*.

Conforme al sentido argumentativo y resolutiva de la solicitud incoada por la defensa técnica, nos permite compartir las siguientes reflexiones:

- El juez de primera instancia se **alinea expresamente** –pues, indica que ese es su forma de resolver estas incidencias que son de conocimiento de su despacho (**f.j. 10**)– a una **tesis reduccionista radical** del ámbito de protección de derecho de la acción de tutela, esto es, **delimita el ámbito aplicación** de los derechos susceptibles de protección mediante este mecanismo procesal **y, emplea como fundamento**, el amparo de artículo 71 inciso 1 al 3 del CPP.

- Aunado a ello, desde nuestra perspectiva, **no es censurable** que el juez de primera instancia se **alinee** a la tesitura **restringida radical**, pues, **–a pesar de considerarla errónea el suscrito–**, motiva **las razones de esta adhesión**, no obstante, **lo criticable**, es que a pesar de haber declarado la **improcedencia** de los **derechos de defensa eficaz, legalidad procesal penal y tutela jurisdiccional efectiva**, que en suma, **comprenden** la facultad de recurrir la **omisión de notificar la disposición fiscal** que concede medidas de protección, mediante esta incidente; procede en numerales siguientes a **realizar una evaluación a nivel fondal**, lo que indefectiblemente nos permite aseverar que, **incurre** en una afectación al **derecho de motivación** por vicio de **falta de motivación interna del razonamiento**, ante la contraposición de premisas: premisa 1: decretar la no procedencia de los derechos reclamados por la acción de tutela, premisa 2: evaluar el fondo de la solicitud, como si fuera procedente esta y, desvirtuar el agravio y, por último, concluir: resolviendo la **improcedencia** de la **solicitud**.

La defensa técnica, inconforme con los **fundamentos** y **parte resolutiva** del auto de primera instancia, dentro del plazo legal presenta su recurso impugnatorio de apelación, el mismo que, fue concedido por el juez de la causa, lo que permitió que

el Tribunal de Alzada tome conocimiento del caso y emita su pronunciamiento correspondiente.

b) Segunda instancia: Auto de vista, Res. N.º 03 expedida por la 1 SPDANPEDCF el 18.11.2019, en el Exp. N.º 0003-2017-10.

Siguiendo con el trámite del incidente, los **agravios** y **fundamentos** deducidos por el abogado defensor de la investigada, son como siguen:

- El petitorio es que se declare fundado el recurso presentado, se **revoque** la resolución recurrida, y, **reformándola**, se declare **fundada** las tutelas formuladas.
- De manera sucinta, expone como **fundamentación** de su pedido, la materialización de **errores de hecho y de derecho** que se proceden a describir:

Primer agravio: Indebida interpretación del ámbito de protección de los derechos protegidos vía tutela, que este mecanismo justamente está incorporada al estatuto procesal, **con el objeto de evitar acciones extrapenales**; por tanto, **no puede limitarse su ámbito de acción** a los **derechos informativos** contemplados en el artículo 71.2 del CPP.

Segundo agravio: Errónea interpretación del artículo 251 del CPP respecto al universo de sujetos procesales "**legitimidad**" para **recurrir** el otorgamiento de medidas de protección, puesto que el término "afectado" comprende al investigado.

Mientras que el despacho fiscal superior, resalta que debe circunscribirse el pronunciamiento superior a la **procedencia de la solicitud**, por ende, **no cabe un examen y resolución a nivel fondal**, en ese orden de ideas, acota que el **primer pedido de notificación de la disposición que ordena la protección de un testigo protegido**, no es susceptible de defensa mediante la acción de tutela conforme al **artículo 71 del CPP** y la **doctrina legal** de la CS en los APS N.º 04-2010 y 02-2012, las mismas que ostentan carácter vinculante; sin perjuicio de ello,

–nos alerta que el **fiscal superior replique la errónea** praxis que el **juez de primera instancia**– expone fundamentos de orden **fondal**, considerando que, en efecto el término “**afectado**” no se refiere a la **persona** sobre la cual se impone la medida, esto es, coincide con la defensa técnica al considerar que comprende al **investigado**, sin embargo, estima que nuestro estatuto procesal concibe vías para reclamar la vulneración de los derechos señalados, entre estos en los artículos 337.5 (denegatoria de diligencias sumariales), 334.2 (control de plazo de DP) y 343.2 (control de plazo de IP formalizada) del CPP.

Adicionalmente, refiere que, en todo caso, no corresponde el pedido ante el despacho fiscal provincial que tramita en presente proceso, tomando en consideración que fue otra fiscalía provincial la que otorgo esa medida, por tanto, **es a esta a la cual se debe requerir la notificación de la citada disposición fiscal.**

A consecuencia de ello, sucintamente señalamos que el **fiscal superior** se alinea a una concepción **restringida** del universo de derechos pasibles de amparo vía la acción de tutela, empero, esta es de **corte moderado**, al **fundamentar** esta concepción adherida en base al **artículo 71 del CPP** de manera genérica, no obstante, nos preocupa en demasía, que otro organismo del Estado (anteriormente, el **2 JIPNPEDCF** de la **CSJE** en **DCFYCO**) incurra en una **errónea practica judicial**, de **exponer argumentos** que **censuran** la **procedencia de la solicitud** por no pertenece al ámbito de acción de la solicitud de tutela y, a reglón seguido, **fundamenta**, a **nivel fondal**, porque **no se acredita el agravio al derecho deducido (denegatoria).**

Dado la argumentación expuesta por los sujetos procesales comprendidos en la causa, el Tribunal Superior emite las siguientes consideraciones:

- Sobre la **base de la evolución jurisprudencial** que se ha tenido tanto a nivel del **Supremo Tribunal** y ese mismo **Tribunal Superior** del **Subsistema Anticorrupción y Crimen Organizado**, el **ámbito de protección** pasible de defensa mediante la acción de tutela, considera es de **naturaleza amplia**, empero, que, –actualmente, en el periodo de su emisión **2019**– el **carácter taxativo** de este mecanismo procesal, **presenta su relación** con su naturaleza **residual**, lo que implica que su **universo de**

derechos se ha visto **ampliado**, incorporando **derechos** no descritos taxativamente en el artículo 71.2 del CPP.

No obstante, –refiere como mucha autoridad el Tribunal de Alzada– es **incorrecto admitir** que todos los derechos que ostenta el imputado pueden ser pasibles de tramitación mediante la solicitud de tutela (**fundamentos jurídicos 8.2. y 8.3.**), en ese sentido, concluye que los **derechos reclamados** por la recurrente –defensa, legalidad procesal y tutela jurisdiccional efectiva–, que engloban la facultad de **cuestionar** la **disposición** que **concede medidas de protección**, es procedente para su protección, mediante esta figura procesal (**f.j. 8.4.**)

- En los mismos términos que el suscrito, el colegiado superior advierte que, no existe correlación entre el **análisis realizado (fondal)** y la decisión judicial que resuelve la causa **improcedencia**, proceder censurable (**f.j. 8.5.**)
- Luego, el colegiado superior, respecto a la **evaluación** de la **solicitud a nivel fondal**, en los fundamentos jurídicos **8.9. al 8.12**, estima que dentro de los sujetos procesales legitimados para recurrir la medida de protección al amparo del artículo 251 del CPP, **no se encuentra el investigado**, en ese sentido, no se materializa **agravio** a los derechos reclamados.
- Por último, en su **parte resolutive declara**, “**confirma** la resolución N.º 04 del 14.08.2019, emitida por el **2 JIPNPEDCF**, que **resolvió declarar improcedente las solicitudes de tutela**, por la presunta afectación de los siguientes derechos: 1) a la defensa eficaz, legalidad procesal y tutela jurisdiccional efectiva (...)”.

En consecuencia, debemos formular las siguientes deducciones respecto a la resolución examinada:

- La **1 SPDANPEDCF** de la **CSJE** en **DCFYCO** se alinea a una concepción **amplia de derechos** susceptibles de protección mediante la acción de tutela, empleando como **fundamento principal** la evolución jurisprudencial expedida tanto por el Tribunal Supremo como ese mismo Tribunal Superior,

que se manifiesta respecto a este t3pico, en ese sentido, considera que la **taxatividad** proclamada a esta instituci3n jur3dica est3 relacionada a la **naturaleza jur3dica** que **presenta**, esto es, la **residualidad**, que impedir3a el conocimiento integral de todos los derechos de orden supralegal y legal que ostenta el investigado.

En tal virtud, de forma concreta, **admite** la protecci3n de los derechos de defensa, legalidad procesal y tutela jurisdiccional efectiva, que engloban la facultad de **cuestionar** la **disposici3n** que **concede medidas de protecci3n**.

- Sin perjuicio del m3rito de lo antes descrito, esta **adolece** de un **craso error**, y, es que, tomando en consideraci3n que **admite** la **procedencia** de los **derechos antes mencionados**, es decir, superan la **calificaci3n formal** de la solicitud presentada, y, continua con el **examen fondal** de esta, a la cual –**correcta o incorrecta**, seg3n la apreciaci3n del lector, por nuestra parte, **definitivamente equivocada**, que por motivos de espacio y distancia de los t3picos materia de tesis, no se desarrollan– considera que no se **materializa agravio deducido**, debi3 **declarar fundada en parte** el recurso de impugnaci3n presentado por la defensa t3cnica, al ser de recibo, su alegaci3n que, los **derechos reclamos** eran pasibles de protecci3n v3a tutela, empero, siendo el juicio del colegiado superior, que no se acredita la afectaci3n deducida, por ende, **reformul3ndola**, debi3 **admitir** la **solicitud de tutela (procedente)** y, en consecuencia, manifestar su **infundabilidad**.

c) Comentarios finales:

Para sintetizar el an3lisis del incidente de tutela promovido por la Sra. **Heredia Alarc3n**, podemos aseverar inequ3vocamente que, en el juez Juan Carlos S3nchez Balbuena, a cargo del **2 JIPNPEDCF** de la **CSJE** en **DCFYCO**, se **alinea expresamente** a una **tesis reduccionista radical** del 3mbito de protecci3n de derecho de la acci3n de tutela, esto es, **delimita** el **3mbito aplicaci3n** de los derechos susceptibles de protecci3n mediante este mecanismo procesal **y, emplea como fundamento**, el amparo de art3culo 71 inciso 1 al 3 del CPP.

Contrario sensu, La **1 SPDANPEDCF** de la **CSJE** en **DCFYCO** se alinea a una concepción **amplia de derechos** susceptibles de protección mediante la petición de tutela, empleando como **fundamento principal** la evolución jurisprudencial expedida tanto por el Tribunal Supremo como ese mismo Tribunal Superior, que se manifiesta respecto a este tópico, en ese sentido, considera que la **taxatividad** proclamada a esta institución jurídica está relacionada a la **naturaleza jurídica** que **presenta**, esto es, la **residualidad**, que impediría el conocimiento integral de todos los derechos de orden supralegal y legal que ostenta el investigado, por tal motivo, **admite** la protección de los derechos de defensa, legalidad procesal y tutela jurisdiccional efectiva, que engloban la facultad de **cuestionar** la **disposición** que **concede medidas de protección**.

De forma semejante al órgano superior antes citado, el **10.12.2021** se pronuncia el **7 JIP, sede Santa Rosa** de la **CSJ de Lima Este**, en el **auto de tutela** – Res. N.º 07, Exp. N.º 4345-2020-6, en cual **declara fundado** la solicitud de tutela presentada por los investigados, ante la vulneración del **derecho de defensa** en su manifestación de **deber de notificación de actos procesales** (de manera concreta, la **disposición que otorga medidas de protección**), debido proceso en su vertiente de **debida motivación** al estar imposibilitado de conocer los fundamentos para conceder estas medidas y, tutela jurisdiccional efectiva; en consecuencia, **ordena** que el despacho fiscal cumpla con **notificar** la **Disposición N.º 01** dictada el **06.10.2020** mediante el cual **otorga medidas de protección**, reservando las identidades y demás datos personales de cada uno de las víctimas, bajo apercibimiento en caso de incumplimiento informar a su órgano de control institucional.

Por añadidura, tenemos que el caso llega a conocimiento de la **SPAT de San Juan de Lurigancho** de la **CSJ de Lima Este**, que en fecha **28.02.2022** expide el **auto de vista** – Res. N.º 08, Exp. N.º 4345-2020-6, mediante el cual **resuelve declarar infundado** el recurso impugnatorio de apelación interpuesto por el despacho fiscal, por consiguiente, **confirmar** el **auto de primera instancia** emitido el **10.12.2021**.

En síntesis, el **7 JIP, sede Santa Rosa** y la **SPAT de San Juan de Lurigancho**, ambos pertenecientes a la **CSJ de Lima Este**, se alinean a una **concepción extensa de derechos** materia de defensa mediante la acción de tutela, con la

distinción que el **órgano judicial de primera instancia** lo realiza de **manera expresa**, empleado como fundamentos el **apartado 4 del artículo 71 del CPP (fundamentos jurídicos 4.1.1. al 4.1.3)** a diferencia del **órgano judicial superior**, que lo realiza de **manera tácita**, pero, vale reiterar, **convergen**, al **reconocer** como derecho objeto de este mecanismo procesal al **derecho de defensa en su manifestación de notificación de actos procesales**, específicamente, la **disposición que otorga medidas de protección**.

3. Con referencia a notificación defectuosa, por ausencia de adjuntar los elementos de convicción que fundamentan el requerimiento de detención preliminar judicial al momento de su detención:

De entrada, debemos afirmar que, en atención al caso en concreto, la defensa técnica debe decidir por la **vía más idónea** que permita un **resarcimiento al derecho lesionado** y, en todos los casos, respetando los **presupuestos** que se hayan establecido para los **mecanismos procesales** que pretendan promover.

Fijando los límites del presente literal, precisamos que vamos a desarrollar un **supuesto concreto**, la **omisión de adjuntar los elementos de convicción** que fundamentaron el **requerimiento de detención preliminar judicial** (en lo sucesivo, DPJ) **de investigado** que se encuentra en **libertad** y, produjeron la declaración de **fundabilidad** por parte del juez de garantías, en el **acto procesal de notificación al ejecutar** la imposición de la medida en contra del investigado afectado (**detención**).

Siendo este el caso concreto que pretendemos evaluar, de ello resulta necesario brindar algunas ideas iniciales:

- En primera instancia, debemos recordar lo establecido por nuestro estatuto procesal, respecto a las **exigencias** que se han determinado a los **requerimientos fiscales**, siendo estos: (i) la **debida motivación** y, de ser el caso, (ii) **estar acompañados** de los **elementos de convicción** que **fundamenten** o **respalden** dicho acto procesal, conforme el artículo 122.5 del CPP.

- En segunda instancia, la medida coercitiva de carácter personal **DPJ**, es una **orden de privación** de la **libertad** encuadrada dentro de la subetapa de **diligencias preliminares** y **requerida por el RMP**, que se **resuelve sin trámite alguno** y sobre la base de los argumentos y documental acopiado por el despacho fiscal –con la finalidad de arraigar al investigado con el proceso penal instaurado en su contra y garantizar la eficacia de los actos de investigados urgentes e inaplazables programados, en el mismo sentido, Oré Guardia, (2016, tomo II, p. 100) y San Martín Castro (2020, p. 649).

- En última instancia, con relación a lo anterior, la **DPJ** se encuentra regulada en el **libro II: actividad procesal, sección III: las medidas de coerción personal**, de manera concreta, en el artículo 261 del CPP brindaremos, sobre la base de su regulación, expresaremos **algunas notas distintivas** que presenta esta medida de coerción personal:
 - Los **presupuestos procesales** para la **declaración de fundabilidad** del **requerimiento** de **DPJ** son: **(i) la apariencia de la comisión del delito** que en términos legales –expresados por el legislador nacional– se equipara a **razones plausibles** para considerar que una persona ha cometido un delito, tomando en consideración la subetapa que es promovida, **DP** debe estar compatibilizada con el estándar de prueba de **sospecha simple** y la **excepcionalidad** de esa medida; **(ii) gravedad del delito materia de proceso**, teniendo que superar este en el extremo mínimo del delito a **cuatro (04) años**, constituyendo así una limitación **político-criminal** en la **procedencia** de esa medida, que en efecto pretende la observancia y respeto del **principio de proporcionalidad** y, **(iii) el peligrosísimo procesal**, que comprende tanto el peligro de fuga y la obstaculización o entorpecimiento procesal, todos estos, conforme al artículo 261.1 literal “a” del CPP).

 - El **plazo de duración** de la medida coercitiva estudiada, se encuentra establecida en el artículo 264 del estatuto procesal, y, se manifiesta –a nuestro juicio–, en atención a **calificación procesal** de la

investigación, así tenemos: en investigaciones simples, hasta setenta y dos (72) horas, en investigaciones complejas per se, hasta un plazo máximo de siete (07) días, en investigaciones complejas en el marco del crimen organizado, no pueden superar el máximo de diez (10) días y, finalmente, en las investigaciones que se tenga como delitos materia de investigación al terrorismo, espionaje y tráfico ilícito de drogas, no mayor a quince (15) días.

- Referente al **trámite** a seguir en la **DPJ**, esta se encuentra diferencia en atención al **estatus** que ostenta el investigado, esto es, si se encuentra **detenido por flagrancia delictiva** o **en libertad**; en el primer caso, se encuentra sujetos a las reglas establecidas en el **artículo 268 del CPP**, esto es, a solicitud del despacho fiscal, dentro de las **doce (12) horas** de detenido el investigado debe promover esta incidencia, es así que, el **JIP** deberá convocar a la audiencia correspondiente –la misma que ostenta el **carácter de inaplazable**–, con la **asistencia obligatoria de las partes** y, previo debate, emitirá el **auto judicial** correspondiente; en el segundo caso, sin trámite alguno y sobre la base de los fundamentos (argumentos y elementos de convicción) expresados en el requerimiento fiscal, emitirá su **auto judicial** correspondiente, por tal motivo, el **control judicial** que ejecuta el **juez de la causa**, se encuentra liberado de convocar a audiencia, en similares términos: Oré Guardia, 2016, ídem, p. 111) y Neyra Flores (2010, p. 506 y 507).
- A modo de cierre, destacamos lo dispuesto en el artículo **267 del CPP**, al reconocer la **facultad** para **impugnar** el auto judicial que resuelve el **requerimiento de DPJ**, tanto para el supuesto **detenido por flagrancia delictiva** o **en libertad**, concede al recurrente el **plazo de un (01) día** para **presentar y fundamentar** su recurso de apelación, empero, **no es óbice** para la **ejecución del auto judicial impugnado**.

Conforme a las características que ostenta la regulación de la **DPJ de investigados en libertad**, y, de manera precisa, su **trámite** establecido, vamos a evaluar la

jurisprudencia dictada por nuestros órganos judiciales, a efectos de determinar **dos temas medulares: a)** si la omisión de adjuntar los elementos de convicción que fundamentaron el requerimiento de DPJ y, posterior, fundabilidad de esta solicitud por el JIP, en el acto procesal de notificación al ejecutar la medida contra el investigado (**detención**) configura una vulneración al derecho de defensa y, **b)** si el citado derecho (y, en ese sentido, el supuesto descrito) es susceptible de defensa mediante la acción de tutela.

➤ **Caso Virgilio Aliaga Yaranga:**

La defensa técnica del Sr. Aliaga Yaranga, incoa la incidencia de tutela, por la presunta vulneración del **derecho de defensa** ante la **omisión de adjuntar los elementos de convicción** que fundamentaron la medida de **DPJ** –la misma que fue declarada fundada por el **7 JIPSEDCF de Huamanga de la CSJ de Ayacucho**– en el **acto procesal de notificación** en la **ejecución** de la medida contra su patrocinado, por tal motivo, solicita como **medida de corrección**, la **nulidad absoluta del acto de notificación del auto judicial que resuelve la DPJ – Resolución N.º 01** y, por ende, **absuelta la omisión y notificada esta**, se **encuentre expedito** para presentar su recurso impugnatorio correspondiente.

1. **Primera instancia:** Auto judicial de tutela – Resolución N.º 02 dictada por el **7 JIPSEDCF de Huamanga de la CSJ de Ayacucho** el **07.12.2021**, en el Exp. N.º 01465-2021-70.

Del **acta de transcripción** de audiencia de tutela a la cual hemos accedido, podemos destacar que **los argumentos esgrimidos** por los sujetos procesales intervinientes:

- El abogado defensor, fundamenta su pretensión, en atención a lo descrito en el artículo 71.2 “a” del CPP, al contemplar el legislador nacional, el derecho del investigado de conocer los cargos formulados en su contra y, en caso de **detención** por la **DPJ** –como es del presente caso– exprese los **motivos o razones** de dicho proceder fiscal al momento de ejecutar esta medida, **acompañándose** de los elementos de convicción, pues, tendría que contarse a partir del momento que se entregue los **elementos de**

convicción de forma material, para poder ejercitar el derecho a la impugnación, de lo contrario, solo sería una impugnación **meramente formal**.

- A su turno, el RMP, refuta lo argumentado por la defensa técnica, aseverando que el artículo 123 del cuerpo normativo procesal, indica que los requerimientos (y disposiciones) deben acompañarse de los **elementos de convicción** que lo fundamentan, empero, esto se materializa **al momento de efectuar el requerimiento**, y, de esa forma, lo ha realizado, generando que se emita el **auto judicial de detención preliminar, allanamiento, descerraje e incautación** – Res. N.º 01, por ende, en el momento de la **detención** del accionante, solo se entregó la **resolución antes citada**.

De igual manera, agrega que los actuados de la carpeta fiscal se encuentra a disposición de los sujetos procesales desde el **04.12.2021**, no obstante, la defensa técnica del accionante no ha acudido a revisarla –siendo esta omisión no atribuible al representante del Ministerio Público– y, de manera concreta, el **06.12.2021** se puso a conocimiento el requerimiento de **DPJ** y los **elementos de convicción** que la fundamentan, por tal motivo, solicita se **desestime la solicitud presentada**.

Como resultado del debate realizado entre las partes, el despacho judicial resuelve **“declarando infundado la petición de tutela promovida por el investigado, en consecuencia, subsistentes los actos procesales efectuados por parte del MP, que han sido materia de cuestionamiento en el presente incidente”** y, agrega **de manera contradictoria a su premisa anterior**: **“sin perjuicio que el RMP, se sirva a proporcionar los actuados sin condicionamiento alguno a las partes procesales que así lo soliciten para efecto de que ejerzan mejor el derecho de defensa”**, lo que en efecto, **confiere parcialmente lo peticionado** por la defensa técnica del Sr. Aliaga Yaranga.

Del sentido resolutivo manifestado por el JIP, podemos concluir que se **alinea** a una **concepción amplia** de derechos materia de la acción de tutela, al no realizar un **examen** a la **calificación de orden formal** y, directamente, **desarrollar un análisis y fundamentación de tipo fondal**, arribando a que no se materializa

agravio alguno, aunado a ello, debe recordarse que su pronunciamiento es de **fundabilidad** conforme al párrafo anterior compartido, por tal motivo, desde la lectura del despacho judicial, es **admisible** el **cuestionamiento** de **acompañar** los **elementos de convicción** que justifican el requerimiento de **DPJ** al ejecutar la medida (**detención**) en el **acto procesal** de **notificación** del **auto judicial** que **concede** la solicitud del RMP.

Vale mencionar que, en audiencia el abogado defensor interpone recurso de apelación de manera oral, lo que genero la emisión de la **Resolución N.º 03** (07.12.2021), en la cual el juez de la causa **declara inadmisibile** el **recurso de apelación interpuesto** –no obran en el **acta de transcripción de audiencia** los **fundamentos** de dicha **parte resolutive**–, ante la citada situación, se presenta el **recurso de queja por denegatoria de apelación**, siendo resuelta por la **SPA de Huamanga**, mediante **Resolución N.º 02** de fecha **21.01.2022** declarando **fundado** y, por ende, **ordena** que se **eleve** el cuadernillo de tutela, a efectos que emita el pronunciamiento correspondiente.

2. **Segunda instancia:** Auto de apelación – Resolución N.º 10 emitida por la **1 SPA de Huamanga** de la **CSJ de Ayacucho** el **18.04.2022**, en el Exp. N.º 01465-2021-70.

Los argumentos formulados en sede superior por los intervinientes procesales en el presente incidente son estos:

- El recurrente, de entrada, advierte que en el caso, se materializo la **sustracción de la materia** (al obtener el día siguiente de la **detención**, los **elementos de convicción** que fundamentaron el **requerimiento de DPJ**) y, por ende, no tener efecto la posibilidad de impugnar esta medida ante una declaración de nulidad), empero, por la relevancia de orden constitucional, solicita que se emita un **pronunciamiento de fondo**, con la finalidad que se **ordene** que en **trámite futuros**, sigan el proceder reclamado en su **pretensión primigenia**.

Al respecto, reclama una errónea interpretación de los artículos 71.2 literal “a” y VII.3 del TP del CPP, los que inexorablemente se encuentran

vinculados al derecho de no indefensión, que ostente reconocimiento constitucional y, además, sobre la base de una **interpretación extensiva** del artículo 71.2 literal “a” del ordenamiento procesal, significa que con la **detención del investigado**, aunado a los fundamentos que justifican dicha medida –requerimiento de DPJ–, se **acompañe** los **elementos de convicción** citados en esta, pues, de esta manera, se **garantiza** que la defensa técnica pueda cristalizar el derecho de defensa y pluralidad de instancia al **impugnar** el **auto judicial** que declarada **fundada** esta medida –tomando en consideración que el plazo es de **un (01) días** conforme al art. 261.1 del CPP– por tal motivo, no tener que realizar trámites previos como la solicitud de copias simples o autorización de lectura de carpeta fiscal, pues, de lo contrario, conforme se viene instaurando como practica judicial, la defensa solo puede cuestionar **contradicciones o errores inherentes** a la resolución judicial, empero, **no su sustento probatorio**, presupuesto para su fundabilidad.

Por estas consideraciones, a pesar de operar la sustracción de la materia, solicita que se **revoque** la **resolución recurrida** y, en **vía de corrección ex post** –para futuros casos–, se **ordene** al RMP **notificar** no solamente la **resolución** que concede la **DPJ** al ejecutar la medida (**detención**), sino todos los **recaudos correspondientes** (requerimiento de DPJ y sus elementos de convicción que la fundamentaron), a efectos de evitar trámites innecesarios que **recortan los derechos del investigado**.

- Disintiendo el despacho fiscal superior, aduce que del texto vigente del ordenamiento procesal se puede exigir **expresamente**, el acompañar a la notificación de la resolución de DPJ, los **elementos de convicción** que justificaron el requerimiento presentado al despacho judicial, de igual manera, **no se afecta** el derecho de no indefensión, toda vez que, se ha permitido el **acceso a la carpeta fiscal** de **manera inmediata**.

Cabe destacar, que el RMP no **impugna** la **viabilidad** del derecho citado y, en suma, el cuestionamiento de adjuntar la **notificación** de la **resolución judicial** que declara fundada la **DPJ**, este acompañada de los recaudos correspondiente

(requerimiento de DPJ y sus elementos de convicción) mediante la **acción de tutela**, en ese sentido, nos permite aseverar que, **admite la procedencia de este derecho** vía este mecanismo procesal, al menos **de manera tácita** al desarrollar **argumentos de tipo fondal únicamente**.

Sobre la base de los argumentos debatidos, el **Tribunal de Alzada** emite las siguientes consideraciones:

- Primero: Analizando el **fondo** de la **solicitud planteada**, empelado como sustento legal, **(i)** El Protocolo de Actuación Interinstitucional específico de uso y formulación de requerimientos y solicitud –aprobado por D. S. N.° 010-2018-JUS (EP el 25.08.2018)– **exige** que los **requerimientos fiscales** deben estar acompañado de los elementos de convicción que los sustenten **anexando** un ejemplar de copias para cada sujeto procesal interviniente, **(ii)** la Directiva N.° 002-2017-MP-FN de fecha 10.04.2017, referida a la actuación fiscal en la formulación de requerimientos presentados ante el despacho judicial, *en casos de requerimientos de PP, (...) u otros similares, el fiscal deberá remitir al JIP el requerimiento por escrito acompañado de los anexos correspondiente, asimismo, se adjuntará en un CD o en otro medio de soporte electrónico, los documentos escaneados con fines de notificación*” (artículo 6); aplicable *mutatis mutandi* al requerimiento de DPJ, y, **(iii)** tomando en consideración, que seguir el trámite correspondiente para **acceder** al expediente fiscal o judicial, **puede mermar la posibilidad de impugnar el auto judicial de manera idónea**, en atención al breve termino (plazo) conferido para su presentación.

En consecuencia, concluye, que, toda persona detenida tiene el **derecho** a que se le informe los **motivos** de su **detención** de manera motivada y, además, que se le **entregue** la **orden judicial** que lo dispone **aunado** al **requerimiento de DPJ** y los **elementos de convicción** que respaldan esta **(ff.jj. 7.6. al 7.8.)**.

- Segundo: Referente al caso en concreto, considera que, a pesar de la **omisión** de seguir con el **proceder antes descrito** respecto a la detención de un investigado, este no **configura** un **vicio** que **genere** la nulidad del acto

procesal, en base al **principio de subsanación** (convalidación de los actos procesales) que prevé el CPP, esto es, el colegiado superior considera que el juez de investigación preparatoria, debió **retrotraer** la causa al estado que se gestó la indefensión, **ordenar** que se **absuelva** la **omisión** que gestó el vicio procesal y, de esa manera, se garantice el ejercicio de sus derechos reclamados, entendemos que, al **renovarse el acto procesal de notificación**, se da por satisfecha el objeto de **medida correctiva exigida**, esto es, poder contar con el **plazo idóneo** y los **actuados correspondientes** para **impugnar** el **auto judicial que impone la detención preliminar judicial**.

- Último: Con suma claridad –empleando una interpretación de cuando opera la sustracción de la materia, conforme al art. 321.1 del TUO del CPC y la Cas. Civil N.º 4935-2013, Tumbes dictada por la SCT el 13.12.2014–, consideran que, **no en todos los casos que se presenta satisfacción en la pretensión, corresponde declarar la conclusión del incidente**, pues, variables propias del caso, pueden sustentar que se emita un pronunciamiento (estimatorio o desestimatorio) sobre el fondo de la controversia –en ese sentido, el STC. **Exp. N.º 02062-2019-PA, Lima, (f.j. 6) del 18.06.2021**–.

De acuerdo a las explicaciones brindadas por el Tribunal de Alzada, concluye:

*“**declarando fundando en parte** el recurso de apelación interpuesto por el recurrente, en consecuencia, **dispone** que el RMP no vuelva a incurrir en el futuro de omisiones que dieron lugar a la presente acción de tutela, es decir, **debe acompañar el requerimiento de DPJ copia de requerimiento fiscal** y los **elementos de convicción que sustentan la medida** –en formato digital u otro soporte– para ser entrega al detenido junto a la orden judicial, a efectos de garantizar el ejercicio efectivo del derecho de defensa”*

Y, además, agrega: *“**disponemos** se oficie a la Presidencia de la CSJ de Ayacucho y a la Presidencia de la JFS del distrito fiscal de Ayacucho, así como al FSC de las Fiscalías del NCPP de Ayacucho, a fin de que **comunique** a los jueces y fiscal, respectivamente, la decisión adoptada en esta resolución”.*

En tal virtud, aplaudimos los **considerandos** y **parte resolutive** de la **ejecutoria superior**, la misma que nos permite exponer las siguientes reflexiones:

- La **SPA de Huamanga** se **adhiera** a la **tesitura amplia** de derechos pasibles de amparo mediante la acción de tutela, puesto que el caso en concreto, la solicitud presentada del recurrente, solo presenta un **examen** y **pronunciamiento** a nivel **fondal**, omitiendo realizar una **apreciación de orden formal**, en ese sentido, **admite** acudir a esta figura legal, ante la afectación del **derecho de defensa** en su expresión de **acompañar** los elementos de convicción que justifican el requerimiento de DPJ al ser materializado este acto procesal durante su detención.
- Aunado a ello, destacable la argumentación compartida para **emitir un pronunciamiento fondal**, a pesar de operar la **sustracción de la materia** y, a su vez, como **exhorta** a las autoridades judiciales y fiscales que, en adelante, **observen** lo resuelto por ese Tribunal Superior.

3. Comentarios finales:

Resumiendo, podemos afirmar que el **7 JIPSEDCF de Huamanga** a cargo del juez **Rafael Elmer Cancho Alarcón** y la **1 SPA de Huamanga** de la **CSJ de Ayacucho**, se alinean a una **concepción amplia** del ámbito de acción del mecanismo procesal de tutela, al emitir un **pronunciamiento de orden fondal (y, no realizar una evaluación sobre la procedencia)** respecto al derecho de no indefensión ante la **omisión** de **adjuntar** los **elementos de convicción** que fundamentaron el **requerimiento de DPJ de investigado** que se encuentra en **libertad** y, produjeron la declaración de **fundabilidad** por parte del juez de garantías, en el **acto procesal de notificación** al **ejecutar** la imposición de la medida en contra del investigado afectado (**detención**).

No obstante, debe precisarse que la **acreditación** del agravio al derecho deducido (y, por extensión, al supuesto concreto afectado) **no tiene** como **consecuencia** la **nulidad del acto procesal**: notificación de la **resolución judicial de detención**, por el contrario, **retrotraer la causa** hasta el acaecimiento del agravio y, por ende, **subsanan** la **notificación defectuosa**, a efectos de garantizar los derechos

constitucionales que ostenta el investigado, lo que entendemos, habilita a la **renovación del plazo procesal** para impugnar el **citado auto judicial**.

Conviene enfatizar que, en iguales términos, se pronuncia el **Subsistema Anticorrupción y Crimen Organizado**, más concretamente, en el caso ya descrito previamente, del Sr. **José Carlos Isla Montaña** (Exp. N.º **47-2018-2**), en el cual interviene el **3 JNIPEDCF** a cargo del juez **Manuel Antonio Chuyo Zavaleta** en el **auto de tutela**, Resolución N.º 02 emitida el 15.12.2018 y la **SPNDAEDCF (Colegiado A)** a través del **auto de vista**, Resolución N.º 02 dictada el 28.01.2019.

- Respecto al auto de primera instancia, el **JIP** de **manera tácita**, se **adhiera** a la **concepción amplia** del universo de derechos que pueden ser reclamados mediante la incidencia de tutela –teniendo como fundamento lo dispuesto en el artículo 71.4 del CPP–, al **evaluar** y **pronunciarse** directamente **sobre el derecho** que señaló la accionante como lesionando (y, **no su procedencia**, descartando **de manera expresa** el pedido de **improcedencia** del despacho fiscal), por tal motivo, **reconoce** la **posibilidad** que el **derecho de defensa** en su **expresión de notificación de elementos de convicción** (más concretamente, de los elementos de convicción utilizados como base para la formulación del requerimiento de detención preliminar judicial, en lo sucesivo DPJ), los mismos que **deban ser notificados**, esto es, **acopiarse** a los requerimientos de DPJ y el auto que declara fundada esta medida coercitiva.

- Y, referente a la ejecutoria superior, la **SPNDAEDCF (colegiado A)**, **admite implícitamente** la procedencia del **derecho de defensa** en su manifestación de **notificación de elementos de convicción**, de manera precisa, de los elementos de convicción esgrimidos como base para la formulación del requerimiento de DPJ, al ser el **sustento** de las **disposiciones** y **requerimientos fiscales** dictados, empero, **considera legítima** la declaración del **secreto de la investigación preliminar de manera completa**, no obstante, determina los **supuestos de excepción** y los **requisitos que debe cumplir esta**, lo que sería pasible de **cuestionamiento** en vía de tutela.

En suma, en el **Subsistema Anticorrupción y Crimen Organizado**, advertimos que tanto en los **órganos judiciales** de primera como segunda instancia citados, estiman procedente **cuestionar** la **omisión** de **acopiar** los **elementos de convicción** que se emplean para fundamentar los **requerimientos de DPJ** y el **auto que declara fundado** este pedido, al ser **notificado** el **investigado** con la ejecución de esta medida, *ergo*, podemos aseverar que su adhesión es de **tácita**.

Para cerrar este tópico, ha quedado acreditado, bajo los parámetros fijados para la afectación del derecho de **defensa** por **defectos** en la **notificación** (por **omisión deliberada** o **involuntaria**), por nuestra jurisprudencia nacional (léase: TC y CSJ) **dos supuestos concretos** en los **cuales** se **vulnera** el **citado derecho** de manera específica, ante la **omisión** de **notificar** la **Disposición fiscal** que **otorga medidas de protección** o **acopiar** los **elementos de convicción** que son fundamento para la formulación de **requerimiento de DPJ** y el **auto que resuelve este pedido**, en ese sentido, **ambos supuestos** son **reclamables a través de la acción de tutela**.

Finalmente, queda acreditado la **evolución jurisprudencial** que se viene materializando en los **diferentes órganos judiciales de las diferentes Cortes Superiores de nuestro país**, al comprender materialmente, la posibilidad de incoar la acción de tutela ante la **vulneración** del **derecho de no indefensión** en dos manifestaciones concretas: con relación a la notificación de actos procesales: disposición que confiere medidas de protección y, ante una notificación defectuosa, por ausencia de adjuntar los elementos de convicción que fundamentan el requerimiento de detención preliminar judicial al momento de su detención.

4.3.2.3.5. Respecto al deber calificar de manera idónea la investigación al emitir la disposición que declara compleja la investigación (compleja *per se* y compleja en el marco de crimen organizado) como expresión del derecho de defensa y debido proceso

De manera precedente, se ha dejado sentado las competencias que ostenta el RMP, gozando estas de reconocimiento constitucional, entre las principales, el fungir como **conductor** de la investigación **desde su apertura hasta su fenecimiento** –mediante las diferentes formas de culminación de un proceso penal–, por ende, ejercita la titularidad de la acción penal (arts. IV del TP y 60 del CPP).

En atención al citado rol que ostenta el despacho fiscal, nuestro cuerpo normativo procesal le ha conferido una **facultad** de suma relevancia para las investigaciones fiscales, siendo esta, la posibilidad de **cualificarla**; tal como lo expone el artículo 342.3 del CPP: “3. *Corresponde al Fiscal emitir la disposición que declara complejo el proceso*”.

Conforme al texto vigente del artículo mencionado, acorde a la modificatoria realizada por la Ter. Disp. Comp. Modif. de la Ley N.º 30077, *Ley contra el crimen organizado*, (publicado en el diario oficial EP el 20.08.2013, entrando en vigor el 01.07.2014) y, el cuerpo normativo antes citado, específicamente en los artículos 5 y 6, nuestro proceso penal peruano, presenta **tres tipos de calificaciones a las investigaciones**: simple, compleja propiamente dicha y compleja en el marco del crimen organizado.

Al respecto, es necesario algunas precisiones:

- De entrada, no es un tema baladí, la calificación de la investigación, tomando en consideración que, sobre la base de esta **declaratoria** se podrá **emplear** un **plazo procesal** determinado por la **normativa** y la **jurisprudencia nacional**.
- Referente a la **calificación** de la **investigación compleja per se**, la técnica legislativa empleada en el apartado 3 del artículo 342 del CPP, es poco feliz, puesto que describe **ocho (08) literales** –supuestos– en los cuales puede el despacho fiscal declarar la citada complejidad; quedando a la interpretación, por un lado, si uno de los supuestos **habilita** esta declaración o, por otro lado, **si alguno de estos presenta la entidad suficiente** para **cualificar** de esta **manera la investigación**.
- Adicionalmente, con relación a las **investigaciones complejas en el marco del crimen organizado**, el artículo 6 de la Ley N.º 30077, delimita claramente cuando estamos frente a este tipo de investigación: **(1)** al comprender personas que forman parte de una organización criminal, **(2)** se encuentren vinculadas a esta última y/o,

(3) actúan por encargo de esta; aunado a ello, acota una **cláusula de remisión**, remitiéndose al artículo 342.3 del CPP, *ergo*, le **corresponde** al despacho fiscal emitir la **disposición** que califique de esa manera la investigación.

- Por último, el **dictamen** de una **cualificación especial** a la investigación fiscal, no está exento de la observancia al debido proceso en su vertiente de **debida motivación en sede fiscal**, conforme se ha establecido, a nivel constitucional, en el artículo 139.5 de la Const. y, a nivel legal, en el artículo 122.5 del CPP aplicable a los actos procesales dictados por el despacho fiscal.

Manifestado las notas preliminares anteriores, vale decir que, nuestro Supremo Tribunal no ha sido esquivo al tema en examen, al reconocer expresamente la **facultad** de los investigados de **controlar** mediante el **incidente de tutela** las **disposiciones que declaran compleja la investigación**, este criterio ha sido pronunciado en la **Casación N.º 2057-2019, Tumbes** dictada por la **SPP** el **10.02.2021**, en ese orden de ideas, **corresponde dilucidar** si **este criterio** es aplicable tanto para las **disposiciones en sede preliminar e investigación formalizada** o presenta **óbices legales** alguna de estas, por tal motivo, la citada ejecutoria suprema, en adelante, será analizada.

➤ **Caso Maribel Llontop Roque y otros.**

El presente caso, se gesta en un **incidente** de prisión preventiva (en adelante, PP), en el cual el despacho fiscal **requiere** la imposición de esta **medida coercitiva de carácter personal** en contra de la Sra. Llontop Roque y otros, en un proceso cualificado como *complejo en el marco del crimen organizado*, por la presunta comisión de los delitos de sicariato, homicidio, hurto, robo agravado, tenencia ilegal de armas y organización criminal.

Ante dicha formulación, el **1 JIP de Zarumilla de la CSJ de Tumbes**, en fecha **26.04.2019** decide declarar **fundando** el requerimiento de PP, **imponiendo** el plazo de **dieciocho (18) meses**; por tal motivo, tanto el despacho fiscal y los investigados interponen su recurso impugnatorio de apelación; los investigados

cuestionan la aplicación de la medida coercitiva y el plazo concedido y, a su turno, el fiscal encargado del caso, recurrió el extremo que desestima el delito de organización criminal, concretamente, el plazo solicitado de treinta y seis (36) meses en su requerimiento fiscal.

Siguiendo el trámite correspondiente, toma conocimiento de la incidencia, la **SPDA** de la **CSJ de Tumbes**, la misma que es resuelta el **16.08.2019** mediante el **auto de vista** que, por un lado, **declara infundado el recurso impugnatorio interpuesto** por el representante del Ministerio Público, por ende, confirmando el extremo recurrido, y, por otro lado, **declarando fundado en parte** lo petitionado por los investigados, **modificando el plazo impuesto**, reduciéndolo de **dieciocho (18) a nueve (09) meses**.

Dado el pronunciamiento dictado, el despacho fiscal inconforme con el proceder del Tribunal de Alzada, interpone su recurso impugnatorio de **casación**, el mismo que, a través del **Auto de Calificación de la Casación** emitido el **03.07.2020** se declaró **bien concedido** para evaluar los siguientes extremos: *la **precisión** de los **alcances orientadores** del artículo 06 de la Ley N.º 30077 y su concordancia práctica con el artículo 342.3 del CPP; y, del mismo modo, que se declare la **autonomía** del MP para **declarar el carácter complejo de una investigación al emitir su disposición de formalización**.*

Ahora bien, expuesto el iter procedimental del caso, hasta su toma de conocimiento por parte de la Suprema Instancia de la jurisdicción nacional, en seguida, evaluaremos **lo bueno** y **lo malo** de esta ejecutoria suprema.

a) Lo bueno:

- Primero: Con claridad meridiana destaca la **autonomía** que ostenta el MP, siendo este un **organismo constitucional autónomo** conforme a mandato de la Constitución Política (art. 159 incisos 4 y 5 de la Const.), estando dentro de sus facultades la **conducción** de la investigación del delito y el ejercicio de la acción penal, de conformidad con lo expresado por nuestro estatuto procesal (arts. IV del TP, 65 y 69 del CPP).

De igual modo, destacamos que expresamente reconozca que las funciones materializadas por el despacho fiscal, se encuentran **sujetos**

a un **control de legalidad**, esto es, su ejercicio no es ilimitado o absoluto, puesto que se encuentra sujeto a la Constitución y las leyes, además, que dentro de la etapa de **investigación preparatoria** esta labor, se encuentra a cargo del **juez de garantías**, de conformidad con el artículo 29.5 del CPP.

- **Segundo:** Establece que es **facultad** de RMP **declarar** la **calificación procesal** de la **investigación fiscal**, siendo esta declaración dictada sobre la base de **datos objetivos** recabados, la cual genera, la **posibilidad** de emplear los **plazos conferidos** para estas investigaciones, en el desarrollo de la **IP** como la **PP** y, a manera de resumen, comparte el siguiente cuadro sinóptico:

Tabla 33: Considerando 1.2. de la Cas. N.º 2057-2019, Tumbes

N.º	Tipo de investigación	Plazo			
		Investigación preparatoria		Prisión	
		Ordinaria	Prolongación	Ordinaria	Prolongación
1	Comunes	120 días naturales	60 días naturales	No mayor de 9 meses	Hasta 9 meses adicionales
2	Complejas	8 meses	8 meses	No mayor de 18 meses	Hasta 18 meses adicionales
3	Organización criminal	36 meses	36 meses	No mayor de 36 meses	Hasta 12 meses adicionales

Fuente y elaboración: magistrados supremos en lo penal que suscriben la Casación N.º 2057-2019, Tumbes (10.02.2021)

- **Tercero:** Es plausible como en el **fundamento 1.2. literal d y e**, claramente describe que, los **cuestionamientos** a las **declaraciones** como **investigaciones complejas per se** o **por organización criminal** se deben materializar en la **forma y vía correspondiente**.
 - La **forma** se encuentra ligado al **tiempo inmediato posterior** a la emisión del **acto procesal**: disposición que declara compleja la investigación (propia o compleja en el marco del crimen organizado).
 - Y, respecto a la **vía**, le confiere al investigado **dos tipos de controles concretos** contra la **calificación procesal de la investigación**, en **diferentes momentos procesales**:

- Al **tiempo inmediato posterior a la emisión del acto procesal**: la **vía** es la **acción de tutela** en tanto en cuanto se presente **vulneración a los derechos del investigado**, entendemos que esto se materializa, ante la **verificación** del agravio al **derecho de debido proceso** en su manifestación de **ausencia de motivación** (razonabilidad) para **decretar** dicha **calificación procesal** o por **apartamiento** de la **doctrina jurisprudencial vinculante**, **ante** la **declaración** de **complejidad** posterior al vencimiento del plazo de la investigación primigenia, conforme lo ha expuesto la **Casación N.º 134-2012, Ancash, f.j. 2**, dictada por la **SPP** el **13.08.2013**.

- **Ante el vencimiento del plazo conferido en la disposición de calificación procesal**: el mecanismo de censura es el **control de plazo de la IP** (art. 343 del CPP).

b) Lo malo:

- o Cuarto: De manera análoga a casos antes examinados en la presente investigación, la Ejecutoria Suprema analizada adolece de una **omisión censurable** atribuida integralmente a los jueces supremos y, esta consiste, particularmente, en **no declarar doctrina jurisprudencial vinculante** –de conformidad con lo **descrito** en el **artículo 433.3 del CPP**– la **posición que adopta** sobre la autonomía que ostenta el RMP para calificar procesalmente la investigación y los controles conferidos a los investigados para cuestionar esta decisión fiscal.

En tal virtud, habiéndose presentado contradicción (error en la motivación por parte del despacho judicial superior) en el **auto de vista** materia de impugnación, es que se resuelve la incidencia “**declarándose *fundado* el *recurso de casación* interpuesto por el RMP, *casaron* la resolución recurrida y, *sin reenvío*, actuando como instancia, *confirmaron* la *resolución de primera instancia*”.**

Ahora bien, sobre el quid de la tesis, la **conjetura** que podemos expresar sobre la Ejecutoria Suprema examinada es que, el ponente Sequeiros Vargas y los jueces supremos que suscriben la casación, se **alinean** a una **concepción extensa o amplia** de derechos objeto de la acción de tutela **de manera implícita**, al **reconocer expresamente** como **acto procesal** pasible de protección mediante este mecanismo procesal, las **disposiciones** emitidas por el despacho fiscal que **califiquen procesalmente** la **investigación preparatoria** al **vulnerar derechos del investigado**.

No obstante, el suscrito considera necesario precisar si esta **postura** adoptada por el Supremo Tribunal es de aplicación tanto para las **disposiciones de apertura de investigación preliminar y formalización de investigación preparatoria** o, solo alguna de estas, por ende, los fundamentos que respaldan la posición adoptada:

- **Con relación a la disposición de calificación procesal emitida en sede de DP:** De entrada, debemos señalar que nuestro texto vigente del ordenamiento procesal, concretamente el artículo 334 inciso 2 del CPP y, secundado por el artículo 5 apartado 1 de la Ley N.º 30077, reconoce la **facultad** al despacho fiscal para **declarar la complejidad** de la **investigación preliminar**, en atención a las *características, grado de complejidad y circunstancias de los hechos objeto de investigación*.

Sin embargo, a reglón seguido, el legislador nacional le concede la **facultad** de **cuestionar** esta **decisión fiscal** mediante el **control de plazo de DP** (art. 334.2 del CPP), empero, presenta una abismal diferencia, respecto a este mecanismo en sede de **IP formalizada**, pues, comprende dos supuestos: a) la excesiva duración de las diligencias preliminares –entendemos, por presentarse el **vencimiento de plazo** de **investigación preliminar**– y, b) **fijación de un plazo irrazonable**, lo que implica **inexorablemente** observar el cumplimiento de las **reglas procesales** expresadas para la **calificación procesal de complejidad per se** (art. 342.3 del CPP) **o compleja en el marco del crimen organizado** (art. 5.2 de la Ley N.º 30077).

En ese orden de ideas, al permitir discutir la **razonabilidad del plazo decretado** en la **disposición** que **califica procesalmente** la investigación; teniendo en consideración que **esta se encuentra inevitablemente vinculada** a la **declaración del tipo de investigación fiscal** del caso en concreto y, además, conforme lo dispuesto por el artículo 5.2 de la Ley N.º 30077, dispuesto para las **investigaciones** en el marco de la criminalidad organizada –aplicable *mutatis mutandi* a las **investigaciones complejas per se**–, que define los **factores** que **comprende la determinación de razonabilidad del plazo** a evaluar por el **juez de investigación preparatoria**:

“(..) la complejidad de la investigación, su grado de avance, la realización de actos de investigación idóneos, la conducta procesal del imputado, los elementos probatorios o indiciarios recabados, la magnitud y grado de desarrollo de la presunta organización criminal, así como la peligrosidad y gravedad de los hechos vinculados a esta”.

Como resultado de lo argumentado, podemos concluir que, en **sede de investigación preliminar**, el estatuto procesal ha contemplado un **mecanismo específico de control** para la **declaración de complejidad** de la **investigación** (propriadamente dicha o en el marco del crimen organizado) en la **subetapa de investigación preliminar** y, esta es el **control de plazo**, al admitir la discusión de la **razonabilidad de plazo**, que **indefectiblemente está vinculado** a la **calificación procesal** efectuada a la investigación fiscal, por consiguiente, **no resulta** procedente la **activación** de la **vía de tutela**, al incumplirse el presupuesto procesal de **residualidad** (ausencia de vía propia para el cuestionamiento de la disposición), al presentar un **mecanismo específico de protección**, queda **proscrita dicha posibilidad**, conforme a la doctrina legal del **AP N.º 04-2010/CJ-116**, (f.j. 13).

- **Con relación a la disposición de calificación procesal emitida en sede de DP:** Tenemos que el **título V: conclusión de la IP**, comprende a los artículos 342 y 343 del CPP; el primero, ya ha sido desarrollado con amplitud, sobre este último, reglamenta el **mecanismo procesal** de

control de plazo en sede de IP formalizada, y, de entrada, debemos reiterar que la redacción legal vigente, nos permite aseverar inequívocamente su ámbito de aplicación, **circunscribiéndose al vencimiento de plazo en la formalización de la investigación** o del **plazo de prórroga de IP formalizada concedido en vía judicial**.

Por lo tanto, ante la **ausencia legislativa** de establecerse un **mecanismo** para **recurrir** la **disposición** que **califica la investigación** como **compleja** (*per se* o en el marco del crimen organizado) en **sede de investigación preparatoria**, queda acreditado que, el **criterio instruido** por la Suprema Corte es de **aplicación** para esta **subetapa**.

En similares términos, se ha pronunciado la **SPE (Ponente Neyra Flores y jueces supremos que la suscriben Salas Arenas y Guerrero López)** en el **auto de vista** – Res. N.º 01, Exp. N.º 02-2018-4, f.j. **8.5.** y **8.7.** [*Caso Bienvenido Ramírez Tandazo*] dictada el **16.10.2018**, en la cual **reconoce expresamente** la posibilidad de cuestionar la **disposición** que declara compleja la **investigación preparatoria mediante la solicitud de tutela**, empleando como fundamento para arribar a esta conclusión: **(i)** la ausencia de zonas de control jurisdiccional y **(ii)** una interpretación sistemática del estatuto procesal penal.

A modo de cierre, debemos expresar que, es una **facultad discrecional** del despacho fiscal **calificar procesalmente la investigación** –tanto en sede de **diligencias preliminares** como en **investigación preparatoria formalizada**–, sin embargo, esta se encuentra **sujeta a un control judicial** incoado por los investigados (y, otros sujetos procesales comprendidos en la investigación), de conformidad con el ponente **Sequeiros Vargas y los jueces supremos** que suscriben la **Casación N.º 2057-2019, Tumbes**, al **reconocer expresamente** como **acto procesal** pasible de protección mediante la **acción de tutela**, las **disposiciones** emitidas por el despacho fiscal que **califiquen procesalmente la investigación preparatoria formalizada al vulnerar derechos del investigado**, en ese sentido, se **alinean de manera implícita** a

una **concepción amplia** de derechos objeto de amparo mediante la citada figura legal, acreditándose que, actualmente **a través de la jurisprudencia nacional se viene ampliando el catálogo de derechos o actos procesales pasibles** de cuestionamiento mediante la **tutela de derechos**.

No obstante, debemos precisar que, en **sede de investigación preliminar**, el estatuto procesal ha contemplado un **mecanismo específico de control** para la **declaración de complejidad** de la **investigación** (propriadamente dicha o en el marco del crimen organizado), siendo esta el **control de plazo**, al admitir la discusión de la **razonabilidad de plazo**, que **indefectiblemente está vinculado** a la **calificación procesal** efectuada a la investigación fiscal, *ergo*, no resulta procedente la **activación** de la vía de tutela, al incumplirse el presupuesto procesal de **residualidad**, en ese sentido, podemos afirmar que, el **criterio instruido** por la Suprema Corte es de **aplicación** para las **disposiciones de esta tipología** emitidas en la **subetapa de investigación preparatoria formalizada**.

Por último, a lo largo de este **numeral 6.3.2.3.5**, se ha referido a la **disposición** que **califica procesalmente** la investigación fiscal como un **acto procesal independiente**, debemos recordar que, en algunos casos, el representante del Ministerio Público **opta por calificar** la **investigación** como una **disposición o decreto adicional (apéndice) comprendido** en las **disposiciones de apertura de diligencias preliminares o formalización y continuación de investigación preparatoria**, en tal sentido, es **aplicable el sentido argumentativo y conclusiones arribadas a ambas formas de calificar procesalmente** de la **investigación**.

4.3.2.4. Derecho de debido proceso

Debemos partir señalando que el **debido proceso** presenta **dos manifestaciones** ampliamente desarrolladas en la literatura especializada, no obstante, descritas en términos claros por el **Pleno. N.º 424-2004-AA, Lima, f.j. 2, (06.08.2020) [caso: María Jesús Leandro Gómez]**, al **delimitar** estas a una **faz formal o procedimental** y otra **sustantiva o material** y, las conceptualiza de la siguiente manera: la primera: *“los principios y reglas que lo integran tienen que ver con las formalidades estatuidas, tales como las que*

establecen el juez natural, el procedimiento preestablecido, el derecho de defensa y la motivación”; y en la segunda, “relacionados los estándares de razonabilidad y proporcionalidad que toda decisión judicial debe suponer”.

Sin embargo, pese a comprender **dos manifestaciones**, a nivel doctrinal como jurisprudencial se suele emplear el término debido proceso, solo referente a su **concepción formal o procedimental**, pues, la **faz sustantiva** ha sido relegada a ser estudiada en el **principio de proporcionalidad y razonabilidad** puramente.

En tal virtud, podemos aseverar que, el **derecho-principio de debido proceso**, se constituye como **derecho continente**, al albergar dentro de su matriz, un catálogo amplio de **derechos y garantías de orden material y formal** que ante su **observancia y respeto** durante toda la duración del **iter procedimental**, esto es, inicio, tramitación y conclusión, permite etiquetar a un proceso como **debido**, en similar sentido, con suma claridad el **Sumo Interprete Constitucional**, en el **Exp. N.º 2384-2004-AA, Lima, f.j. 2** (09.11.2004) [*Caso Luis Germán Mc Gregor Bedoya*] se pronuncia sobre este, de la siguiente manera:

“(…) está concebido como el cumplimiento de las garantías y normas de orden público que deben observarse en las instancias procesales de todos los procedimientos, incluidos los administrativos, a fin de que las personas estén en condiciones de defender adecuadamente sus derechos ante cualquier acto del Estado que pueda afectarlos”.

Por añadidura, San Martín Casto (ídem, p. 127) destaca su naturaleza de **vocación expansiva**, empero, le agrega como característica, la **residualidad**, entendida esta última, como la capacidad que tiene el **debido proceso**, de operar como **un cajón de sastre** que permita comprender a todos los derechos o **manifestaciones de orden procesal**, que carecen de **derechos o garantías específicas** reguladas taxativamente en los **principios-derechos** que rigen la actividad jurisdiccional contemplada en el artículo 139 de la Constitución Política, citando ejemplos concretos, los derechos a la tutela jurisdiccional, de defensa y a la presunción de inocencia.

Ahora bien, este **principio-derecho** presenta un reconocimiento legal de antigua data, puesto que fue positivizado por primera vez el 17 de junio de 1215 en la Carta Magna de Inglaterra, bien anota Monroy Gálvez (2009, p. 457 y 457) al enseñar que, fue promulgada por el rey Juan Sin Tierra bajo la denominación de *due process of law*, en la cláusula 48 del citado documento y, al amparo de este, quedaba proscrita la posibilidad de ser arrestado, privado de la libertad o de bienes u otros valores, al contrario, es a través de la realización de un juicio entre sus pares.

La citada regulación primigenia del debido proceso, ha gestado con el transcurrir del tiempo, la posibilidad de tener actualmente, el siguiente **marco normativo**, que a continuación mencionamos, en el derecho comparado: artículo 8 CADH y artículo 14 PIDCP; en el derecho nacional: artículo 139.3 de la Carta Política del Estado. y el artículo 7 LOPJ.

Otro tema de especial mención, es la **relación** que presenta la **tutela jurisdiccional efectiva** y el **debido proceso**, sobre el particular, tenemos que, el primero funge como el **género** (postulado) y el segundo, como la **especie** (manifestación concreta) o, en términos de Monroy Gálvez (ídem, p. 459 y 460), mientras que la tutela jurisdiccional efectiva es exigible y tiene un ámbito de proyección “antes y durante el proceso”, el debido proceso solo se circunscribe al “desarrollo (durante) el proceso”; a su turno, el **TC** pronuncia afirmando que en nuestro ordenamiento constitucional, la **tutela jurisdiccional** es un derecho continente que engloba, a su vez, **dos derechos fundamentales**: el **acceso a la justicia** y el **derecho al debido proceso** en la STC. Exp. N.º 8123-2005-PHC/TC, Lima, f. j. 6 (14.11.2005) y, reiterado en Exp. N.º 04799-2007-PHC, Lima, f.j. 3 (09.01.2008).

Es así, que en un **plano formal** del **principio-derecho al debido proceso**, se han reconocido como **expresiones** de este, a los siguientes derechos enunciados por Oré Guardia citando al **TC peruano** (ídem, 85 y 86): “*juez natural, ne bis in ídem, derecho de defensa, derecho al recurso, motivación de resoluciones judiciales, imparcialidad del juez, plazo razonable y derecho a la prueba*”.

Por lo expuesto, en los **numerales siguientes**, vamos a **desarrollar** tres manifestaciones concretas del **debido proceso** en su **faz procesal**: **(1) fiscal imparcial y objetivo**, **(2) derecho al juez predeterminado por ley** y **(3) el principio ne bis ídem** y su relación con la *cosa decidida fiscal*, con la finalidad de acreditar, desde una perspectiva casuística, como ha evolucionado la jurisprudencia nacional, al aceptar **estos derechos** que desde una lectura del artículo 71 del CPP no se encuentra recogidos en su apartado segundo, no obstante, los órganos judiciales de nuestro sistema de justicia, han **evaluado** y **emitido un pronunciamiento de tipo fondal**, es decir, un **análisis sustantivo** de estas solicitudes –y vale mencionar, en algunos **omitiendo un análisis de procedencia**–, por tanto, nos permite aseverar que, **admiten la procedencia** de reclamar estos derechos mediante la acción de tutela de manera **táctica** y, en otros casos, de **forma expresa**, la misma que será subrayada al desarrollar cada caso.

4.3.2.4.1. Fiscal objetivo (e imparcial)

A lo largo de esta tesis, se ha descrito que el Ministerio Público como órgano constitucional autónomo, ostenta reconocimiento constitucional para ejercer la titularidad de la acción penal y, por ende, fungir como el conductor de la investigación de un delito (artículo 159 inciso 1 y 4 de la Const.), sin embargo, esta competencia la desarrolla en bajo estrictos lineamientos de orden constitucional y legal, que permita advertir un desarrollo de su actividad investigadora en observancia y respeto a los derechos fundamentales de los sujetos procesales comprendidos al proceso, de manera concreta, el **principio de objetividad** (el mismo que comprende a la **imparcialidad en sede fiscal**) y **proscripción a la arbitrariedad**, recogidos a nivel constitucional en los artículos 139.3 y 159.2 de la Const. y a nivel legal, en los artículos IV.2 del TP, 61 y 65.5 del CPP.

Vale mencionar, que durante la **etapa de investigación preliminar** –subetapa de la investigación preparatoria, en la cual tiene monopolio de su conducción el despacho fiscal conforme al mandato constitucional–, también irradia sus efectos jurídicos el **principio-derecho de debido proceso**, así lo ha expresado el TC en el **Exp. N.º 6204-2006-PHC, Loreto, (f.j. 11)** emitido el **09.08.2006**.

De lo expuesto, tomando en consideración que en el presente numeral, lo que buscamos es **definir** los parámetros que debe seguir el despacho fiscal y, como **un alejamiento** al estándar constitucional y legal impuesto, puede **devenir** en un **agravio recurrible** mediante la **acción de tutela**, por ende, centramos nuestro análisis al contenido de los citados principios y, como en la praxis puede verse materializado una lesión a estos, en adelante, brindamos algunos alcances conceptuales sobre los **principios de objetividad**, la **imparcialidad en sede fiscal** y **proscripción a la arbitrariedad**.

a) Principio de objetividad

El principio de objetividad es la obligación que ostentan los RMP en investigar y agotar todas las tesis o hipótesis penales que pueden presentarse en el desarrollo de un caso, esto es, reunir tanto elementos de cargo como de descargo sin favorecer a ninguna parte procesal y, menos aún, adherirse a una pretensión absolutoria o acusatoria durante la etapa de investigación preparatoria, puesto que su intervención es neutral y sus actos procesales –disposiciones y requerimientos– deben estar fundamentados en datos objetivos (hechos concretos, pruebas y la ley vigente).

Su reconocimiento legal textualmente se encuentra expreso en el artículo IV.2 y 61.1 del Código Adjetivo, lo que permite aseverar, –respecto a su mención en el Título Preliminar– que constituye un **principio fundamental delimitador para la actuación fiscal**.

Resumiendo, el citado principio es de observancia obligatoria durante el desarrollo de todo el proceso, empero, podemos aseverar que se cristaliza con mayor énfasis **durante** la etapa de **formalización de investigación preparatoria**, que en las siguientes etapas, pues, debe defender su acusación fiscal durante la fase final del proceso, el juzgamiento; lo que permite reproducir la aseveración formulada por Cubas Villanueva, (2020, tomo I, p. 370) que el **principio de objetividad** encuentra en consonancia con los **finés** de la **investigación preparatoria** establecidos en el artículo 323 del Código Adjetivo.

b) Principio de imparcialidad en sede fiscal

De forma semejante al **principio de objetividad**, encontramos el sustento legal del citado principio en el artículo 61.1 del CPP, al exigirle expresamente que someta sus actuaciones a la Constitución y la ley, en ese sentido, aplicable el megaderecho **debido proceso** que comprende a la **imparcialidad judicial** como principio-derecho delimitador de la administración de justicia alcanzable al despacho fiscal (139.3 de la Const.), el mismo que es de aplicación a todos los órganos intervinientes que ejerciten el *ius puniendi estatal*.

No obstante, debemos realizar una precisión de suma relevancia respecto a la **imparcialidad en sede fiscal** –posición que ha adoptado en reiterada jurisprudencia por los **Magistrados del TC**, por citar un ejemplo el reciente **Auto del Tribunal Constitucional, Exp. N.º 01642-2020-PA (f.j.15)** [*Caso Arsenio Oré Guardia*] dictado el **16.02.2021**– y, este consiste en que “(...) *el Ministerio Público no está sujeto en sentido estricto al principio de imparcialidad del mismo modo como sí lo están los jueces, ello en la medida que los fiscales más bien son “parte” en los procesos penales*”.

Establecido lo anterior, debemos precisar que, por la construcción legal que exterioriza nuestro proceso penal y las finalidades conferidas por el legislador nacional, dividido en tres etapas: investigación preparatoria, etapa intermedia y juzgamiento, es ostensible que durante la **primera etapa del iter procedimental** –de acuerdo al artículo 321 del CPP– al tener como objeto la reunión de elementos de cargo y de descargo que permitan sustentar una decisión fiscal de acusación, sobreseimiento o mixto y, además, que el investigado pueda preparar su defensa, esto es, si bien es cierto ostenta el estatus de sujeto procesal, su actuar en esta etapa procesal está condicionado al **principio de imparcialidad** en un sentido lato no equiparable al que se encuentran sujetos los magistrados judiciales.

Sobre el particular, el **Sumo Intérprete Constitucional** ha expresado en el **Expediente N.º 00156-2012-HC, Lima (f.j. 52)** dictada el **08.08.2012** [*Caso Cesar Humberto Tineo Cabrera*], formula una distinción, entre el **principio-derecho de imparcialidad** y el **principio de objetividad**, no obstante, afirma que el **principio**

de imparcialidad, “*subyace durante la etapa de investigadora*”, entendemos por ser una manifestación del debido proceso, por tal motivo, expresa: “*es un derecho [de todo procesado] a ser investigado por un órgano independiente e imparcial*”.

Adicionalmente, agrega la citada **sentencia constitucional**, en atención al **cargo** que **ostentan dentro de la administración de justicia** los fiscales; la **imparcialidad** se puede ver mellada debido a las **declaraciones** que realiza, pues, si bien es cierto son **titulares** del derecho de expresión, dentro de su **rol** como **órgano investigador** “*deben actuar con **neutralidad y prudencia, no pueden evidenciar o proyectar prejuicios o juicios de valor sobre el investigado (...), ni tampoco convicciones personales sobre lo investigado o sobre el objeto de juzgamiento, ya que ello afectaría su imparcialidad***” y, finaliza, **afirmando** que le es **exigible** una **diligencia mayor** que, respecto a los particulares u otros funcionarios o servidores públicos.

Por añadidura, resulta aplicable *mutatis mutandi* la **apariencia de imparcialidad** en sede fiscal, entendida, como no podría ser de otra manera, como **apariencia de objetividad**, la misma que se puede presentar cuando, si bien es cierto “*(...) **no existe directo interés o formas de injerencia en la actividad fiscal; sin embargo, podría existir –sobre todo a los ojos de la opinión pública– una posible parcialización del funcionario del Ministerio Público, restándole con ello credibilidad a su actuación***” (Cfr. **Auto del Tribunal Constitucional, Exp. N.º 01642-2020-PA (f.j.17) del 16.02.2021**).

Cerrando los breves apuntes del citado principio, podemos concluir que, el fiscal como **órgano** que forma parte del desarrollo de la administración de justicia y titular de la acción penal, resulta necesario que actué con imparcialidad en sentido lato o como integrante de la objetividad fiscal, la misma que se materializa permitiendo a los sujetos procesales **la facultad de intervenir en igualdad de condiciones**, en la generación de la convicción fiscal a la cual arribará, en base al acerbo probatorio (elementos de convicción) acopiado, así como, **acceso a los autos que forman parte del expediente fiscal** y una **debida notificación** para la participación en las diligencias que programa su despacho fiscal o cuestionar las decisiones fiscales adoptadas (Sánchez Velarde, ídem, p. 74).

c) Principio de proscripción a la arbitrariedad

El principio de proscripción o interdicción a la arbitrariedad, es uno de los parámetros que ostenta el despacho fiscal en el desarrollo de sus actuaciones fiscales y, de esa forma, es exigible la observancia y respeto de los derechos de orden constitucional y legal que ostentan los sujetos procesales comprendidos en la investigación.

A su turno, el **Supremo Interprete Constitucional**, nos brinda una aproximación conceptual del principio antes mencionado, sobre la base de un Estado de Derecho –como el peruano– aseverando que este **presenta un doble significado**, por un lado, en un **sentido clásico o genérico** y, por el otro lado, **moderno y concreto**, respecto al primero, *la arbitrariedad aparece como el reverso de la justicia y el derecho y respecto al segundo, como lo carente de fundamentación objetiva; como lo incongruente y contradictorio a la realidad que ha de servir de base a toda decisión; en suma, será todo aquello carente de vínculo natural con la realidad*, en **STC. Expediente N.º 0090-2004-AA, (f.j. 12) del 05.07.2004**.

Para finalizar, reiterar una idea ya expresada anteriormente, las **actuaciones fiscales gozan de una discrecionalidad** para el **desarrollo** de sus **funciones**, empero, éstas **se encuentran supeditadas al respeto y observancia de principios-derechos constitucionales que ostentan los investigados**, en tal sentido, queda **proscrita** “(...) **a) actividades caprichosas, vagas e infundadas desde una perspectiva jurídica, b) decisiones despóticas, tiránicas y carentes de toda fuente de legitimidad; y c) lo que es contrario a los principios de razonabilidad y proporcionalidad jurídica**” en: la **STC. Exp. N.º 06167-2005-PHC, Lima (f. j. 30) [Caso Fernando Cantuarias Salaverry]** dictada el **28.02.2006**.

Sentada las bases sobre las cuales debe conducirse el representante del Ministerio Público, un tema de suma relevancia a mencionar, versa sobre el **mecanismo procesal para cuestionar la conducción del fiscal del caso** en la investigación preparatoria; y, a nuestro juicio, no cabe duda que nuestro estatuto procesal ha contemplado un mecanismo o procedimiento específico para controlar la **actuación fiscal**, así tenemos expresamente regulada, la

institucional legal de exclusión fiscal (artículo 62 del CPP) que presenta como ámbito de aplicación los siguientes supuestos: **(i)** no cumple adecuadamente sus funciones, **(ii)** incurre en irregularidades y, **(iii)** está incurso en causales de recusación descritas respecto a los jueces (53 y 54 del CPP), lo que permite **subsumir** la violación de los principios antes citados, en alguno de los supuestos antes descritos, empero, resaltamos que, su conocimiento y pronunciamiento es resuelto por el **superior jerárquico** –de oficio a instancia de parte– del **fiscal sometido a exclusión**.

Mayores luces sobre el trámite no podemos agregar, pues, **no se ha descrito la sustanciación de esta incidencia**, sin embargo, nos resulta suficiente para exponer la siguiente interrogante, ¿quién resulta ser el fiscal superior del Fiscal de la Nación?, recuérdese que, por mandato constitucional el Ministerio Público es presidido por el FN, conforme al artículo 158 de la Carta Política del Estado, en ese orden de ideas, se presentaría un vacío para promover la **exclusión fiscal** de esta autoridad en la intervención que realice en los procesos que por mandato legal se exija su intervención por la cualificación del investigado (altos funcionarios públicos artículo 66 de la LOMP y 450 del CPP).

Por lo expuesto, sobre la premisa que, resulta **imposible materialmente** la aplicación de la **institución jurídica: exclusión fiscal** que presenta el Código Adjetivo para el **cuestionamiento** de la **objetividad, imparcialidad o actuación** que linda con la **arbitrariedad** de la máxima autoridad del Ministerio Público, el **Fiscal de la Nación** (en lo sucesivo, **FN**), en ese orden de ideas, procederemos a analizar la **casuística nacional** que ha habilitado el camino de la acción de tutela para la protección de los derechos vinculados a un actuar lesivo por parte del **FN**, que demuestran el progreso jurisprudencial que se ha tenido respecto al **ámbito de protección de derechos amparables** a través de este mecanismo procesal.

➤ **Caso Alfredo Eduardo Thorne Vetter**

En las siguientes líneas, se analizará el caso del exministro de Economía y Finanzas –en el periodo del 28 de julio de 2016 hasta el 21 de junio de 2017– durante el Gobierno del expresidente de la República, Pedro Pablo Kuczynski, motivo de esta gestión se promovió una investigación en su contra mediante la

Disposición N.º 03 del 24.08.2018, y, en atención a su calidad de alto funcionario estuvo conducida por el **FN** –en ese periodo–, el **Dr. Pedro Gonzalo Chavarry Vallejos**.

Conforme a la actuación fiscal materializada por el **FN**, la defensa técnica del investigado alega que, el **investigado carece de imparcialidad y objetividad**, características vitales con las que debe contar todo representante del Ministerio Público, en ese sentido, reclama la vulneración de los **derechos de tutela jurisdiccional efectiva, debido proceso y derecho de defensa**.

No hemos tenido acceso integralmente a la **resolución judicial (auto de primera instancia – Resolución N.º 01** dictada por el **JSIP** el **04.10.2018**, que resuelve esta solicitud, empero, en su **parte resolutive** declara **rechazar liminalmente la solicitud de tutela planteada** por el **Sr. Thorne Vetter**, en la investigación preliminar instaurada en su contra.

Siendo ese el pronunciamiento final, podemos inferir que, a juicio del JSIP, la tutela planteada era **improcedente liminalmente** ante la existencia de una **mecanismo específico** para controlar la actuación fiscal dentro del proceso y, es la **exclusión fiscal**, esto es, se **incumple** el presupuesto de residualidad que exige la acción de tutela, no obstante, la defensa técnica inconforme con el pronunciamiento, interpone su recurso impugnatorio de apelación, el mismo que fue concedido, originando que tome conocimiento de la causa la **SPE** y, siendo esta la ejecutoria superior que en líneas siguientes analizaremos.

Conforme a lo antes acotado, la **SPE** expide el **auto superior – Resolución s/n, Expediente N.º A.V. N.º 15-2018** dictada el **12.11.2018** declarando: “**nulo el auto del 04.10.2018 emitido por el JSIP de la CSJR que rechazo liminalmente la solicitud de tutela promovida por la defensa técnica del investigado Thorne Vetter**” y, en ese sentido, “**dispone que la causa se remita al juzgado de origen para que, en la brevedad que el caso amerita, convoque a audiencia y, una vez realizada esta, emita pronunciamiento debidamente motivado**”.

Los argumentos esbozados por la defensa técnica para fundamentar su recurso de impugnación son: **(a)** errónea interpretación del artículo 71 del CPP, al considerar que los derechos reclamados no se encuentran taxativamente descritos en el apartado 2 del artículo en mención, sin tomar en consideración

que el numeral 4 lo habilita aunado a lo expuesto en el AP N.º 04-2010/CJ-116 (f.j. 15); **(b)** no observa lo expresado en el auto superior A.V. N.º 05-2018-“1” dictado por la SPE que expresamente señala que es incorrecto afirmar que solo es procedente la acción de tutela sobre la afectación de derechos descritos en el inciso 2 del artículo 71 del CPP, **(c)** no es de aplicación el artículo 62 del CPP al no presentar superior jerárquico el FN Chavarry Vallejos, **(d)** es derecho del investigado de ser investigado por un fiscal imparcial y objetivo, el mismo que se ha vulnerado ante las declaraciones expresadas por el FN en el que se advierte mensajes que lindan con la parcialidad y un interés político en el caso y, **(e)** cumplió con agotar las vías previas, como la solicitud de inhibición que fue rechazada por el mismo FN declarándola infundada.

A su turno, el RMP, refuta los argumentos de la defensa técnica desde dos ámbitos: **uno formal y otro sustancial**; sobre el primero, asevera que los derechos reclamados (imparcialidad) no se encuentra recogido en el artículo 71 del CPP y que esta institución es de aplicación para un catálogo cerrado de derechos descritos en el artículo antes citado y, sobre el segundo, refiere que no se ha precisado cual sería el interés directa que materializa el despacho fiscal, además, que opera la sustracción de la materia, al encontrarse actualmente el caso, en el seno del Congreso de la República y, por ende, perder competencia sobre la investigación.

De lo expuesto, se pone de manifiesto como **punto controvertido** del incidente, –independiente del plano sustancial que está definido por las partes–, la **procedencia de derechos** no recocidos expresamente en el apartado 2 del artículo 71 mediante la acción de tutela, **lo que nos permite inferir la tesis que adopta cada sujeto procesal: la defensa técnica, una **concepción amplia** de derechos fundada en la literalidad del artículo 71 del CPP y la jurisprudencia de la CS y, el Fiscal de la Nación, una **concepción restringida**.**

Siendo delimitado el quid de la controversia en la procedencia del **derecho** a tener un **investigador imparcial y objetivo** a través de la solicitud de tutela, los magistrados superiores realizan ese **examen formal** y, en revisión del estatuto procesal y, más concretamente, del artículo 62 del CPP **(fundamentos jurídicos 6, 7, 13 y 14)** arriba a las siguientes conclusiones: en el caso se

presenta un **vacío legal** ante la imposibilidad de promover la **exclusión fiscal**, puesto que, el FN no presenta un superior jerárquico dentro del MP que pueda evaluar si su actuación fiscal se encuentra dentro del marco de la legalidad, en ese sentido, resulta coherente que un funcionario diferente a sí mismo, pueda evaluar –tomando en consideración, que es el mismo FN quién resolvió la solicitud de inhibición– su comportamiento dentro del caso, siendo prudente que sea el JSIP el que, previa audiencia y contradictorio emita el pronunciamiento correspondiente.

Conforme a las consideraciones descritas, podemos aseverar que en el **auto superior citado**, dictado por la SPE en el incidente promovido por el Sr. Thorne Vetter, el mismo que tiene como ponente al juez supremo **Guerrero López** y es suscrita por los vocales supremos **Neyra Flores** y **Salas Arenas**, se presenta una adherencia **expresa** a una concepción **amplia** de derechos objeto de la acción de tutela, empleando como sustento la redacción legal que ostenta el artículo 71 del CPP y la jurisprudencia de la CS que reconoce la **residualidad** como característica preponderante que ostenta esta figura legal, no obstante, vale reiterar que, a su entender, la **procedencia de los derechos reclamables mediante esta vía**, queda supedita al cumplimiento estricto del **presupuesto antes citado**, como se pone de manifiesto en el caso en concreto, por tanto, el **derecho** a tener un **investigado imparcial** y **objetivo** cuando el **fiscal cuestionado** sea el **Fiscal de la Nación**, resulta **procedente** que la vía empleada sea la **solicitud de tutela**, en caso de fiscales de **inferior jerarquía a este**, el **procedimiento específico a seguir**, de manera irrefutable, es la **exclusión fiscal**.

Para mayor abundamiento, es preciso destacar que, ejecutando el pronunciamiento del Tribunal Superior, el **JSIP** convoca a la audiencia correspondiente y emite el **auto de primera instancia**, Resolución s/n, Expediente N.º 15-2018 dictada el **10.12.2018**, en el que, **habiéndose** dispuesto la **procedencia** del derecho objeto de tutela, procede con el **análisis de fondo**, el mismo que es resuelto declarándose **infundada** la solicitud de tutela planteada por el investigado por la presunta vulneración del derecho a tener un investigado imparcial y objetivo, empero, como no podría ser de otra manera, se **admitió** el **derecho reclamado** para ser ventilado vía tutela.

Sobre el proceder del **JSIP** a cargo del Dr. **Hugo Núñez Julca**, tenemos que mencionar un dato relevante, y, es que, teniendo presente el **criterio adoptado** por la **SPE**, posteriormente, resuelve un caso de similar naturaleza (en el que uno de los derechos reclamados era el **tener un fiscal imparcial y objetivo**), nos referimos al **auto de primera instancia** – Res. N.º 02 dictada el **12.12.2018**, promovido por los Sres. **Araoz Fernández** y **Bruce Montes de Oca** –antes desarrollado con amplitud en la presente investigación en el **numeral 2.3.7.1–**, en el cual se deduce una **vulneración** a los **derechos de tener un fiscal objetivo e imparcial** cuestionando el accionar fiscal del FN Chavarry Gonzales y **debida motivación**, sin reiterar lo plausible y censurable de esa resolución judicial ya previamente analizada, nos limitamos a destacar que, se emite un **pronunciamiento de orden fondal**, esto es, se **cristaliza la variación de tesis que promulga** y el **cual regía al resolver las causas** en su despacho judicial supremo, al **admitir** ya no solo el **derecho que fue materia de incidente** en el caso Thorne Vetter, al contrario, también, la posibilidad de **cuestionar la debida motivación** de los **actos procesales** expedidos por el despacho fiscal, **respecto a este último derecho, resulta aplicable a todos los fiscales de distinto nivel.**

Definitivamente, al finalizar el presente numeral, ha quedado demostrado la **variación jurisprudencial** a la cual arriban los órganos judiciales, en este caso, los pertenecientes directamente al **Supremo Tribunal peruano**, y, de manera concreta, se ha mostrado el precedente inicial, que en adelante, se ha reproducido en diversos casos por parte del **juez supremo de investigación preparatoria**, al **ampliar** su panorama y, comprender que, en efecto, **la acción de tutela** debe operar en un **universo de derechos** no taxativamente descritos en el artículo 71 del CPP, no obstante, **procedente** en tanto en cuanto se cumpla con el **presupuesto de residualidad**, cristalizándose la aseveración descrita por el autor que, en nuestra administración de justicia, y, en este caso, los jueces supremos en lo penal pertenecientes a la Corte Suprema, están **incorporando nuevos derechos al ámbito de acción de la solicitud de tutela**, esto es, a derechos no contemplados expresamente en el apartado 2 del artículo 71 del CPP, siendo estos: el **derecho a tener un fiscal imparcial y objetivo** y **derecho a la debida motivación en los actos procesales fiscales.**

4.3.2.4.2. Derecho al juez predeterminado por ley

El principio-derecho de juez legal o denominado también juez predeterminado por ley, consiste en la determinación legal de los órganos judiciales competentes que conocerán la sustanciación del proceso antes de su incoación a efectos que *a priori*, se garantice la independencia e imparcialidad en el iter de la causa y evitar una posible manipulación para la obtención de un pronunciamiento determinado, respecto al proceso penal, se materializaría antes del conocimiento por parte del despacho fiscal o PNP de la noticia criminal, que en buena cuenta, es la comisión de los presuntos hechos con apariencia de ilicitud.

Sobre la base de esta aproximación conceptual, se ha gestado una problemática y, es considerar si la **determinación legal** que se exige es en razón al cargo asumido o sobre la asignación de una persona identificable plenamente, a nuestro entender, se refiere a la determinación del **cargo competente**, puesto que, para la legitimidad de la persona que ejercitara esta investidura son de aplicación otros principios como la **imparcialidad judicial** o **debida motivación de las resoluciones judiciales**, respecto al primero, lo que habilita su exclusión en caso temor de parcialidad y respecto al segundo, la posibilidad de recurrir las decisiones judiciales; en iguales términos se pronuncia, Julio Maier (1996, tomo I, p. 774) y Arsenio Oré (ídem, p. 98).

Debido a la relevancia que ostenta, su reconocimiento legal ha sido reproducido en múltiples instrumentos internacionales, entre estos, en el artículo 24 de la DADDH, artículo 10 de la DUDH y el artículo 8.1 de la CADH, a nivel nacional, ante ausencia de mención específica en nuestro ordenamiento, resulta comprendida por el artículo 139.3 de la Const. y, así lo ha entendido el **TC** en el **Expediente N.º 8123-2005-PHC, Lima (f.j. 6) del 14.11.2005**.

Ahora bien, expresadas estas notas preliminares, es necesario mencionar algunas precisiones en torno a la aplicación del citado principio-derecho dentro de nuestro ordenamiento jurídico nacional:

- En primer lugar, la referencia de “predeterminación legal” en puridad se refiere a las leyes emitidas por el Poder Legislativo, empero, en nuestro sistema legal, este citado principio, hace referencia exclusivamente a la LOPJ, puesto que el Poder Ejecutivo so pretexto de delegación de

facultas no podría desempeñar la función de creación de órganos jurisdiccionales, conforme a la proscripción constitucional descrita en los artículos 101.4 y 104 de la Const., ergo, esta función presenta reserva de ley orgánica, en iguales términos se pronunció el Supremo Interprete Constitucional en el **Expediente N.º 04-200E-AI, Lima, (f.j. 1)** [Caso *Defensoría del Pueblo*] del **04.04.2001**.

- En segundo lugar, no es discutible la **creación de órganos judiciales especializados** mediante **resoluciones administrativas**, sobre el particular, coincidimos con Oré Guardia (ídem, p. 100) y la **STC. Expediente N.º 0290-2002-PHC, Lima, (f.j. 11)** del **06.01.2003**, al aseverar que estas **no constituyen una violación al principio-derecho del juez legal**, puesto que la redacción vigente del artículo 82.24 del TUO de la LOPJ, **le asignan como función al Consejo Ejecutivo del Poder Judicial**, la función **de crear o suprimir** órganos judiciales **con el objeto de conseguir una rápida y eficaz** administración de justicia.
- En tercer lugar, materializando la premisa antes descrita, es preciso recordar que actualmente el estatuto procesal, contempla dentro de uno de sus procedimientos especiales (**libro V**), a los procesos por razón de la función pública (**sección II**) específicamente dentro de los artículos 449 al 455 del CPP; que al estar regulado con anterioridad de la incoación de investigaciones (procesos penales) y, de la presunta comisión de los hechos delictivos, no se configuraría una vulneración al principio-derecho de juez legal.
- En último lugar, nuestro Código Adjetivo en los artículos 34 al 38, ha reglamentado un mecanismo procesal **específico** para el control de la **competencia** de un proceso penal, siendo este, la **declinatoria de competencia**, –en términos de la **CSJ en el R. N. N.º 53-2004, Puno** dictada por la **SPT el 01.10.2004**–, reconocida equivocadamente como declinatoria de jurisdicción, no obstante, se constituye esta, como una institución jurídica a disposición de los sujetos procesales comprendidos

en la investigación (léase: el imputado, el actor civil o el tercero civil), mediante el cual, pueden cuestionar la **competencia del órgano judicial** que conoce la causa por razones de **materia, territorio o jerarquía** y, de esa forma, se **abstenga** a seguir la sustanciación del proceso, remitiendo los actuados al **órgano judicial competente**.

Referente a su regulación, debemos expresar que el artículo 35 del Código Adjetivo, ha delimitado la **oportunidad procesal** para activar este mecanismo procesal, desde la emisión de la formalización de la IP hasta dentro de un lapso **de diez (10) días**, lo que permite aseverar que, su ámbito de aplicación se circunscribe a la **subetapa de IP formalizada**, empero, dentro de la **subetapa de diligencias preliminares** quedaría proscrita legalmente la parte accionante pueda promover esta incidencia.

Planteadas estas ideas previas, a continuación, evaluaremos la posición que adoptan los órganos judiciales de nuestro sistema de justicia penal, más concretamente, los que forman parte del Supremo Tribunal peruano, respecto a la **procedencia** de reclamar la afectación al **principio-derecho de juez determinado por la ley**, mediante el mecanismo procesal de **petición de tutela** en la **subetapa de diligencias preliminares**, partiendo de la premisa que la **declinatoria de competencia** no resulta aplicable, pues, la **oportunidad procesal** para promover este incidente, se faculta a las partes procesales **hasta antes de diez (10) días** de haberse **formalización la investigación preparatoria –subetapa procesal distinta–**, de esa forma, **poder destacar** si su adhesión se materializa **de forma tácita o expresa** y los fundamentos que respaldan esta toma de postura.

➤ **Caso Pedro Pablo Kuczynski Godar**

El caso a analizar gira en torno a la investigación realizada al Sr. Kuczynski Godar, por la presunta comisión de lavado de activos, que se habría materializado durante su gestión como exministro de Economía y Finanzas en los años 2001 al 2006 dentro del gobierno del expresidente Alejandro Toledo Manrique, en ese orden de ideas, mediante su defensa técnica **promueve la**

acción de tutela, por la presunta vulneración del **derecho a tener un juez y fiscal predeterminado por ley**, puesto que **exigía que su causa sea tramitada como un proceso de alto funcionario público**, conforme a los artículo 99 de la Const. y 449 y ss. Del CPP), pues, actualmente estaba siendo tramitada por el despacho fiscal de la **FSEDCF** y con la intervención judicial del **3 JNIP** de la **CSJE**.

Resolviendo la causa, el **JSIP** dicta el **auto de primera instancia** – resolución s/n, **Exp. N.º 05-2018-“1”** del **01.06.2018** que declara **rechazar liminalmente** la solicitud de tutela de derechos presentada por la defensa técnica del investigado, siendo la razón por la cual recurre esta citada resolución y, la fundamenta en los siguientes agravios:

- Error en la interpretación del artículo 71 del CPP, al ser rechaza la solicitud de tutela en base a que el derecho al juez y fiscal predeterminado por ley no se encuentra descrito dentro del artículo en mención, puesto que esta figura legal, se activa para la protección de derechos más allá de los taxativamente señalados en el apartado 2 del artículo antes citado.
- No cuestiona que la declaratoria de competencia tiene una vía específica, lo que reclama es que esta no resulta procedente en la etapa en que se encuentra el caso, subetapa de DP, en ese sentido, ante el vacío legal del estatuto procesal, resulta procedente la aplicación de la petición de tutela.
- La solicitud de tutela es una garantía de corte constitucional regulada dentro del proceso penal, por ende, es de aplicación los principios de los procesos constitucionales (v gr. Habeas corpus), más específicamente, el principio *pro actione*, siendo proscrita la posibilidad de rechazo liminar o esta debe ser excepcional.
- Por último, expresa que el TC peruano ha ya precisado las reglas de la aplicación de la retroactividad de la inmunidad por haber ejercido cargos de alta investidura dentro del Estado, en este caso, por su condición de

expresidente de la República le alcanza un proceso de alto funcionario público.

Disintiendo con lo argumentado por el abogado defensor, el fiscal adjunto supremo argumenta que: **(1)** no es de aplicación la sentencia del TC citada, pues, en ese caso –Jorge Mufarech Nemy– se le imputaba un delito de función y se encontraba dentro de la cobertura temporal –cinco (05) años– que describe el artículo 99 de la Constitución Política, en ese sentido, diferente a la investigación en curso que versa sobre el delito de lavado de activos y se encuentra fuera del periodo temporal de aplicación; **(2) acepta** que el JSIP **puede** emitir un pronunciamiento del **fondo** del asunto controvertido, empero, la patente ausencia de agravio –acreditación de la lesión– habilita que el Tribunal Superior confirme la resolución recurrida (sic); **(3)** en último término, expresa que la doctrina legal del AP N.º 04-2010/CJ-116 legitima el rechazo limitar y, el auto de primera instancia se encuentra debidamente fundamentado en ese extremo

En su oportunidad, la procuradora pública ad hoc del MINJUS para las investigaciones y procesos vinculados a las investigaciones por delitos de corrupción de funcionarios y conexos en los que habría participado la empresa ODEBRECTH y otras, absuelve el recurso impugnatorio presentado por la defensa técnica y fundamenta su posición en los siguientes términos:

- Primero: La condición de expresidente, conforme a los términos del TC, constituye una prerrogativa o privilegio no un derecho fundamental, en atención que tiene su origen en la normal legal.
- Segundo: No es suficiente aseverar que el artículo 71 del CPP comprende varios supuestos que excede los derechos enumerados, pues, resulta necesario la mención del derecho y agravio irreparable a los derechos fundamentales que presenta el investigado se ha materializado.
- Tercero: La defensa confunde la alusión “mecanismos de cuestionamiento propio” formulado por el JSIP, ya que este último

despacho judicial supremo se refiere a la disposición que dio respuesta a su solicitud de archivamiento por razones de incompetencia, en ese sentido, es legítimo el rechazo limitado de conformidad con lo dispuesto por el AP N.º 04-2010/CJ-116.

- Último: El artículo 99 de la Carta Magna, debe interpretarse de manera restrictiva y de aplicación cuando se cumplan los requisitos establecidos en esta, temporalidad y delitos relacionados a la función pública que se ejercía, de lo contrario se vulneraría los principios de legalidad y debido proceso.

Expuestas la posición y argumentos que respaldan el enfoque de las partes procesales intervinientes en el incidente, la **SPE** dicta el **auto superior – Resolución s/n, Expediente N.º A.V. 05-2018-“1” del 21.08.2018**, los jueces supremos acuerdan: **“declarar infundado el recurso de apelación planteado por el interesado, confirmar la resolución de primera instancia del 01.08.2018 que resolvió rechazar liminalmente la solicitud de tutela planteada por la defensa técnica del Sr. Kuczynski Godar”** sin embargo, lo que prueba nuestra posición se expresa en el **numeral IV** de la citada resolución: **“dejar a salvo el derecho del interesado para proponer lo pertinente en la vía idónea”**, los argumentos empleados para arribar a esta conclusión son los siguientes:

- Referente al quid del incidente, la **procedencia** de tutelar el **derecho al juez y fiscal predeterminado por ley en sede de diligencias preliminares**, el Tribunal de Alzada expone en el **fundamento jurídico 2.3.** que, ante la **imposibilidad legal** de deducir la **declinatoria de competencia**, pues, su oportunidad procesal se encuentra delimitada a partir de la formalización de la IP, y, estando en sede de diligencias preliminares es **procedente** que el derecho reclamado sea protegido a través de la audiencia de tutela, empleado como sustento para este raciocinio, una interpretación **extensiva e integral** del artículo 71 del CPP y la **naturaleza** que ostenta esta figura legal, la **residualidad**.

- Ahora bien, vale precisar que, el **recurso de apelación es declarado infundado**, y, la *ratio* de este proceder judicial radica en que en el proceso penal instaurado contra el Sr. Kuczynski Godar, ya estaba **ejerciendo un control judicial otro JIP**, más concretamente, el **3 JNIP** de la **CSJE**, por tal motivo, el **sería** el competente para **emitir un pronunciamiento de orden fondal**, bajo los parámetros que este colegiado superior ha dictado: **procedencia del derecho vía tutela**.

Dado el pronunciamiento y fundamentos expresados por la **SPE** podemos aseverar que el ponente juez supremo Salas Arenas y, los magistrados supremos que suscriben el auto superior Quintanilla Chacón y Chávez Zapater se **adhieren** a una **tesis amplia** de derechos susceptibles de protección mediante la acción de tutela, más concretamente, reconociendo bajo su ámbito de densa al **derecho de juez y fiscal predeterminado por ley**; no obstante, vale puntualizar que, los fundamentos que emplea para adoptar esta posición consisten en una **interpretación extensiva e integral del artículo 71 del CPP**, además, de la **ausencia de vía específica aplicable** para su debida protección, teniendo en cuenta que durante la **investigación preliminar** no resulta aplicable la **declinatoria de competencia** a diferencia que en la **IP**, en la cual sí sería procedente esta figura legal citada.

Más recientemente, ha sido reiterado el **criterio adoptado** por los jueces supremos en lo penal pertenecientes a la **SPE** en el caso del Sr. **Edilberto Azabache Vidal**, en la investigación instaurada en su contra por presuntos actos de corrupción en su calidad de fiscal adjunto provincial del DF de Piura, a través del **auto superior – Resolución N.º 04 (f.j. 4.4), Exp. N.º 00005-2021-1** dictada el **25.05.2021**, **ponente:** jueza suprema Villa Bonilla y jueces supremos que la suscriben Neyra Flores y Grossmann Casas, en esta se afirma que, **ante la falta de competencia judicial durante la etapa de diligencias preliminares, no impide al JIP** convocar a audiencia de tutela de derechos citando expresamente el **auto superior** antes analizado, por ende, este precedente judicial, nos permite **afirmar** que **se adhiere** a los **criterios esgrimidos** por el auto superior de fecha **21.08.2018** dictado en el incidente del caso del Sr. Kuczynski Godar.

Finalmente, teniendo como sustento los casos analizados y resueltos por el **Tribunal Supremo peruano** a través de la **Sala Penal Especial**, nos permite confirmar la aseveración que, dentro de la jurisprudencia nacional se está plasmando una variación del criterio **restringido** de los derechos pasibles de defensa mediante la petición de tutela a una **tesitura amplia**, excediendo así, al catálogo de derechos taxativamente descritos en el numeral 2 del artículo 71 del Código Procesal Penal, **admitiendo derechos de orden constitucional y legal que carezcan de vía propia** para su defensa **–superen el presupuesto de residualidad–** o **que la contemplada expresamente, resulta inaplicable**, por **no ser la oportunidad procesal para su activación**, es así, que en el presente numeral, **concretamente el derecho de tener un juez y fiscal predeterminado por ley es declarado procedente** para ser reclamado mediante la **audiencia de tutela**, en los casos que se encuentren en sede de **diligencias preliminares**, pues, una vez **formalizada la investigación preparatoria**, lo arreglado a ley sería **activar la declinatoria de competencia**.

4.3.2.4.3. Principio *ne bis in ídem* y su relación con la cosa decidida

El **principio-derecho *ne bis in ídem*** o **interdicción de la persecución múltiple**, constituye un delimitador al *ius puniendi* estatal (potestad sancionadora del Estado), pues, –en términos generales, abarcando sus dos dimensiones– restringe la posibilidad que un ciudadano sea **sancionado o procesado** –o, en este último caso, **juzgado paralelamente– dos veces por una misma infracción**, al configurarse la concurrencia de tres presupuestos: *persona, hecho y fundamento*, en ese sentido, el Estado solo cuenta con una posibilidad para sancionar o procesar a una persona, puesto que poseer dos oportunidades sería un abuso de poder contrario a los principios-derechos que irradian un debido proceso.

La interdicción de persecución múltiple en el derecho comparado ha sido reconocida en el artículo 14.7 del PIDCP y el artículo 8.4 de la CADH. Aunado de ello, en nuestro ordenamiento nacional, el citado **principio-derecho** no tiene reconocimiento expreso a nivel constitucional aunque cierto sector doctrinal la comprende dentro del artículo 139.13 de la Carta Magna, este

principio al recoger expresamente la imposibilidad de revivir procesos ya fenecidos, que ostenten la calidad de resolución ejecutoriada –que a vuestro entender, describe la institución de cosa juzgada–, sin embargo, nos apartamos de esta aseveración y, en ese sentido, coincidimos con la **STC. Exp. N.º 2050-2002-HC, Lima, (f.j. 18)** del **16.04.2013**, al estimar que este se encuentra comprendido en el **principio-derecho** de la **función jurisdiccional debido proceso** como **derecho residual y continente** (139.3 de la Const.), no obstante, a nivel legal se encuentra recogido expresamente en el artículo **III del TP del CPP** y **90 del CP**.

Vale mencionar, que en la literatura se desarrolla al citado derecho **desde dos dimensiones**, por un lado, su faz **material** y, por otro lado, su faz **procesal**, con claridad meridiana la **STC. Expediente N.º 2868-2004-AA, Ancash (f.j. 4)** del **24.11.2006** nos brinda una aproximación conceptual de estos:

- **Dimensión material:** *“expresa la imposibilidad de que recaigan dos sanciones sobre el mismo sujeto por una misma infracción, puesto que tal proceder constituiría un exceso del poder sancionador contrario a las garantías propias del Estado de derecho”.*
- **Dimensión formal:** *“[constituye] que un mismo hecho no pueda ser objeto de dos procesos distintos o, que se inicien dos procesos con el mismo objeto. Con ello se impide, la dualidad de procedimientos (p.e. uno de orden administrativo y otro de orden penal) y, el inicio de un nuevo proceso en cada uno de esos órdenes jurídicos”,* además, coincidimos con Neyra Flores, 2010, p. 180, al referir que, de esta garantía emana también **la imposibilidad de una persecución paralela**, esto es, que se instauren dos procesos contra la misma persona.

Sin embargo, es preciso señalar, que en **ambas dimensiones** converge la **exigencia** del cumplimiento de **tres presupuestos**, que a juicio de San Martín Castro (2020, p. 141) emanan de una lectura textual del artículo III del TP del CPP: persona (*eadem persone*), hecho (*eadem res*) y fundamento (*eadem causa petendi*), configurándose así, la **triple identidad** que se exige para la configuración del principio-derecho materia de comentario.

Otro tema de vital importancia, gira en torno al deslinde conceptual que presenta el **principio de proscripción a la persecución múltiple** con la institución de la **cosa juzgada**, pues, conforme a la uniforme jurisprudencia del Tribunal Supremo peruano mediante la **Sala Penal Permanente** en la **Casación N.° 215-2011, Arequipa, (f.j. 5.3)** del **12.06.2012** y reiterado por el **R. N. N.° 873-2016, Nacional, (f.j.4)** del **06.09.2018**, el *ne bis in ídem* **excede el ámbito de cobertura o aplicación** que la cosa juzgada, puesto que **no solo impide el inicio de una nueva persecución** al contrario también, proscribire un proceso paralelo, esto es, que se promuevan dos procesos penales similares (**identidad de persona, hecho y fundamento**) en contra de una persona.

Descrita estas ideas previas, resulta necesario desarrollar su **vinculación** con la **cosa decidida** y su **aplicación dentro de nuestro estatuto procesal**:

- Primero: La materialización de la **prohibición de persecución múltiple** se cristaliza mediante los actos procesales fiscales que ponen fin a la investigación dictados con arreglo a ley, a decir: **disposición de no apertura de DP o no proceder a FYCIP**, en ambos casos, **decretando el archivo** de la causa, los mismos que, ante la no presentación del recurso de elevación de actuados o ante una presentación que fue declarada infundada, adquieren la **calidad de cosa decidida (inmutable, equiparándola a la cosa juzgada)**, en igual sentido, se pronuncia la **STC. Exp. N.° 05811-2015, PHC, Lima (f.j. 30)** dictada el 20.10.2015 [*Caso Nadine Heredia Alarcón*].
- Segundo: En correlato con lo antes descrito y, observando la redacción legal que contempla el artículo 334 y 335 del Código Adjetivo, podemos advertir que, el legislador peruano **proscribe** textualmente la promoción de una investigación que verse sobre los mismos hechos, con la excepción que se obtengan **nuevos elementos de convicción o de una investigación deficiente**, en ese orden de ideas, pertinente citar lo expuesto por la **STC. Expedientes N.° 02110-2009-PHC y N.° 02527-2009-PHC (acumulado)**, Lima (ff.jj. 21 y 22) del **22.03.2011**, que empleando el **Informe N.° 1/95 relativo** al caso **11.006** emitido por la **Corte IDH** el **07.02.1995** y la **STC. Exp. N.° 2725-2008-PHC, Lima** del

22.09.2008, delimita la **configuración de la cosa decidida** siempre y cuando se concluya que los hechos materia del proceso **no constituyen ilícitos penales**.

- Tercero: Conforme a la equivalencia que se le concede a la **cosa decidida** –tomando en consideración la precisión antes hecha, solo opera ante disposición de archivo que se pronuncien sobre la no ilicitud de los hechos materia de investigación– y **cosa juzgada**, **resulta procedente** su protección a través del **medio técnico** de defensa de cosa juzgada, regulado en el artículo 6.1 “c” del CPP, aunque vale precisar, que esta controversia persiste actualmente, no obstante, para los fines de la presente investigación, asumiremos una **postura positiva**.
- Último, Arribando a la conclusión que, ante la afectación al **principio de interdicción a la persecución múltiple** puede ser salvaguardado a través de un medio técnico de defensa, debe precisar que la **oportunidad procesal** para ser deducido es a partir de la subetapa de la **formalización de investigación preparatoria** conforme al artículo 07 del Código Adjetivo, por ende, dentro de la **subetapa de diligencias preliminares**, quedaría proscrita legalmente la incoación de este incidente, en ese sentido, **queda en total indefensión el investigado que se ve afectado por este proceder fiscal arbitrario**.

A modo de resumen, teniendo como premisa que esta proscrita la persecución consecutiva, esto es, posterior a haber obtenido un pronunciamiento de no disponer apertura de diligencias preliminares o no formalizar y continuar investigación preparatoria por no configurarse hechos delictivos y, resultando improcedente legalmente la posibilidad de deducir el medio técnico de defensa en la **subetapa de diligencias preliminares**, dado que se encuentra contemplada su oportunidad procesal de incoación a partir de la subetapa de **formalización de investigación preparatoria**, corresponde evaluar, **si resulta procedente acudir en vía de tutela** a la protección del derecho a la **interdicción persecución múltiple** en la **subetapa de investigación preliminar**, tomando en consideración que, no se ha contemplado un procedimiento o mecanismo específico para su salvaguarda,

además, **determinar si se materializa una evolución jurisprudencial** respecto al **ámbito de protección** de los derechos pasibles de defensa mediante la **acción de tutela**, en tal sentido, **si se ha incorporado al derecho de *ne bis in ídem*** como susceptible de protección a través de la jurisprudencia nacional.

➤ **Caso Luis Arce Córdova**

El caso gira en torno al exfiscal Supremo Sr. Luis Arce Córdova, pues, en atención a su cargo, **en el año 2020**, se le apertura una investigación por la presunta comisión del delito de enriquecimiento ilícito, sin embargo, a su juicio, se vulneraría el principio de *ne bis in ídem* en la vertiente procesal por **cosa decidida fiscal y legalidad procesal** ante la emisión de la **Disposición. N.º 01** de fecha **17.01.2020** emitida por la señora **Fiscal de la Nación** (en adelante, **FN**) –de esa época, periodo 2020– la Dra. **Zoraida Avalos Rivera**, acto procesal que apertura diligencias preliminares en su contra; sin tomar en consideración que, con anterioridad, el exfiscal de la Nación, –durante el año 2018– el Dr. **Pablo Sánchez Velarde** emitió la **Disposición N.º 01** de fecha **18.07.2018** que resuelve no haber mérito para aperturar diligencias preliminares en contra de su persona, por los mismos hechos y delitos materia de la nueva investigación, por ende, se vulnera el principio de interdicción a la persecución múltiple.

Dada la incoación de la solicitud de tutela, y, en atención a su alta investidura, toma conocimiento del caso el **JSIP**, el mismo que emite el **auto de primera instancia** – Resolución N.º 02 de fecha **05.02.2020**, la misma que declara: **“infundada la acción de tutela solicitada por la defensa técnica del investigado Luis Arce Córdova (...)**”, en ese sentido, a continuación, se analizará el auto de tutela antes citado:

- En primer lugar, la defensa técnica fundamenta su solicitud aseverando que, se acredita la triple entidad que exige el principio de *ne bis in ídem* en la **Disposición N.º 01** (18.07.2018) dictada por el Dr. Sánchez Velarde y la **Disposición N.º 01** (17.01.2020) emitida por la Dra. Avalos Rivera, en ese sentido, queda acreditada la vulneración, pues, en la **disposición primigenia**, ya se había dispuesto el **no haber mérito para aperturar DP** y, además, afirma que en todo caso opera el **reexamen de la investigación primigenia** conforme al artículo 335 del CPP.

Rebatiendo lo aseverado, el despacho fiscal, solicita se declare infundado pues carece de fundamentación fáctica y jurídica, lo que resume en que la pretensión principal de la defensa técnica es que no se investigue a su patrocinado y, por ende, se declare nulidad de la disposición de apertura de DP; asimismo, agrega que, no deben entenderse como nuevos hechos, ya que se trata de una ampliación de los hechos primigenios, ampliándose al comprender a los hermanos e hijos del investigado y la adquisición de bienes muebles (vehículos automotores). Por último, menciona que ya el TC ha contemplado la posibilidad de reapertura una investigación archivada y, finaliza, con la improcedencia de emitir pronunciamiento al tratarse de un derecho no descrito en el artículo 71 del CPP.

De lo expuesto, se advierte que en el incidente paralelamente se presenta una discusión **de orden formal** –la procedencia del derecho reclamado en el incidente de tutela– y, **de orden sustancial**, que, en efecto, resulta discutible ambas posiciones, por tanto, corresponde examinar el pronunciamiento que emite el despacho judicial supremo y, si cumple **con pronunciarse expresamente** sobre la **admisión** del derecho de **interdicción a la persecución múltiple** habiendo sido materia de debate por las partes procesales, pues, por un lado, la defensa adopta **admite** la procedencia del derecho objeto de reclamo y, por otro lado, la FN **censura** la tesis antes mencionada.

- En segundo lugar, **con referencia al examen de forma del derecho reclamado**, –mediante la acción de tutela– concluye expresamente el órgano judicial supremo que los **derechos** susceptibles de salvaguarda a través de esta figura legal no se circunscribe a los enumerados en el inciso 2 del artículo 71 del CPP, expresando que también comprende a aquellos derechos “fundamentales” (sic) que no tengan vía propia en la etapa procesal pertinente –entendemos dentro de la etapa de investigación preparatoria–, por ende, **admite la procedencia del derecho reclamado** y, prosigue con el **examen sustancial** del caso, empleando como sustento

para esta posición, la literalidad del artículo mencionado y la evolución jurisprudencial a la que arriba su órgano superior, la **Sala Penal Especial**.

Respecto al análisis fondal del incidente, dilucida la causa afirmando que en la **Disposición N.º 01** (18.07.2018) dictada por el Dr. Sánchez Velarde no ha operado la **cosa decida**, pues, el **fundamento** para su **no apertura de diligencias preliminares** no estuvo subsumida en uno de los supuestos expresados en el artículo 334.1 del CPP, esto es, no se ha pronunciado negando la ilicitud de los hechos materia del proceso, más aún, si se tiene en cuenta que no se realizó investigación alguna, por ende, resulta legítimo la incoación de un proceso penal en su contra, materializándose la investigación preliminar, no afectándose al derecho reclamado.

- En último lugar, de lo expuesto, podemos concluir inequívocamente que el **JSIP** a cargo del juez Hugo Núñez Julca se **alinea** de manera **expresa**, a una **concepción amplia** de **derechos pasibles de defensa** mediante la petición de tutela, y, de manera concreta, **admite** la **procedencia** del **derecho de interdicción de persecución múltiple** en sede de DP mediante esta figura legal, empleando como fundamentos la literalidad del artículo 71 del CPP, la jurisprudencia emitida por el Tribunal de Alzada, la **SPE** y la **ausencia de un mecanismo de protección** para el derecho reclamado en sede de **investigación preliminar**, esto es, satisface el presupuesto de residualidad.

Por añadidura, consideramos plausible la fundamentación y conclusión arriba respecto al **fondo** de la solicitud, en efecto, en el caso en concreto, coincidimos que **no ha operado** la **cosa decida** ante la ausencia de pronunciamiento respecto a la ilicitud de los hechos materia de investigación.

Ante la emisión de la **resolución judicial** antes mencionada, la defensa técnica interpone su recurso impugnatorio de apelación dentro del plazo legal conferido (artículo 414 del CPP), la que dio origen a que, la **SPE** tome conocimiento de la

causa y, emita el **auto superior** – Resolución N.º 05 dictada el 12.05.2020, que enseguida detallamos:

- Primero: La parte recurrente fundamenta su recuro aseverando lo siguiente:
(i) Vulneración a la garantía procesal del *ne bis in ídem* en su vertiente procesal, pues, se ha demostrado que se trata del mismo hecho, fundamento y personal e incluso fue aceptado de esa manera expresa por parte del JSIP en el fundamento 8, (ii) en la **Disposición N.º 01** (18.07.2018) dictada por el Dr. Sánchez Velarde se arriba a la conclusión que **no se acredita un desbalance patrimonial** por parte del Sr. Arce Córdova, y, (iii) se vulnera el principio de legalidad procesal ante la inobservancia de lo dispuesto en el artículo 335.2 del CPP, ante la ausencia de nuevos elementos de convicción o investigación defectuosa que habilite el reexamen de la investigación primigenia, pues, a juicio del JSIP este no aplica ante la no emisión de una disposición que tenga la calidad de cosa decidida.

A su turno, el despacho fiscal difiere lo expuesto aseverando que los hechos materia de la **Disposición N.º 01** (17.01.2020) emitida por la Dra. Avalos Rivera **–nueva apertura–** se tratan de nuevos hechos (adquisición de bienes) y personas (al comprender a sus hermanos e hijos del Sr. Arce Córdova), por ende, necesario una investigación que involucre actos de investigación que **no tuvo la investigación primigenia**, aunado a ello, la **Disposición N.º 01** (18.07.2018) dictada por el Dr. Sánchez Velarde **no constituye cosa decidida** al no desvirtuar la ilicitud de los hechos materia de investigación, finaliza, cuestionando que, el accionante debió acudir al despacho fiscal para que emita el pronunciamiento que pretendía en la incidencia.

Por lo expuesto, debemos destacar que el RMP ya no cuestiona que el derecho **reclamado** no es **procedente** para ser protegido mediante la petición de tutela, por el contrario, lo que deslegitima es que no se haya **acudido previamente al despacho fiscal** para que emita un

pronunciamiento respecto a la presunta vulneración, esto es, **cumplir** con el **requisito de admisibilidad** establecido para la solicitud de tutela.

- Segundo: **Referente a la procedencia del derecho reclamado**, a lo largo de la resolución advertimos que no **censura** esta **admisión** a trámite y posterior, evaluación de fondo por parte del **JSIP**, por el contrario, en su fundamento jurídico **noveno** afirma que, en atención la entidad y su reconocimiento de este último como derecho fundamental, aunado a la vía –acción de tutela– incoada es que se **admitió a trámite** el derecho afectado, lo que nos permite inferir que **aprueba** el proceder realizado por el juez de primera instancia, al **adoptar una concepción amplia** de manera **tácita**.

Por otro lado, **con relación al examen fondal del caso**, reitera la fundamentación expresada por el ad quo al considerar que, en efecto, en el presente caso **no ha operado la calidad de cosa decidida** ante la ausencia de una formulación que desvirtuó los hechos delictivos atribuidos al Sr. Arce Córdova, en ese sentido, puntualiza que, ante la **ausencia de este pronunciamiento** y no configurarse los supuestos descrito en el artículo 334.1 del CPP, no existe impedimento legal de aperturar un nuevo proceso penal mediante la **disposición de apertura de diligencias preliminares**, aunado a ello, agrega que formalmente se inicia un proceso penal con la emisión del acto procesal antes descrito o la **disposición de formalización de investigación preparatoria**, por último, nada obsta a la defensa técnica para exigir una evaluación de los fundamentos empleados previamente por el FN para no aperturar investigación preliminar.

- Último: Dado las consideraciones descritas, no cabe duda que la **SPE** viene **reproduciendo** en sus **autos superiores**, la **adhesión** a la **tesis amplia** de derechos pasibles de protección a través de la petición de tutela, pues, considera **legítimo** que se ventilen derechos de orden constitucional y legal dentro de este incidente, toda vez que, **no censura** el proceder del órgano de primera instancia, al **admitir** como derecho reclamable de este mecanismo procesal, el **derecho de interdicción a la persecución múltiple** ante la imposibilidad de ser protegido con un medio técnico de defensa que resultan

procedentes en la etapa de **IP formalizada** y, además, resulta destacable los lineamientos que ha expuesto sobre la configuración del agravio de este citado **derecho** que coadyuvara a la dilucidación de futuros casos.

Del mismo modo, se pronuncia la **1 SPDANPEDCF** del **CSJEDCOYCF** en el incidente promovido por el exjuez supremo Cesar Hinostroza Pariachi, **auto superior** – Resolución N.º 03, Expediente N.º 00039-2018-4 del 03.07.2019, en el cual se reclama la vulneración al debido proceso en su manifestación de *ne bis in ídem*, en ese sentido, el citado colegiado superior, **expresamente** –en su fundamento jurídico 8– declara **procedente** la **posibilidad** de acudir a la **petición de tutela** ante la vulneración al citado derecho en la subetapa de diligencias preliminares, empleando como sustento la **facultad** de **controlar** las actuaciones fiscales, la **finalidad** que ostenta esta figura legal y, que adolece de una vía procedimental que permite su protección, por ende, nos permite aseverar inequívocamente que se alinea a una **concepción amplia** de derechos susceptibles de amparo a través de este mecanismo procesal.

Concluyendo, ha quedado demostrado que los órganos judiciales pertenecientes al Tribunal Supremo peruano, tanto el órgano de primera instancia **JSIP** a cargo del juez **Hugo Núñez Julca** como el **Tribunal de Alzada**, la **SPE** encargados de intervenir en proceso de altos funcionarios públicos, han adoptado en sus resoluciones **de forma expresa** la **procedencia** de **derechos** pasibles de amparo a través de la solicitud de tutela, y, de manera específica, el **derecho de ne bis in ídem**, empleando como base el reconocimiento constitucional y/o legal del derecho reclamado, la literalidad del artículo 71 del CPP y los precedentes judiciales que han ido emitiendo los **órganos supremos citados**, máxima instancia judicial en la jurisdicción penal, por ende, es ostensible la **evolución jurisprudencial** que se viene materializando en nuestra jurisprudencia nacional.

4.3.2.5. Derecho de igualdad en su manifestación de igualdad de armas procesales

El **principio-derecho** de **igualdad de armas procesales**, es la manifestación mediante el cual se exige el establecimiento de un proceso penal en el cual los sujetos procesales intervinientes o comprendidos en este, de manera integral

durante su desarrollo, cuenten con las mismas facultades y posibilidades para poder ejercitar los derechos reconocidos a nivel constitucional y legal, y, así, poder defender sus pretensiones e influenciar en la resolución que ponga fin a la causa –en el extremo penal o civil--.

Vale acotar que, el **principio-derecho de igualdad de armas**, es una **manifestación directa** del **derecho fundamental de igualdad**, confiriéndole el constituyente peruano expresamente el citado estatus, al comprenderla en el **título I: de la persona y de la sociedad, capítulo I: derechos fundamentales de la persona**, de manera concreta, en el artículo 2.2 de la Const. e **indirecta** del **principio-derecho** de la función jurisdiccional **debido proceso** (art. 139.3 de la Const.), puesto que se presenta como un **componente** de este derecho continente, empero, un proceso que incurra en su **inobservancia** no puede reputarse como **debido**.

Ahora bien, el **reconocimiento legal a nivel internacional y nacional**, que presenta el **derecho** bajo examen, es como sigue: respecto al primero: artículo 7 de la DUDH; artículo 14.1 del PIDCP y artículo 24 de la CADH –la misma que ha generado una tendencia legislativa que se reproducido– conforme desarrolla con amplitud Arbulú Martínez (2015, tomo I, p. 89 al 91) –en el artículo 4 del Código Procesal Penal de Colombia, artículo 14 del Código de Procedimiento Penal de Ecuador, artículos 14 y 15 del Código de Procedimientos Penales para el Estado de México y el artículo 12 del Código Procesal Penal de El Salvador– y respecto al segundo: artículos 2.2 y 139.3 de la Const.; artículo I.3 y IX.1 del TP del CPP y artículo 6 del TUO de la LOPJ.

Sin perjuicio de ello, debe ponerse de manifiesto que el **principio-derecho** citado, es uno de los pilares en los cuales se cimenta el **sistema acusatorio moderno con rasgos adversariales**, siendo estos: principio de igualdad de armas, imparcialidad, contradicción y oralidad; del mismo modo se pronuncia, Peña Cabrera-Freyre (2007 p. 122:123) y Oré Guardia & Ramos Dávila (2005, p. 117-120)

De la misma manera, es preciso señalar lo expuesto por el **Pleno del TC** en el **Exp. N.º 0023-2005-PI** [*Caso Defensoría del Pueblo contra el Congreso de la República*], **f.j. 67 y 68**, dictada el **27.10.2006**, respecto a las **manifestaciones**

derecho fundamental de **igualdad**, expresando que son de dos tipos, **la igualdad en la ley y la igualdad en la aplicación de la ley**:

- La primera manifestación: “**constituye un límite al legislador**, en tanto la actividad legiferante deberá estar encaminada a respetar la igualdad, **encontrándose vedado establecer diferenciaciones basadas en criterios irrazonables y desproporcionados**” y, agrega: “el actuar del legislador tiene como límite el principio de igualdad, en tanto que dicho principio le exige que **las relaciones y situaciones jurídicas determinadas que vaya a determinar deban garantizar un trato igual y sin discriminaciones**”.
- La segunda manifestación: “Se configura como **límite al actuar de órganos públicos, tales como los jurisdiccionales y administrativos**. Exige que estos, **al momento de aplicar la ley, no deban realizar tratos diferentes entre casos que son sustancialmente iguales**” y, cristaliza esta manifestación en que: “la ley debe ser aplicada de modo igual a todos aquellos que se encuentren en la misma situación, **sin que el aplicador pueda establecer diferencia alguna en razón de las personas o de circunstancias que no sean las que se encuentren presentes en la ley**”.

Es así, que en las siguientes líneas, **será** analizada la **manifestación: igualdad en la aplicación de la ley**, al pretender examinar **dos aspectos que giran en torno a ella: en primer lugar**, describir en que supuestos dentro de la dinámica procesal se puede incurrir en la afectación del **derecho-principio de igualdad de armas procesal** y, **en segundo lugar**, si este derecho está comprendido dentro del **ámbito de acción** de la solicitud de tutela conforme a la jurisprudencia nacional, en suma: **acreditar** la evolución jurisprudencial que se viene cristalizando respecto al **tópico** materia de investigación.

A la postre, vale precisar que, en adelante será materia de evaluación el iter procedimental (y, de manera más precisa, las resoluciones emitidas) que han tenido los **incidentes de tutela** promovidos por el expresidente de la República del Perú, **Pedro Pablo Kuczynski Godard** en el proceso penal tramitado con

Expediente N.° 00019-2018, signados con número de incidente **9** y **26**, por la presunta comisión del delito de lavado de activos, el primero, adquiriendo calidad de cosa juzgada en la Sala Superior, el segundo, culminado en **instancia excepcional**, empero, en ambos casos, interviniendo los órganos judiciales que forman parte del **Subsistema Anticorrupción y Crimen Organizado**, sin mayor preámbulo, en los numerales siguientes, procedemos con el análisis correspondiente.

➤ **Caso Pedro Pablo Kuczynski Godard:**

La defensa técnica del expresidente de la República, el Sr. Kuczynski Godard, promueve el incidente de tutela, pues, a su juicio, se quebrante el **derecho de defensa** en su vertiente de **plazo razonable** para ejercitar este, ante la **omisión** por parte del despacho fiscal de **cumplir con desarrollar los principios de la prueba –aplicable a los medios de investigación– pertinencia, utilidad y conducencia**, conforme a lo establecido en el art. 337 del Código Adjetivo en la **programación de declaraciones** testimoniales, en ese sentido, observar el **principio de igualdad de armas** que reconoce el estatuto procesal.

No obstante, consideramos que con mayor precisión, el **derecho conculcado** que engloba el proceder fiscal –y, que es expresado como alegato por el abogado defensor– es la **igualdad de armas procesales**, cristalizado en el caso en concreto, en que el fiscal encargado de la investigación, al **programar los actos de investigación**, no cumple con **acreditar y exteriorizar** en un acto procesal (léase: providencia o disposición) la **fundamentación** que permita **advertir el cumplimiento** de los principios de pertinencia, utilidad y conducencia en las **diligencias programadas por su despacho fiscal** (declaraciones testimoniales), en tal virtud, a nuestro juicio, se **afecta en mayor medida** el derecho de **igualdad de armas procesales**, lo que nos conduce a ser desarrollado es el presente numeral y no en otro **derecho procesal**.

Habiendo sido imposible acceder integralmente al **auto de primera instancia – Resolución N.° 04, Exp. N.° 00019-2018-26** dictada por el **3 JIPNPEDCF** el **12.11.2019**, nos limitaremos a destacar los **fundamentos** que le permitieron pronunciar su **parte resolutive: “declara fundada la solicitud de tutela**

planteada por la defensa del investigado Kuczynski Godard, respecto a precisar el objeto de las ocho declaraciones testimoniales que aún están pendientes de ser materializadas, con las exigencias de ley” y, estos son:

- Tanto a nivel legal como jurisprudencial, es unánime la finalidad que ostenta la **IP**, esta es, la reunión de elementos de cargo y de descargo que fundamenten una decisión fiscal para ingresar a la etapa intermedia, empero, el accionar fiscal se encuentra condicionado al respeto del derecho de defensa.
- En tal virtud, y, aunado al reconocimiento expreso (tanto a nivel nacional como comparado) que ostenta el derecho reclamado por el investigado –derecho de defensa y, más precisamente, a contar con el tiempo razonable para que se prepare su defensa– aplicable al momento de citar testigos a brindar su declaración, pues, se exige que sea pertinente.
- Adicionalmente, toma en consideración la actuación realizada por la Fiscal de la Nación –**al precisar la pertinencia de las declaraciones programadas por el despacho fiscal**– ante una solicitud de similar naturaleza a la que se ventila en el presente caso, **saludando y considerando el correcto ese proceder fiscal.**
- Concluye que debe observarse un **trato sistemático** y de **igualdad entre las partes procesales**, de conformidad con el artículo I.3 del TP del CPP, y, de manera concreta, el artículo 337.4 del citado ordenamiento, al exigir las formalidades que deben cumplir a los actos de investigación programados o solicitados por la fiscalía o defensa técnica, respectivamente; por ende, se ordena que en un **plazo de diez (10) días** se precise la **pertinencia** y el **objeto de la declaración**, y, posteriormente, **correr traslado a la defensa técnica** para que este en **igualdad de condiciones y cuente con tiempo suficiente para su preparación.**

A consecuencia de la **argumentación expresada** y **parte resolutive** del **3 JIPNPEDCF** de la **CSJE**, podemos deducir que, estiman procedente la

evaluación del derecho de defensa en su manifestación de contar con un tiempo razonable para prepararse e **igualdad de armas procesales**, al no emitir un **pronunciamiento de procedencia**, por el contrario, centrar su argumentación únicamente en el **fondo** de la petición de tutela.

Dado el **pronunciamiento judicial** descrito, el despacho fiscal disiente de la argumentación esgrimida, presenta su recurso impugnatorio y lo fundamenta, en los siguientes términos:

- Considera que la **pertinencia** (y, en buena cuenta el **objeto**) de las **declaraciones programadas** se encuentran **fundamentadas** debidamente en los actos procesales expedidos por la fiscalía provincial a cargo del caso.
- Además, afirma que, al RMP no le es aplicable la **obligación legal** de precisar *pertinencia, utilidad y necesidad*, de cada acto de investigación que realiza la autoridad fiscal en la IP, dado que la finalidad de esta etapa es la reunión de elementos de convicción de cargo y de descargo que fundamenten la decisión fiscal correspondiente, por ende, solo es exigible a los demás sujetos procesales con salvedad de este mismo.
- No obstante, expone que no se presenta agravio alguno, ante la no materialización de las declaraciones testimoniales en las cuales se exige el desarrollo de su **pertinencia** y contar con el tiempo necesaria para preparar su defensa.
- Por último, asevera que el estadio para la exigencia de la *pertinencia, utilidad y conducencia* se presenta en la etapa intermedia conforme al artículo 325.5 del CPP, ante la cual los elementos de convicción ofrecidos son sometidos al control judicial.

Es importante destacar, que en sede impugnativa, el fiscal superior no desarrolla argumentación respecto a la **improcedencia** de los derechos materia de incidencia, –esto podría presentarse ante la limitación que encuentra de la **pretensión, agravios y fundamentación** de su recurso impugnativo escrito

elaborado por el fiscal provincial del caso, empero, nada impide que pueda instar un **control de oficio** del Tribunal de Alzada, en caso estime que estamos antes **nulidades absolutas** o **sustanciales** (art. 409.1 del CPP)–, en ese orden de ideas, podemos aseverar que se **alinea** a una **concepción amplia** del **ámbito de acción** de la solicitud de tutela.

A su turno, **absuelve** el **recurso de apelación** el abogado defensor, fundamentando su reclamo de la siguiente manera:

- Su pretensión no es que se fije el objeto del proceso penal o se opona a la realización de las declaraciones testimoniales, lo que pretende es, la precisión del **objeto** de estas, puesto que dentro de una investigación debe presentarse una **igualdad entre las partes procesales** (igualdad de armas).
- Los actos procesales expresados por el fiscal superior, donde considera se encuentra el detalle del objeto de las declaraciones testimoniales, no manifiestas las razones e incluso una mínimo mención de estos.
- Reitera, que la FN en el caso signado N.º 70-2018 ante un pedido de similar naturaleza, el despacho del área de enriquecimiento ilícito y denuncias constitucionales cumplió con precisar el objeto de las declaraciones programadas para que la defensa técnica pueda prepararse con debida anticipación.
- Finaliza, que no debe esperarse que se lleven a cabo las declaraciones testimoniales, pues, esperar a que se materialicen estas, lo único que genera es que se agrave la afectación a los derechos materia de incidente.

Sobre el particular, previo debate correspondiente se emite el **auto superior** – Resolución N.º 03, Expediente N.º 00019-2018-26 dictado por la **1 SPDANPEDCF** el **15.01.2020**, que declara: *“confirmar la resolución N.º 04 del 12.11.2019 dictada por el 3 JIPNPEDCF que **declaro fundada** la solicitud de tutela formulada por el investigado Kuczynski Godard”*, y, los aspectos a destacar son los siguientes:

- Referente a la petición de tutela, empleando como fundamentos la propia literalidad del artículo 71 del CPP, su naturaleza residual y, ante la omisión de censura del derecho materia de incidente desde un examen de procedencia (**fundamentos 1, 2 y 3**), nos permite aseverar que se alinea a una **tesitura amplia** del universo de derechos susceptibles de defensa mediante este mecanismo procesal **de manera tácita**.
- Con relación al quid de la controversia (**ff.jj. 6, 7 y 8**), de una revisión de los actos procesales descritos por el despacho fiscal superior, en los cuales sustenta que en efecto, se cumple con señalar la pertinencia y el objeto de las declaraciones testimoniales, solo se **describe a dos (02)** de los **ocho (08)**, y, respecto a los restantes, no se hace mención alguna, en ese sentido, se incurre en una **motivación genérica**, pues, no se cumple con describir el **objeto**, por lo cual, se acredita el agravio a los derechos deducidos.
- Además, expone que **no es recibo** la argumentación que expone el fiscal superior, de que no le alcanza la obligación legal de precisar la **pertinencia, utilidad y conducencia** de cada acto de investigación, ya que, conforme al texto legal del artículo 337 es exigible al despacho fiscal, siendo este límites que garantizan el adecuado desarrollo del objeto del proceso penal y el ejercicio de los derechos que le asisten a las partes, por ende, es erróneo aseverar que estas exigencias solo son reclamables durante la etapa intermedia (**f.j. 10**).
- Sobre la referencia del proceder de la Fiscalía de la Nación –cumplir con precisar el **objeto** de las declaraciones testimoniales programadas–, señala que no hace más que confirmar que, **el criterio adoptado** por el órgano de primera instancia y del colegiado superior, **es correcto**.
- Por último, de manera irrefutable refuta lo expresado por la fiscalía, al indicar que **se materializa los derechos reclamados en el incidente, desde que se programa la toma de las declaraciones testimoniales**, y,

no necesariamente solo con su materialización, por tanto, desde la **programación de la diligencia, se activa el ejercicio del derecho de defensa e igualdad de armas**, facultando a los sujetos procesales, **a solicitar el objeto de estas**, con el fin de realizar sobre ellas un **debido control** de pertinencia conducencia y utilidad.

Desde el punto de vista fiscal, resulta agravante la Ejecutoria Superior antes comentada, por ende, interpone el **recurso de casación** correspondiente, el mismo que fundamenta como agravios: Errónea interpretación y aplicación del artículo 337 del CPP, puesto que no está en obligación legal el despacho fiscal de precisar *pertinencia, utilidad y conducencia* de cada acto de investigación durante la etapa de investigación preparatoria, siendo necesario el **desarrollo jurisprudencial** respecto a este último tópico, sin embargo, pone de manifiesto que en la jurisprudencia nacional existe controversia entre la **resolución recurrida** y el **auto superior** dictado por la **2 SPDANPECO** el **28.10.2019**, en el **Expediente N.º 0067-2917-16-5001-JR-PE-01**; sobre esto último, nos permite inferir que en un **caso similar** –vía procesal y derechos reclamos– se emitió un **pronunciamiento fondal**, esto es, a criterio del Tribunal Superior Subsistema Anticorrupción y Crimen Organizado, **son reclamables estos derechos** mediante la **vía de tutela**, siendo otro **precedente judicial** que considera procedente el **derecho reclamado** a través de esta institución jurídica, empero, **a nivel fondal** considera que no **es exigible** dicha **obligación** al representante del Ministerio Público.

Continuando con el trámite en instancia excepcional, los jueces supremos en lo penal, mediante **Auto de Calificación de la Casación N.º 382-2020, Nacional** dictada por la **SPT** el **08.04.2021** declaran:

“bien concedido, por el motivo casacional previsto en el artículo 429.2 del CPP interpuesto por el RMP contra el auto de vista del 15.01.2020 emitida por el órgano superior, que confirma el auto de primera instancia que declaro fundada la solicitud de tutela de derechos”.

Poniendo fin al incidente, se expide la **Casación N.º 382-2020, Nacional** dictada por la **SPP** el **04.03.2022**, el mismo que tiene como **parte resolutive**: *“declarar fundado parcialmente el recurso de casación, interpuesto por el*

RMP contra el **auto superior del 15.01.2020** que confirma el auto de primera instancia del 12.11.2019 que declaro fundando la solicitud de tutela del investigado Kuczynski Godard”, en consecuencia, “**casaron el auto de vista** (15.10.2020) respecto a las declaraciones de los Sres. Milla Comitre y Alvares Álamo y, actuando como instancia revocaron el auto de primera instancia (12.11.2019), **reformulándola** declararon **infundada** la solicitud de tutela respecto a estos”, vale precisar, **con referencia a los demás testigos**, “**se declara infundado el recurso de casación**” esto es, que “**se mantenga en todos los extremos**”; de lo cual, vamos a destacar **lo bueno y lo malo** en líneas siguientes:

- **Lo bueno:** Respecto a la solicitud de tutela, **no censura** que los derechos reclamados y, en suma, la afectación de incumplir con la precisión de la *pertinencia, conducencia y utilidad* de los actos de investigación programados por los despachos fiscal sean materia de este incidente, por ende, podemos inferir que los **admite**, esto es, se aliena a una tesis **amplía** de **derechos** susceptibles de defensa mediante la **acción de tutela**; además, vale subrayar lo expresado en el **fundamento quinto**, que “*ante el quebrantamiento de la regla del artículo 337.1 y 3 del CPP, se inobservo la garantía de defensa procesal del imputado, lo que hace viable amparar la solicitud de tutela, con arreglo al artículo 71.4 del Código Adjetivo*”, lo que inequívocamente respalda la aseveración antes realizada.

Aunado a ello, sobre el tema fondal expone que el **nivel de exigencia** de los juicios de pertinencia y utilidad **no es el mismo** que otras etapas del proceso penal (léase: intermedia y juzgamiento), empero, eso **no es óbice para que se cumpla con superar estos principios en sede de investigación preparatoria**, de esa manea, permitir que la defensa técnica pueda ejercitar eficazmente los derechos que ostenta su patrocinado y pueda controlar esta actuación fiscal.

- **Lo malo:** Una crítica ya expuesta en anteriores ejecutorias supremas, se manifiesta en la presente, esta es, la **omisión** de declarar doctrina

jurisprudencial vinculante los **criterios** esbozados en la presente casación, que permita una **uniformidad** y **vinculatoriedad** de las próximas resoluciones dictadas por los órganos judiciales de inferior jerárquica conforme al artículo 433.3 del CPP.

Definitivamente, al finalizar el examen del caso del Sr. Kuczynski Godard hemos arribado a estas conclusiones:

- Los órganos judiciales intervinientes en el incidente: 3 **JIPNPEDCF** a cargo del juez Manuel Antonio Chuyo Zavaleta y la 1 **SPDANPEDCF** de la **CSJE**, así como, la **SPP** que tuvo ponente a **San Martín Castro** y los jueces supremos que la conforman, se **alinean** a una **concepción amplia** de derechos pasibles de derecho mediante la acción de tutela, al menos de manera implícita, los dos primeros órganos judiciales y, de manera expresa, el último órgano judicial supremo, al pronunciarse enteramente sobre el **fondo** de la solicitud planteada y **no censurando** que los derechos reclamados sean objeto de tutela –esto es, el **derecho de defensa** en su manifestación de contar con un **plazo razonable para preparar su defensa e igualdad de armas procesales**, ambos vinculados a la exigencia que realiza el estatuto procesal de **acreditar** el cumplimiento de la *pertinencia, utilidad y conducencia* de los actos de investigación programadas–; sobre los **últimos dos órganos judiciales citados**, emplean como fundamento principal para el **reconocimiento del derecho objeto de examen**, la literalidad del artículo 71 del CPP.
- Además, conforme a la mención que se realiza en la ejecutoria suprema, tenemos **otro precedente** que **coincide** con el **criterio** desarrollado por los órganos judiciales intervinientes en el incidente del caso Kuczynski Godard, siendo este, el **auto superior** dictado por la 2 **SPDANPECO** el **28.10.2019**, en el **Expediente N.º 0067-2917-16-5001-JR-PE-01**, pues, estamos ante un **caso similar** –vía procesal y derechos reclamados–, lo que nos permite inferir que al dictarse **pronunciamiento fondal**, se **admite** la **procedencia** de estos derechos en vía de tutela, empero, a **nivel fondal** considera que no **es exigible** dicha **obligación** al RMP.

Vale mencionar, que en similares términos, se pronuncian los órganos judiciales pertenecientes al **Subsistema Anticorrupción y Crimen Organizado**, al emitir pronunciamiento sobre la solicitud presentada por el expresidente **Pedro Pablo Kuczynski Godar**, en el proceso tramitado con el **Expediente N.º 00019-2018-9** –delito lavado de activos–, esta gira en torno a la afectación al **derecho de defensa** –asistir en las operaciones periciales programadas para la emisión de la pericia contable-financiera–, **legalidad procesal** –la observancia del procedimiento legal de pericia conforme al art. 177 del CPP– e **igualdad de armas procesal**, pues, conforme al art. 177.2 del cuerpo normativo antes citado, se reconoce la facultad de presenciar las operaciones periciales (llevada a cabo por el perito oficial) por parte del perito de parte, en ese sentido, reclama que, debe observarse la posibilidad de instalarse grupos de trabajo y establecimiento de horarios determinados, para que pueda intervenir en igualdad de facultades el perito de parte designado por la defensa técnica.

Al respecto, tenemos los siguientes pronunciamientos:

- El juez Manuel Antonio Chuyo Zavaleta a cargo del **3 JNIPEDCF** de la **CSJEDCOYCF** mediante el **auto de primera instancia** – Resolución N.º 03 del 14.12.2018, mediante el cual **sin examinar ni pronunciarse** sobre la procedencia de los derechos reclamados, ejecuta una valoración y, posterior pronunciamiento sobre el **fondo** de la solicitud, lo que nos permite inferir, al decretar **fundada la solicitud planteada**, que se alinea a una tesis **amplia** de derechos pasibles de amparo mediante la acción de tutela, más concretamente, los **derechos de defensa, legalidad procesal e igualdad de armas** reclamados.
- De igual parecer es la **SPNDAPEDCF (Colegiado A)**, pues, mediante el **auto superior** – Resolución N.º 05 del 08.02.2019, **sin mencionarlo expresamente**, empero, por el sentido argumentativo (**ff.jj. 5.16 al 5.18.**) y **parte resolutive** de su resolución –**confirmar la resolución de primera instancia**–, aunado a circunscribir el examen de la resolución recurrida al **fondo** de la solicitud (derechos reclamados) materia de incidente, que se **adhiera** a una **concepción** amplia de derechos susceptibles de defensa mediante la acción de tutela, empleando como

base para sentar su posición, la redacción legal del artículo 71 del CPP y la doctrina legal del AP N.º 04-2010/CJ-116, por ende, consideran **procedente** la protección de los **derechos de defensa, legalidad procesal e igualdad de armas** reclamados vía el incidente de tutela.

De lo expuesto, podemos concluir que, el 3 **JIPNPEDCF** a cargo del juez Manuel Antonio Chuyo Zavaleta y la 1 **SPDANPEDCF** de la **CSJEDCOYCF**, órganos judiciales que forman parte del **Subsistema Anticorrupción y Crimen Organizado** conforme a los **dos precedentes judiciales** analizados promovidos ambos, por la **afectación de derechos** del expresidente **Pedro Pablo Kuczynski Godar** en los procesos penales instaurados en su contra por la presunta comisión del delito de lavado de activos, que es patente la **tendencia de ampliación y reconocimiento de derechos que pueden formar parte del ámbito de acción** del mecanismo de **tutela**, esto es, **que no se encuentran taxativamente** regulados en el **apartado 2 del artículo 71 del Código Adjetivo** empero, siempre obedece al **cumplimiento estricto** del presupuesto material **residualidad**, puesto que, en los casos citados, se advierte que los derechos en cuestión, **carecían de un procedimiento específico para su efectiva protección.**

4.3.2.6. Casos adicionales que acreditan la evolución jurisprudencial respecto al ámbito de acción de la solicitud de tutela

En el presente numeral, daremos cuenta de las resoluciones acopiadas, empero, que por diversos factores, no pudieron ser analizadas de forma pormenoriza y descritas a lo largo de la investigación, no obstante, consideramos necesario su mención, con el objeto de acreditar la premisa expresada por el suscrito, que en nuestra administración de justicia, a través de los órganos judiciales de distinto nivel, se cristaliza una **tendencia** por **ampliar los derechos** pasibles de defensa mediante la **petición de tutela.**

Sobre el particular, es importante precisar que, solo compartiremos resoluciones que hayan merecido por parte de la judicatura un **pronunciamiento de tipo fondal**, esto es, que permitan advertir de manera irrefutable, que se **admite el derecho reclamado** a través de la acción de tutela, en suma, que el órgano

judicial, se **adhiera** de forma **expresa** o **tácita**, a la concepción **amplia** sobre el ámbito de protección de derechos pasibles de defensa mediante el mecanismo procesal bajo estudio, sin embargo, este último detalle y el fundamento de su enfoque, con mayor exactitud, será consignado oportunamente en el **Capítulo VI. Resultados.**

Descrita estas ideas preliminares, a continuación, empleando un cuadro sinóptico, enumeramos las resoluciones que han ampliado los derechos objeto de tutela, a derechos distintos de los contemplados taxativamente en el artículo 71.2 del Código Procesal Penal:

Tabla 34: *Jurisprudencia que adopta una tesis amplia sobre el ámbito de acción de la solicitud de tutela*

N.º	DATOS DE LA RESOLUCIÓN	DERECHOS RECLAMADO	FUNDAMENTO JURÍDICO RELEVANTE
01	Auto de primera instancia – Resolución N.º 05, Expediente N.º 00029-2018-12 [Caso <i>Rafael López Aliaga</i>] dictada por el 3 JIPNPEDCF de la CSNJPE el 13.08.2021	Derecho de defensa, legalidad procesal e igualdad de armas, a efectos de formarse equipo de trabajo y horarios determinados en las operaciones periciales para garantizar la participación del perito de parte	4 al 7
02	Auto de primera instancia – Resolución N.º 03, Expediente N.º 0004-2020-2 [Caso <i>Luis Arce Córdova</i>] dictada por el JSIP de la CSJ el 21.07.2021		4.1 al 4.4.
03	Auto de primera instancia – Resolución N.º 06, Expediente N.º 00019-2018-46 [Caso <i>Pedro Pablo Kuczynski</i>] dictada por el 3 JIPNPEDCF de la CSNJPE el 14.06.2021		3 y 4

04	Casación N.º 1611-2019, Nacional [<i>Caso Susana Villarán de la Puente</i>] dictada por la SPP de la CSJ el 17.06.2021	Derecho al debido proceso en su manifestación de debida motivación y defensa ante la posibilidad de cuestionar la disposición de acumulación	4
05	Auto superior – Resolución N.º 03. Expediente N.º 14-2020-2 [<i>Caso Héctor Becerril Rodríguez</i>] dictada por la SPE el 28.12.2019	Derecho de defensa en su manifestación de participación en todas las diligencias por parte de la defensa técnica (declaración testimonial espontanea)	4.8., 4.9. y 5.3.
06	Auto superior, Resolución N.º 03, Expediente N.º 07-2019-6 dictada por la SPE de la CSJ el 05.08.2019	Derecho de defensa en su manifestación de acceso a los actuados de la carpeta fiscal y participación en diligencias programadas por el despacho fiscal, aunado a la violación a la debida motivación para decretar el secreto de actos de investigación	1.10., 1.11, 1.12. y 1.13.
07	Auto de primera instancia, Resolución N.º 02, Expediente N.º 00002-2017-85 dictada por el 6 JIP de Chiclayo de la CSJ de Lambayeque el 10.06.2019	Derecho de debido procesal en su expresión de legalidad procesal al inobservare el procedimiento de informe pericial (art. 180 del CPP)	2.4, 2.7 y 2.8
08	Auto de vista – Resolución N.º 03, Exp. N.º 00039-2018-4 [<i>Caso Cesar Hinostroza Pariachi</i>] dictada por la 1 SPDANPEDCF el 03.06.2019	Vulneración a la cosa decidida fiscal y su vínculo inevitable con el <i>ne bis in ídem</i> como materia de la acción de tutela en sede de diligencias preliminares	6, 7 y 8

09	Auto de primera instancia, Resolución N.º 02, Expediente N.º 00001-2019-1 [Caso Ana Jara Velásquez] dictada por el JSIP de la CSJ el 16.01.2019	Derecho al debido proceso en su manifestación de debida motivación en sede fiscal y legalidad procesal al ser sustraída la investigada del procedimiento especial de alto funcionario	3, 4, 5, 6 y 8
10	Auto superior – Resolución N.º 03, Expediente N.º 00014-2017-15 dictada por la SPNDA (Colegiado A) el 02.10.2018	Derecho de defensa en su vertiente de designar libremente a la defensa técnica en caso de un imputado declarado reo contumaz	5, 6 y 10 (segundo párrafo)
11	Casación N.º 375-2011, Lambayeque dictada por la SPP de la CSJ el 18.06.2013	Derecho de defensa en su manifestación de guardar silencio o no autoincriminación ante la orden de conducción compulsiva por no presentar a declarar el investigado	7
12	Casación N.º 172-2011, Lima dictada por la SPP de la CSJ el 17.07.2012	Derecho a la gratuidad de la administración de justicia en la expedición de copias simples de los actuados del expediente fiscal	11 y 12
13	Casación N.º 171-2011, Lima dictada por la SPP de la CSJ el 16.08.2012		11, 12 y 13 (doctrina legal)

Fuente: Jurisprudencia dictada por los órganos judiciales del Perú disponible en sus respectivas páginas web

Elaboración propia (2022)

4.3.2.7. A modo de resumen

Del **acopio y análisis** de la **jurisprudencia emitida por nuestros órganos judiciales de toda las instancias** especializados en materia penal –primera, segunda e instancia excepcional– ante el **reconocimiento expreso** y, en otro casos, **implícito de derechos** no recogidos taxativamente en el apartado 2 del artículo 71 del CPP –**concepción restringida**–, nos permite inferir indubitadamente que, en nuestra jurisprudencia nacional se viene **crystalizando** una **evolución** respecto al **ámbito de protección** de los **derechos susceptibles de amparo** mediante la **acción de tutela**, admitiendo **derechos de orden procesal** positivizados en el Constitución y las leyes, empero, siempre sometidos al filtro de **residualidad** para la **declaratoria de procedencia**, en ese sentido, **examinando** y **pronunciándose** a nivel **sustantivo** (fondal) de las solicitudes planteadas por los recurrentes.

4.3.3. Comentarios finales del análisis jurisprudencial desarrollado

Finalizada la **pauta de interpretación jurisprudencial** adoptada en la presente investigación, para establecer la **línea jurisprudencial** que prevalece, respecto a la problemática arraigada en el Perú correspondiente al **ámbito de acción de los derechos recurribles mediante la solicitud de tutela**, hemos arriba a las siguientes conclusiones finales:

- En primer lugar, en el Perú el único respaldo jurisprudencial vinculante para el **sustento** de la **tesis restringida (radical**: solo admisible los derechos enumerados taxativamente en el apartado 2 del artículo 71 del CPP) se encuentra en el **considerando 6 del AP N.º 04-2010/CJ-116 del 16.11.2010**, no obstante, esta **vinculatoriedad** es de **tipo obligatoria relativa**, puesto que, el órgano judicial puede apartarse de este principio jurisprudencial, en tanto cumpla con mencionarlo expresamente y fundamente las razones de esta decisión judicial conforme al artículo 22 del TUO de la LOPJ.
- En segundo lugar, ha quedado desvirtuado que la **doctrina judicial** producto de los **APS N.º 04-2010 (16.11.2010)**, **N.º 02-2012 (26.03.2012)**

y la **doctrina jurisprudencial vinculante** de la **Cas. N.º 136-2013, Tacna** dictada por la **SPP** el 11.06.2014, hayan **declarado** como derechos materia de la petición de tutela los **derechos enumerados taxativamente** en el numeral 2 del artículo 71 del CPP, por el contrario, en estos casos, **prevalece** la **mención** de los **derechos descritos taxativamente** en el artículo 71 del CPP, lo que **permite comprender** un **catálogo amplio** de **supuestos** en los cuales puedan **subsumirse** los **derechos o actos procesales** que se pretendan cuestionar mediante esta vía incidental.

- En tercer lugar, **compatibilizando** a la **doctrina jurisprudencial vinculante** de la **Cas. N.º 136-2013, Tacna** y la **Cas. N.º 943-2019, Ventanilla** –emitidas por la **SPP**–, podemos advertir que, luego de diecisiete años de promulgado el estatuto procesal y, siete años de emitida esta doctrina jurisprudencial vinculante, finalmente tenemos a **nivel jurisprudencial el detalle expreso del listado de derechos procedentes** pasibles de **amparo** a través de la **audiencia de tutela**, el mismo que se obtiene de un **análisis integral del artículo 71 del CPP**, y, estos son: **(1)** derechos de instrucción de derechos –entendemos que se refiere a la comunicación de los derechos que ostenta el investigado dentro del esquema procesal en cada diligencia que participa el investigado–; **(2)** derechos instrumentales recogidos en el artículo 71.2 literales “a” al “d” del CPP, **(3)** derecho a no ser sometido a medios o métodos indignos que vicien o alteren la voluntad o limiten indebidamente la voluntad conforme al artículo 71.2 “e” del CPP, **(4)** derecho a ser examinado por un médico legista. Y, aunado a estos, agrega textualmente, **(5) es procedente** cuando el imputado considere, no se da cumplimiento a estas disposiciones, que sus derechos no son respetados, o, es objeto de medidas limitativa de derechos o de requerimientos ilegales.
- En cuarto lugar, si en algún momento los magistrados supremos en lo Penal adoptaron una **tesis restringida** sobre el ámbito de procedencia de derechos pasibles de amparo mediante la acción de tutela –**premisa**

que ha sido desvirtuada–, esta ha quedado relegada, pues, los principales **órganos pertenecientes al Supremo Tribunal: JSIP, SPP y la SPE** –sin perjuicio, de órganos judiciales de distinto nivel de nuestra administración de justicia–, han **adoptado una tesitura amplia** de derechos pasibles de defensa mediante este figura procesal, empleando como **base principal** para esta **adhesión** la literalidad del artículo 71 del Código Adjetivo, empero, siempre delimitada a la **superación del presupuesto material de residualidad** (sin perjuicio, del cumplimiento del **requisito de admisibilidad**: demandar la cesación del agravio acaecido y, los otros dos **presupuestos materiales**, que sea presentando en la oportunidad procesal legitimada, investigación preparatoria y, no estar incurso en un supuesto de obstrucción al éxito de la investigación).

- En quinto lugar, sobre la base de los **critérios teleológico y jurisprudencial**, no cabe duda que una **interpretación extensiva** favorable al **procesado** conforme demanda las **reglas expresadas de interpretación procesal** contenidos en el **TP del CPP**, por ende, ostentando un **estatus prevalente**, y, armonizada a nivel legal –artículo 71 del Código Adjetivo– y jurisprudencial, es **correcto** asumir que los **supuestos de procedencia** declarados doctrina jurisprudencial vinculante, y, **de obligatoria observación** son los **supuestos descritos** en el numeral 4 del artículo 71 del CPP, una postura diferente puede fundamentar una infracción a la debida motivación por **apartamiento de la doctrina jurisprudencial vinculante** por parte de los órganos judiciales de inferior jerarquía que la Sede Suprema.

4.4. Subcapítulo IV: Análisis social-contextual.

La última **pauta de interpretación** aplicada en la presente tesis, es el **análisis social-contextual**, que si bien es cierto, no constituye un método de interpretación aplicada en la ciencia del derecho, a nuestro entender, es de suma relevancia, pues, nos permite acopiar y documentar el **conocimiento empírico** y **toma de postura** que tienen los **operadores jurídicos *in situ***, es decir, **desde la aplicación y operatividad de la acción de tutela dentro del esquema procesal peruano.**

Es así que, se ha cumplido con **acopiar** el juicio que **adopta** un sector determinado de abogados en ejercicio, que su ámbito de actividad se circunscribió al litigio penal, de esa manera, conforme a su **conocimiento empírico**, nos brindó luces sobre lo que consideran se aplica o, en su defecto, debería aplicarse, en el mecanismo procesal objeto de estudio; materializándose, sobre la base de **preguntas de tipo cerrado**, la misma que nos permite obtener mayor cantidad de información y, por su naturaleza, es de fácil manejo y sistematización. Por último, debemos acotar que, constituye un **mecanismo de recolección de datos de tipo flexible**, puesto que ha sido elaborado y desarrollado por los encuestados en la red y sin necesidad de la presencia física entre los intervinientes, en atención al contexto en el cual se está gestando el presente estudio, pues, en el Perú (y, a nivel mundial) se sufre las consecuencias de la pandemia por el SARS-CoV-2 (Covid-19) y sus variantes.

Finalmente, **con relación a la entrevista-cuestionario** que se **ejecutó**, el ámbito poblacional se encuentra fijado a **cincuenta (50) abogados** en ejercicio y, que su ámbito de actividad, este dentro del litigio penal, con independencia al sector que pertenezca, esto es, por un lado, el sector público (léase: Ministerio Público, Poder Judicial, Procuraduría Pública y defensa pública) y por el otro, el sector privado, en ese orden de ideas, se les **remitió** el cuestionario que, por cuestiones del contexto en el cual se está gestando el presente estudio; se llevó a cabo **de forma virtual** y sistematizará mediante el formulario que permite el programa Google en la red.

4.4.1. Delimitación del ámbito poblacional

Al respecto, ya se ha señalado anteriormente que el **ámbito poblacional** determinado en la presente investigación, se circunscribe a **cincuenta (50) abogados** en ejercicio, no obstante, a continuación, vamos a delimitarlos en atención al **sector** al cual pertenecen al momento de desarrollar la encuesta, esto es, **privado** o **público** y, respecto a este último, si forman parte del Ministerio Público, Poder Judicial, Procuraduría Pública u otra que conforman los organismos autónomos estatales.

Tabla 35: Cuadro de los encuestados-entrevistados

SECTOR PRIVADO	SECTOR PÚBLICO	ORGANISMOS DEL SECTOR PÚBLICO	
20	30	PJ	07
		MP	15
		Procuraduría Pública	08
		Otra	0

Fuente y elaboración propia (2022)

4.4.2. Notas preliminares sobre los tópicos abordados: preguntas formuladas y alternativas de respuesta

Habiéndose descrito de forma pormenorizada el grupo humano interviniente en la presente investigación, mediante el desarrollo de la **encuesta-cuestionario** elegido como **técnica de recolección de datos**, debemos ahora precisar que las **interrogantes formuladas** son **quince (15)**, y, teniendo en cuenta que estas son de **tipo cerrado**, resulta pertinente **describirlas** y, además, las **eventuales respuestas** que han sido proporcionadas por el autor y elegidas por los encuestados para absolverlas.

Conforme a lo antes dicho, a continuación, describiremos las preguntas formuladas:

- **Pregunta N.º 01:** ¿Considera que el proceso ordinario y/o sumario permitía una efectiva defensa de los derechos fundamentales que ostentan los sujetos procesales?
- **Pregunta N.º 02:** En caso ser negativa la respuesta, ¿Qué mecanismos utilizaba ante la vulneración de un derecho de orden constitucional o legal de un sujeto procesal?
- **Pregunta N.º 03:** ¿Cree que el Código Procesal Penal fue promulgado con la finalidad de defender los derechos orden constitucional y legal de los sujetos procesales intervinientes en el proceso?
- **Pregunta N.º 04:** ¿La incorporación de la tutela de derechos en el Código Procesal Penal presenta como objetivo la salvaguarda de los derechos de orden constitucional o legal que no tengan vía propia reconocida textualmente en dicho cuerpo normativo?
- **Pregunta N.º 05:** ¿Es la acción de tutela una materialización del garantismo procesal producto de la implementación del sistema acusatorio con rasgos adversariales en nuestro proceso penal?
- **Pregunta N.º 06:** ¿Estima que la aplicación extensiva favorable a las partes procesales que consagra el Título Preliminar del código adjetivo sirve como pauta de interpretación para determinar la procedencia de los derechos protegidos por la acción de tutela?
- **Pregunta N.º 07:** ¿Considera legal cuestionar jurisdiccionalmente los actos procesales realizados por el representante del Ministerio Público y, por extensión, de la Policía Nacional del Perú?
- **Pregunta N.º 08:** ¿La limitación para presentar una acción de tutela debe circunscribirse al cumplimiento del requisito de admisibilidad (cese del agravio al despacho fiscal) y los presupuestos materiales (oportunidad procesal, que el derecho no tenga vía propia y que no se presente con la finalidad de obstruir la investigación)?

- **Pregunta N.º 09:** ¿Considera que la finalidad de la tutela de derechos es la protección y resguardo de los derechos del imputado (y, por extensión de los sujetos procesales intervinientes en el proceso) a efectos de legitimar la investigación instaurada?
- **Pregunta N.º 10:** A nivel histórico, ¿opina que la incorporación de la audiencia de tutela guarda como finalidad la protección de derechos fundamentales y legales a través de un mecanismo procesal intraproceso?
- **Pregunta N.º 11:** A nivel legislativo, ¿cree que el artículo 71 del CPP que regula la tutela de derechos ostenta una regulación que circunscribe su ámbito de protección a los derechos contemplados expresamente en esta?
- **Pregunta N.º 12:** ¿Considera necesaria la modificación del artículo 71 del estatuto procesal a efectos de uniformizar criterios respecto a la acción de tutela?
- **Pregunta N.º 13:** A nivel jurisprudencial, ¿considera qué se ha evolucionado jurisprudencialmente sobre el ámbito de protección de derechos pasibles de defensa por la audiencia de tutela, reconociendo uno de tipo amplio?
- **Pregunta N.º 14:** En su opinión, ¿la doctrina legal impuesta en los Acuerdos Plenarios N.º 04-2010/CJ-116 y 02-2012/CJ-116 es coherente en el desarrollo argumentativo sobre la tesis que adopta del ámbito de derechos pasibles de protección por la acción de tutela?
- **Pregunta N.º 15:** ¿Se alinea a una concepción amplia o restringida de derechos amparables mediante la solicitud tutela?

Siguiendo con las precisiones de la **entrevista-cuestionario** materializado, es preciso indicar que, sobre las **alterativas** de **respuestas** proporcionadas y empleadas por el entrevistado, la **mayoría de estas**, al ser **interrogantes** de **orden cerrado**, se estableció el siguiente formato predeterminado:

- **SÍ**
- **NO**
- **OTRO:** _____

Al respecto, se puede advertir que se le confiere al entrevistado, alternativas limitadas para absolver las preguntas formuladas, siendo esta una **respuesta positiva** o **negativa** sobre la premisa cuestionada por el autor, empero, para el enriquecimiento de este trabajo de investigación, estimamos correcto agregarle una **tercera alternativa**, consignándole la palabra **otro** y, que el encuestado pueda compartir brevemente una **ampliación** o **precisión** que considere pertinente para ser expresada sobre la interrogante formulada.

No obstante, continuando con el hilo conductor de las precisiones sobre las alternativas de respuestas, es necesario mencionar que este **formato preestablecido**, no es adoptado en ciertas interrogantes por la propia estructura de las preguntas, siendo de manera precisa, las **preguntas N.º 01, 02 y 15**, por tal motivo, detallamos las alternativas de respuestas asignadas.

- **Pregunta N.º 01:** Tomando en consideración que la pregunta esta formulada sobre la base de los procesos tramitados mediante el CdPP, ya derogado en la mayoría de los distritos judiciales del Perú, se agrega a las respuestas predeterminadas **SÍ** y **NO**, la posibilidad que el encuestado pueda responder que: **no ha participado en los citados procesos.**
- **Pregunta N.º 02:** Guardando relación con la **pregunta N.º 01**, que se cuestionaba la efectividad de ejercitar los derechos de orden procesal que ostenta un imputado en los procesos que se tramitan en arreglo al CdPP, en ese orden de ideas, para los entrevistados que a su juicio, no

era efectiva y se presentaba lesiones a los derechos que le asisten al imputado, se le consulta sobre el medio para la protección de las vulneraciones materializadas, presentándole las alternativas que, en dicha época, conforme al **texto vigente** del CdPP y el ordenamiento jurídico, de manera general, eran los que se presentaban como alternativas, siendo estos:

- **Recursos impugnatorios intraproceso**
- **Procesos constitucionales**
- **Otro:** _____

➤ **Pregunta N.º 15:** Constituyendo una de las preguntas más importante del cuestionario-entrevista cristalizado, pues, es directamente el tópico materia de problemática de la presente tesis, concretamente, se le pregunta a la encuesta, cual es la concepción a la cual se alinea sobre el ámbito de protección de los derechos pasibles de amparo mediante la acción de tutela, en ese sentido, por motivos obvios las respuestas son las siguientes:

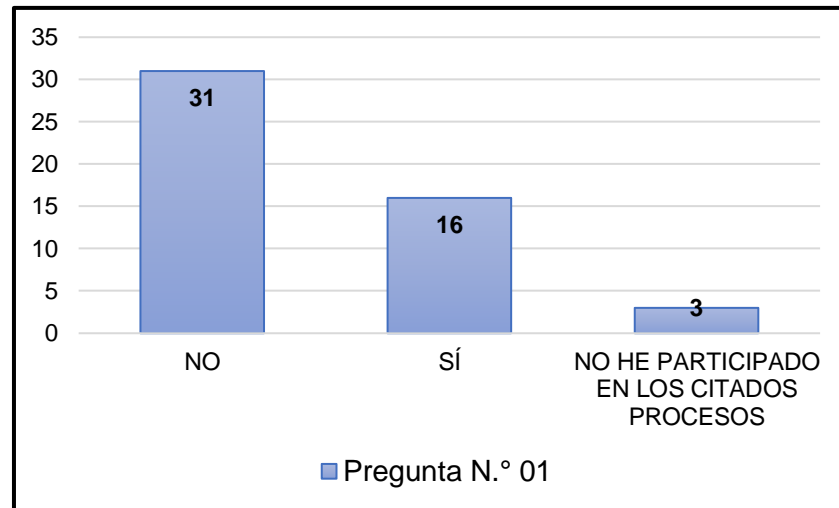
- **Amplia**
- **Restringida**
- **Otro:** _____

Resumiendo, de las **preguntas** y **respuestas** que conforman la **entrevista-cuestionario** se puede expresar que, guarda relación directa con **(1)** las **pautas de interpretación empleadas** en la presente tesis, **(2)** sobre el **tópico principal** materia de problemática de la investigación y **(3)** temas afines que se interrelacionan con las premisas antes mencionadas, por ende, resultan pertinentes para la presente tesis.

4.4.3. Desarrollo de la encuesta-cuestionario de manera individualizada

- **Pregunta N.º 01:** ¿Considera que el proceso ordinario y/o sumario permitía una efectiva defensa de los derechos fundamentales que ostentan los sujetos procesales?

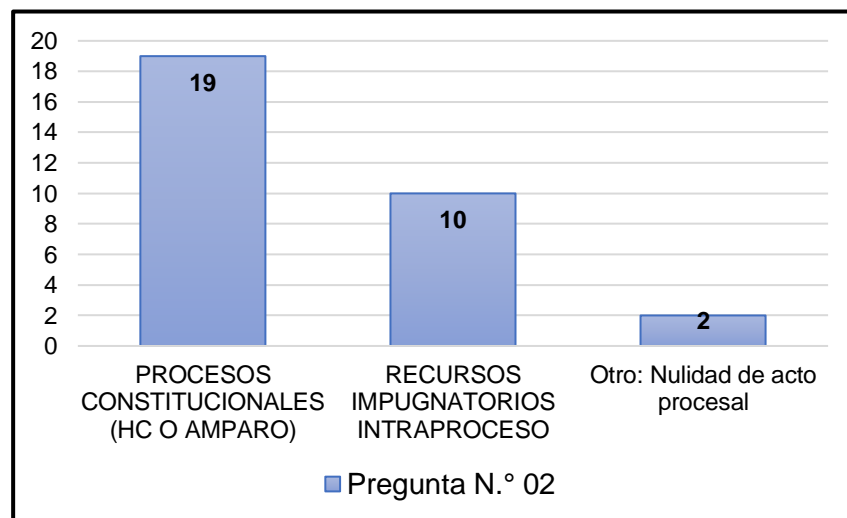
Ilustración 3: Primera pregunta de la encuesta-cuestionario



Fuente y elaboración propia (2022)

- **Pregunta N.º 02:** En caso ser negativa la respuesta, ¿Qué mecanismos utilizaba ante la vulneración de un derecho de orden constitucional o legal de un sujeto procesal?

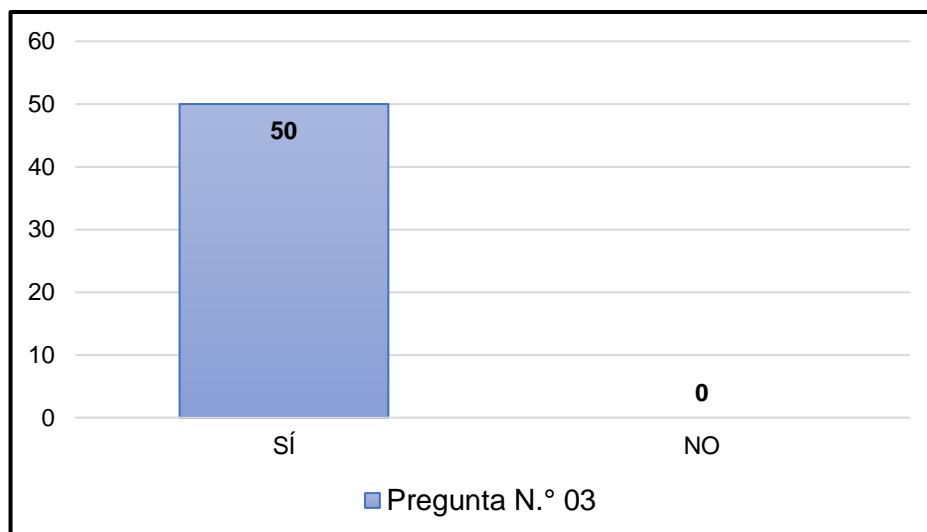
Ilustración 4: Segunda pregunta de la encuesta-cuestionario



Fuente y elaboración propia (2022)

- **Pregunta N.º 03:** ¿Cree que el Código Procesal Penal fue promulgado con la finalidad de defender los derechos orden constitucional y legal de los sujetos procesales intervinientes en el proceso?

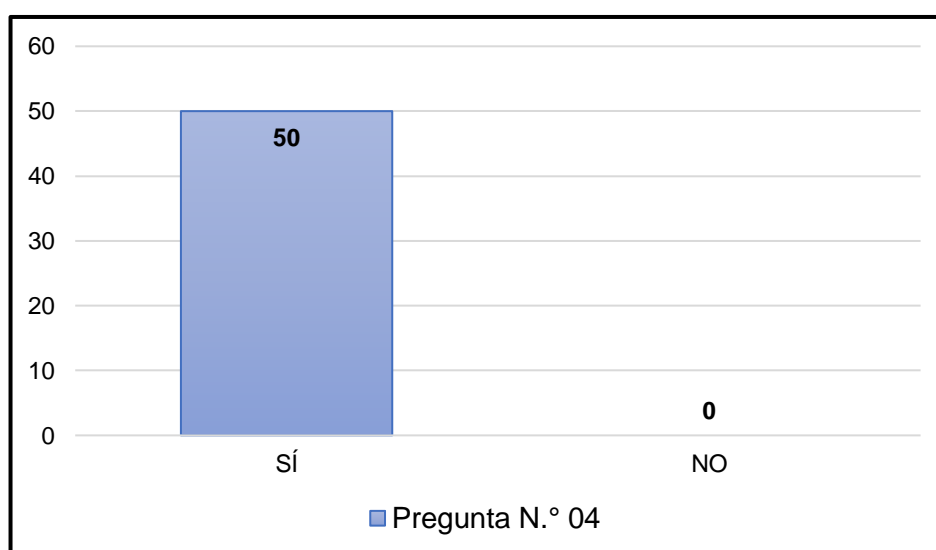
Ilustración 5: Tercera pregunta de la encuesta-cuestionario



Fuente y elaboración propia (2022)

- **Pregunta N.º 04:** ¿La incorporación de la tutela de derechos en el Código Procesal Penal presenta como objetivo la salvaguarda de los derechos de orden constitucional o legal que no tengan vía propia reconocida textualmente en dicho cuerpo normativo?

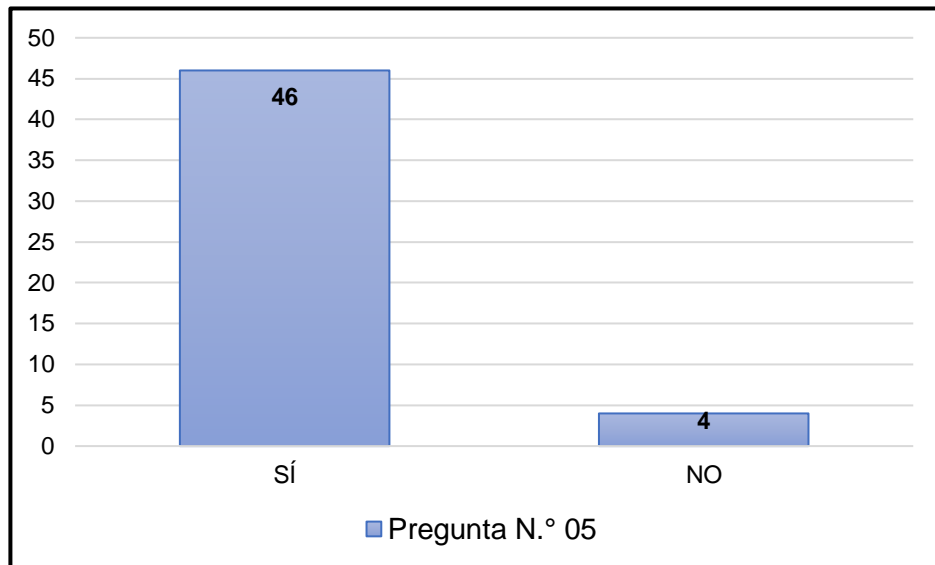
Ilustración 6: Cuarta pregunta de la encuesta-cuestionario



Fuente y elaboración propia (2022)

- **Pregunta N.º 05:** ¿Es la acción de tutela una materialización del garantismo procesal producto de la implementación del sistema acusatorio con rasgos adversariales en nuestro proceso penal?

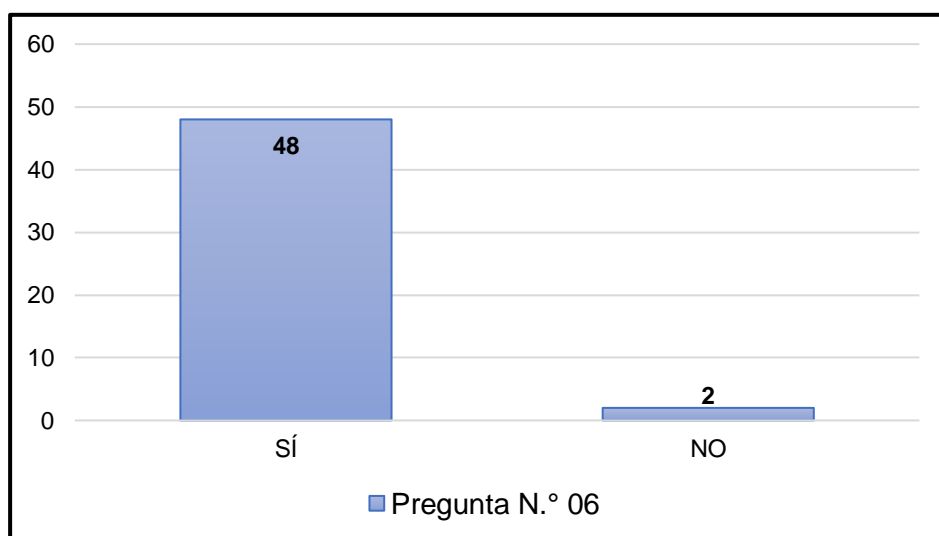
Ilustración 7: Quinta pregunta de la encuesta-cuestionario



Fuente y elaboración propia (2022)

- **Pregunta N.º 06:** ¿Estima que la aplicación extensiva favorable a las partes procesales que consagra el Título Preliminar del código adjetivo sirve como pauta de interpretación para determinar la procedencia de los derechos protegidos por la acción de tutela?

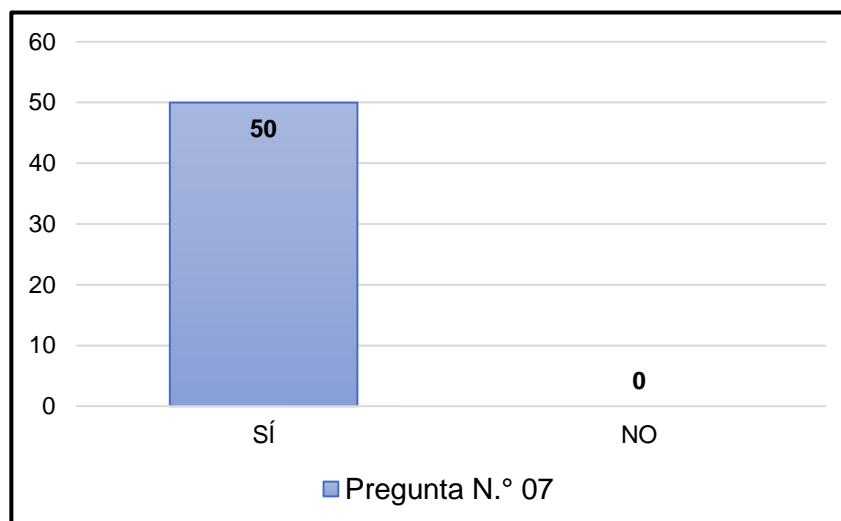
Ilustración 8: Sexta pregunta de la encuesta-cuestionario



Fuente y elaboración propia (2022)

- **Pregunta N.º 07:** ¿Considera legal cuestionar jurisdiccionalmente los actos procesales realizados por el representante del Ministerio Público y, por extensión, de la Policía Nacional del Perú?

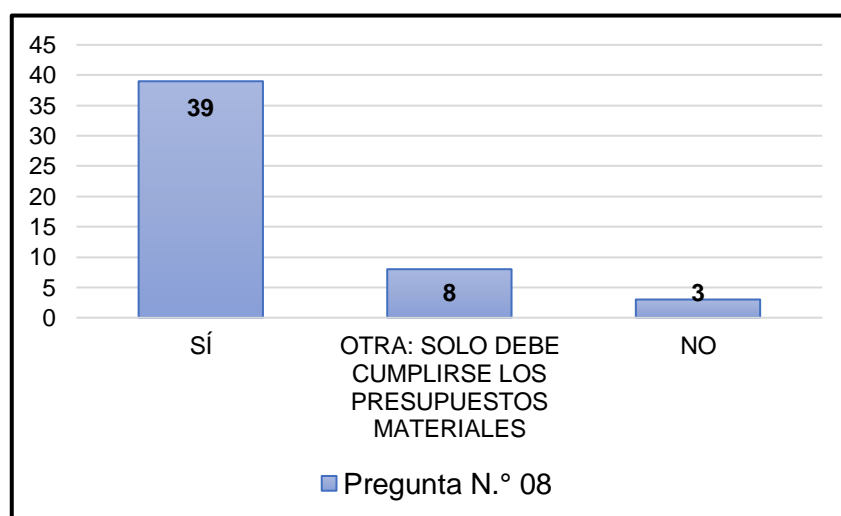
Ilustración 9: Séptima pregunta de la encuesta-cuestionario



Fuente y elaboración propia (2022)

- **Pregunta N.º 08:** ¿La limitación para presentar una acción de tutela debe circunscribirse al cumplimiento del requisito de admisibilidad (cese del agravio al despacho fiscal) y los presupuestos materiales (oportunidad procesal, que el derecho no tenga vía propia y que no se presente con la finalidad de obstruir la investigación)?

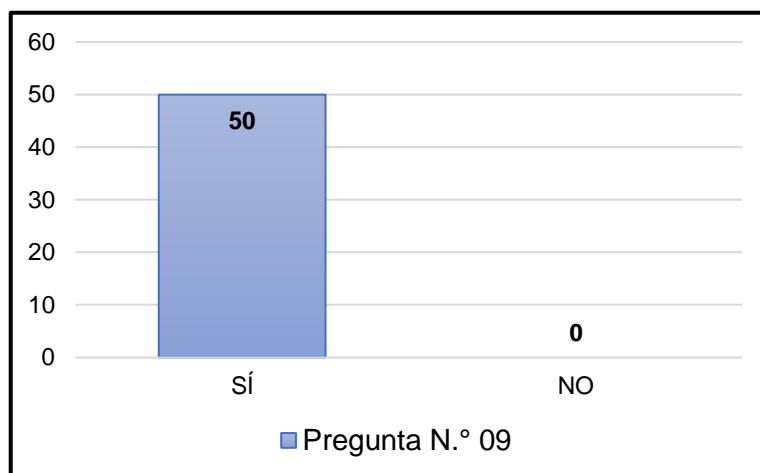
Ilustración 10: Octava pregunta de la encuesta-cuestionario



Fuente y elaboración propia (2022)

- **Pregunta N.º 09:** ¿Considera que la finalidad de la tutela de derechos es la protección y resguardo de los derechos del imputado (y, por extensión de los sujetos procesales intervinientes en el proceso) a efectos de legitimar la investigación instaurada?

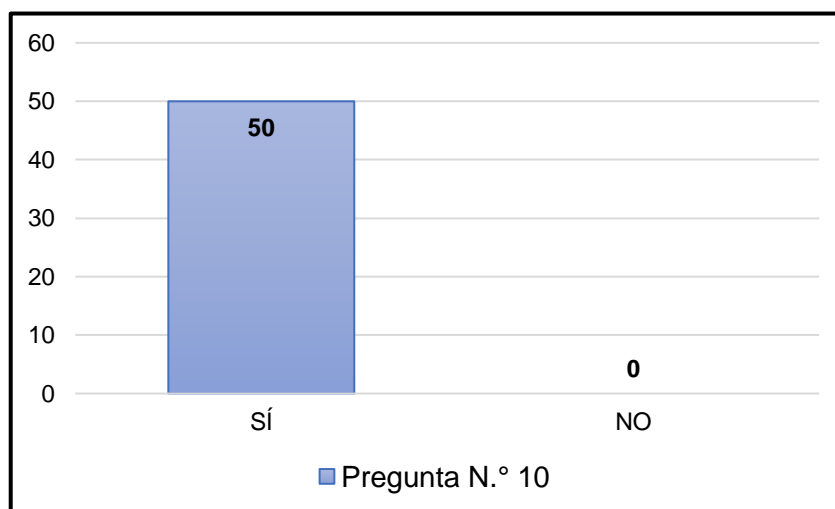
Ilustración 11: Novena pregunta de la encuesta-cuestionario



Fuente y elaboración propia (2022)

- **Pregunta N.º 10:** A nivel histórico, ¿opina que la incorporación de la audiencia de tutela guarda como finalidad la protección de derechos fundamentales y legales a través de un mecanismo procesal intraproceso?

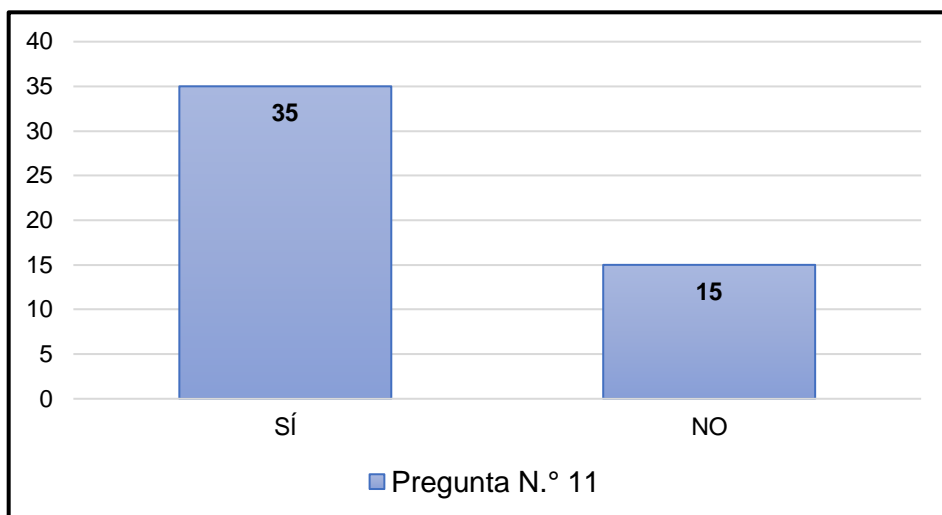
Ilustración 12: Decima pregunta de la encuesta-cuestionario



Fuente y elaboración propia (2022)

- **Pregunta N.º 11:** A nivel legislativo, ¿cree que el artículo 71 del CPP que regula la tutela de derechos ostenta una regulación que circunscribe su ámbito de protección a los derechos contemplados expresamente en esta?

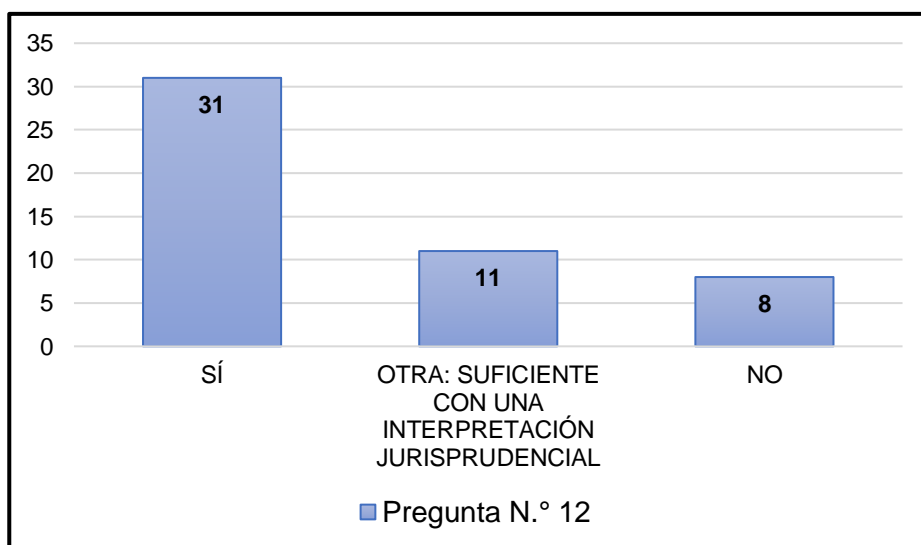
Ilustración 13: Undécima pregunta de la encuesta-cuestionario



Fuente y elaboración propia (2022)

- **Pregunta N.º 12:** ¿Considera necesaria la modificación del artículo 71 del estatuto procesal a efectos de uniformizar criterios respecto a la acción de tutela?

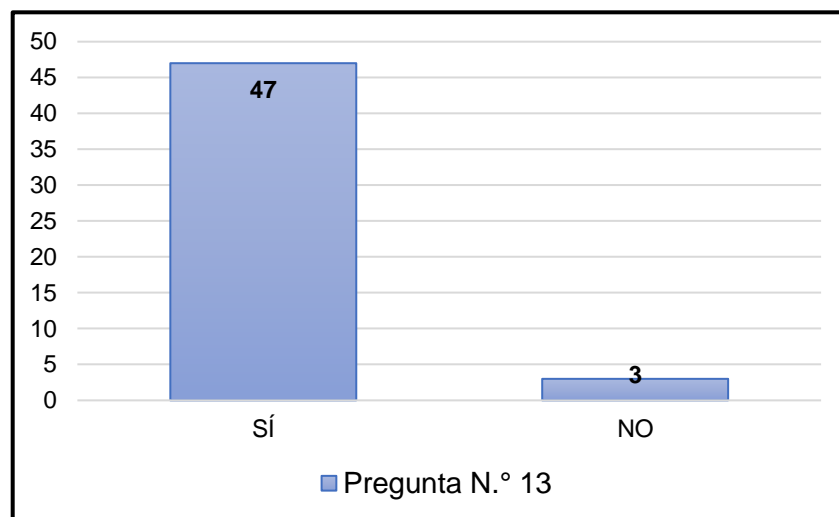
Ilustración 14: Duodécima pregunta de la encuesta-cuestionario



Fuente y elaboración propia (2022)

- **Pregunta N.º 13:** A nivel jurisprudencial, ¿considera que se ha evolucionado jurisprudencialmente sobre el ámbito de protección de derechos pasibles de defensa por la audiencia de tutela, reconociendo uno de tipo amplio?

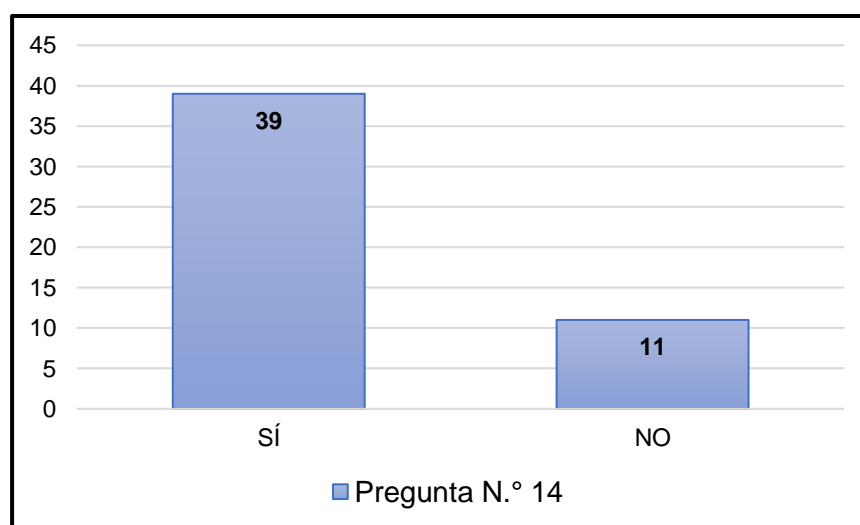
Ilustración 15: Decimotercera pregunta de la encuesta-cuestionario



Fuente y elaboración propia (2022)

- **Pregunta N.º 14:** En su opinión, ¿la doctrina legal impuesta en los Acuerdos Plenarios N.º 04-2010/CJ-116 y 02-2012/CJ-116 es coherente en el desarrollo argumentativo sobre la tesis que adopta del ámbito de derechos pasibles de protección por la acción de tutela?

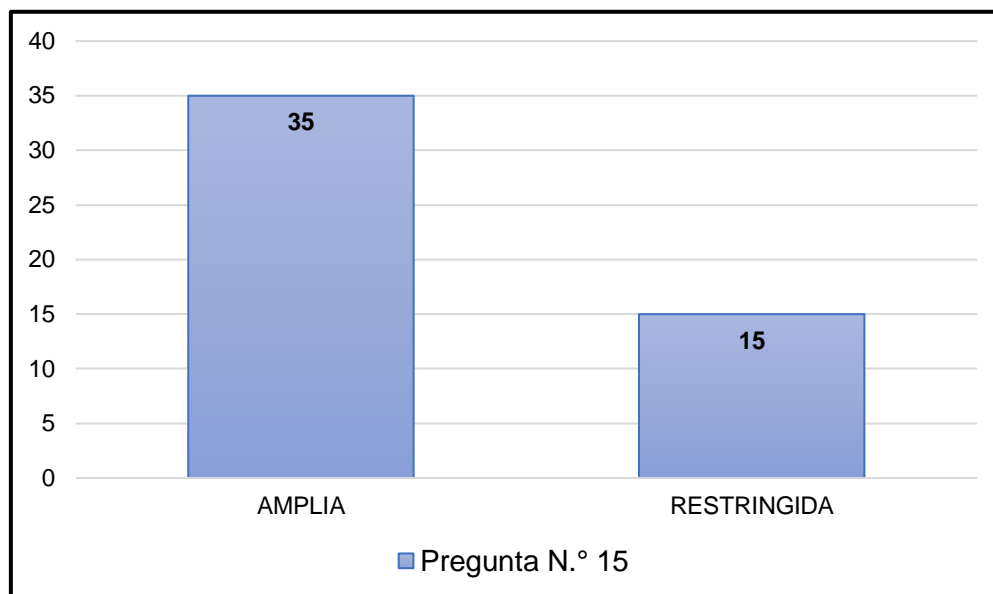
Ilustración 16: Decimocuarta pregunta de la encuesta-cuestionario



Fuente y elaboración propia (2022)

- **Pregunta N.º 15:** ¿Se alinea a una concepción amplia o restringida de derechos amparables mediante la solicitud tutela?

Ilustración 17: *Decimoquinta pregunta de la encuesta-cuestionario*



Fuente y elaboración propia (2022)

4.4.4. Reflexiones arribadas sobre las respuestas obtenidas al cuestionario-encuesta elaborado

Descrito la posición que adoptan los **operadores jurídicos** que han desarrollado el **cuestionario-encuesta** para la presente investigación, a continuación, vamos a exponer algunos comentarios respecto a ellos, con el objeto que el lector, pueda advertir la toma de postura que adoptamos sobre cada una de las respuestas de interrogantes que se han formulado a los encuestados.

- **Pregunta N.º 01 y Pregunta N.º 02:** En atención a la naturaleza de las preguntas hemos estimado correcto, unimismarlas para emitir las deducciones correspondientes.

Tabla 36: Comentarios a la primera y segunda pregunta de la encuesta-cuestionario

PREGUNTA N.º 01	PREGUNTA N.º 02
¿Considera que el proceso ordinario y/o sumario permitía una efectiva defensa de los derechos fundamentales que ostentan los sujetos procesales?	<u>En caso ser negativa la respuesta,</u> ¿Qué mecanismos utilizaba ante la vulneración de un derecho de orden constitucional o legal de un sujeto procesal?
<p style="text-align: center;">Resultado:</p> <p style="text-align: center;">NO – 31. SÍ – 16</p> <p style="text-align: center;">NO HA PARTICIPADO EN LOS PROCESOS – 3</p>	<p style="text-align: center;">Resultado:</p> <p style="text-align: center;">PROCESOS CONSTITUCIONALES – 19 RECURSOS IMPUGNATORIOS – 10 NULIDADES – 2</p>
<p>Conclusión: Se logra advertir que la mayoría los entrevistados (treinta y uno – 31) consideran que los procedimientos ordinario y sumario tramitados en arreglo al CdPP y Dec. Leg. N.º 124, respectivamente; no permitían un ejercicio efectivo de los derechos de orden procesal que ostentaban los investigados, y, de manera concreta, prevaleció el empleo de mecanismos procesales de tipo <i>extraproceso</i>, pues, de los treinta y uno (31), la mayoría de estos, diecinueve (19) específicamente, acudía a la vía constitucional para reclamar su restablecimiento y efectividad mediante las garantías constitucionales de habeas corpus y amparo.</p> <p>Sobre el particular, nosotros coincidimos que no era posible la efectividad de los derechos que se le han reconocido al proceso tanto a nivel constitucional como legal en los citados procesos, por <u>tres argumentos</u> principalmente, <u>el primero</u>, que la dinámica procesal establecida, exige la intervención para la dilucidación de las causas (pedidos), la intervención del representante del Ministerio Público que participaba en la causa, emitiendo su opinión fiscal, y, posteriormente, el pronunciamiento judicial, lo que en muchos casos, este mismo iter procedimental causaba agravio por la demora que se presentaba, para un tema concreto como la realización de diligencias sumariales que</p>	

permitan generar elementos de juicio de descargo. El segundo, la **facultad** que ostentaba la parte para **cuestionar** la **decisión judicial** que **rechazaba** –por citar un ejemplo– la **diligencia sumarial propuesta**, dado que la judicatura en muchos casos **no daba trámite** a las **apelaciones propuestas** ante estas decisiones en el entendido que eran resoluciones judiciales de **mero trámite**, esto es, **solo cabe reposición** las mismas que como es sabido, son **recursos impugnatorios verticales**, pues, son de conocimiento y resolución del mismo juez que expide el acto recurrido, por tanto, imposibles de control y, por último, imposibilidad de controlar efectivamente la actuación fiscal durante la investigación preliminar.

Ahora bien, sobre los **medios empleados** para **exigir**, nuestra perspectiva también se declina por **seguir un proceso constitucional** en atención al **derecho lesionado**, pues, en la praxis, si bien es cierto, ambas vías: recurso impugnatorio (apelación a la decisión judicial, y, ante un rechazo, denegatoria por apelación, y, en caso se admita, se eleva ahora el cuaderno de apelación para recién un pronunciamiento fondal de la solicitud) y proceso constitucional, pueden tener la misma duración, la **efectividad** puede lograrse de mayor medida por la propia regulación que ostenta y los fines que persigue mediante la vía constitucional.

Fuente y elaboración propia (2022)

- **Pregunta N.º 03:** ¿Cree que el Código Procesal Penal fue promulgado con la finalidad de defender los derechos orden constitucional y legal de los sujetos procesales intervinientes en el proceso?

El **resultado obtenido** sobre esta pregunta es **irrebatible**, todos los encuestados –**cincuenta (50)**– consideran que el estatuto procesal, entre uno de sus fines, se encuentra la protección de derechos procesales que ostentan sus intervinientes y, qué duda cabe que, entre uno de estos, está el procesado como sujeto pasivo del proceso; por tal motivo, teniendo como premisa la **insatisfacción** para la defensa de

derechos de orden procesal en los procesos tramitados con el CdPP y Dec. Leg. N.º 124, **coincidimos** con la **mayoría absoluta** que adopta esta posición respecto a la pregunta formulada.

- **Pregunta N.º 04:** ¿La incorporación de la tutela de derechos en el CPP presenta como objetivo la salvaguarda de los derechos de orden constitucional o legal que no tengan vía propia reconocida textualmente en dicho cuerpo normativo?

De la pregunta formulada, tenemos que, los encuestados de forma **unánime –cincuenta (50)–**: estiman que la finalidad de la **acción de tutela** responde a proteger todo derecho de orden procesal que carezca de vía propia, posición con la que comulga el suscrito, pues, es esa la **característica principal** que la ha concedido los magistrados supremos en lo penal en doctrina judicial a la citada figura jurídica, no obstante, vale acotar que, a diferencia de los anteriores cuerpos normativos procesales reglados para los procesos penales, **no existía** un **instrumento procesal de similar naturaleza**, que indudablemente fue una necesidad atendida por el legislador nacional.

- **Pregunta N.º 05:** ¿Es la acción de tutela una materialización del garantismo procesal producto de la implementación del sistema acusatorio con rasgos adversariales en nuestro proceso penal?

Partiendo sobre la premisa, que el estatuto procesal peruano ha adoptado como sistema penal, el acusatorio moderno con rasgos adversariales, que inexorablemente comprende al **garantismo procesal** y el **eficientismo**, se le cuestiona al encuestado si en efecto, considera que la **solicitud de tutela** es una de esas expresiones concretas que acoge el legislador nacional, y, el **resultado** es **a favor** de manera **mayoritaria, cuarenta y seis (46)** y, en contra únicamente **cuatro (04)**, ante lo cual debemos señalar que nos alineamos a la **posición mayoritaria adoptada** por los encuestados, no cabe duda que el esquema procesal del Código Adjetivo, conforme reza desde su

exposición de motivos ha sido construido sobre la base de **dos valores**: *garantía y seguridad ciudadana* (eficientismo).

- **Pregunta N.º 06:** ¿Estima que la aplicación extensiva favorable a las partes procesales que consagra el Título Preliminar del código adjetivo sirve como pauta de interpretación para determinar la procedencia de los derechos protegidos por la acción de tutela?

La interrogante **N.º 06** ha sido absuelta de manera amplia, ganando la **respuesta afirmativa: cuarenta y ocho (48)** a favor y **dos (02)** en contra de la premisa, comulgamos con la postura ganadora, pues, conforme se ha desarrollado a lo largo de la tesis, los artículos que conforman el TP por su naturaleza de principios, estatus prevalente que posee y, considerarlos como **fundamentos** de interpretación –expresamente descrito así, por el legislador nacional en el artículo X del TP del CPP–, no cabe duda que considerarlos de esa manera, que es la **premisa correcta**.

- **Pregunta N.º 07:** ¿Considera legal cuestionar jurisdiccionalmente los actos procesales realizados por el representante del Ministerio Público y, por extensión, de la Policía Nacional del Perú?

Respecto a esta pregunta, los **encuestados** han adoptado de manera **unánime –cincuenta (50) a favor–** que resulta **admisible** la posibilidad de cuestionar la **actuación** de los **órganos investigadores** (MP y los miembros de la PNP), posición plausible, **desde nuestra lectura de la normativa y jurisprudencia nacional**, siendo este el criterio que adoptamos.

- **Pregunta N.º 08:** ¿La limitación para presentar una acción de tutela debe circunscribirse al cumplimiento del requisito de admisibilidad (cese del agravio al despacho fiscal) y los presupuestos materiales (oportunidad procesal, que el derecho no tenga vía propia y que no se presente con la finalidad de obstruir la investigación)?

Sobre esta pregunta, el **resultado** es que **treinta y nueve (39)** de los **encuestados** considera que la petición de tutela debe encontrarse delimitado por el **requisito de admisibilidad** y **presupuestos materiales**, empero, debemos destacar que en la **opción otros: ocho (08)** de estos, han adoptado por **destacar** que **solo debería exigirse los presupuestos materiales** suprimiéndose el **requisito de admisibilidad** y, por último, **tres (03)** que **no debe limitarse** a **presupuestos** ni de **admisión** o **procedencia**, esta figura procesal.

En tal virtud, solo nos pronunciamientos por la posición ganadora y la siguiente, a nuestro entender, es un **tema controvertido** el **exigir** o no la **cesación del agravio** a la autoridad que incurre en una lesión de los derechos **–requisito de admisibilidad–**, sin embargo, creemos que el citado presupuesto, esto responde a la **dinámica propia del proceso**, pues, de esa forma se puede **obtener un pronunciamiento oportuno** y, de ser el caso, sea de **recibo** la pretensión solicitada o, de lo contrario, **persistir** solo en el **extremo no absuelto**, el fin ulterior que recoge es la **pronta y efectiva vigencia** de los **derechos** que ostenta el procesado dentro del proceso. Vale recordar que, este **presupuesto de admisibilidad** es **incorporado vía doctrina judicial** del **Acuerdo Plenario N.º 04-2010/CJ-116**, por tanto, si lo **consideramos necesario** adoptando, la **postura ganadora**.

Aunado a ello, debemos adicionar que, indudablemente que los **presupuestos materiales** son de suma relevancia, puesto que definen la **activación** de la acción de tutela, prevaleciendo el **criterio de residualidad** sin el cual, no puede reclamar un derecho o acto procesal específico bajo el ámbito de protección de este mecanismo procesal.

- **Pregunta N.º 09:** ¿Considera que la finalidad de la tutela de derechos es la protección y resguardo de los derechos del imputado (y, por extensión de los sujetos procesales intervinientes en el proceso) a efectos de legitimar la investigación instaurada?

Los **entrevistados** han sido **claros** al responder esta pregunta, pues, de **forma unánime –cincuenta (50) a favor–** han considerado que en esencia, la finalidad que presenta la petición de tutela, es la **vigencia** de los **derechos de orden procesal** reconocidos a los sujetos procesales dentro de la investigación, posición que el suscrito ha defendido durante lo largo de esta investigación.

- **Pregunta N.º 10:** A nivel histórico, ¿opina que la incorporación de la audiencia de tutela guarda como finalidad la protección de derechos fundamentales y legales a través de un mecanismo procesal intraproceso?

De forma **coincidente**, todos los encuestados **–cincuenta (50) a favor–** han referido que, desde una evolución histórica, la inserción de la petición de tutela responde a la necesidad que, dentro del proceso se otorgue un mecanismo procesal activable por las partes procesales para la observancia y respeto de los derechos reconocidos, aspecto plausible y, que consideramos correcto.

- **Pregunta N.º 11:** A nivel legislativo, ¿cree que el artículo 71 del CPP que regula la tutela de derechos ostenta una regulación que circunscribe su ámbito de protección a los derechos contemplados expresamente en esta?

La pregunta número 11, presenta como **resultado: treinta y cinco (35) a favor y, quince (15) en contra**, ganado la posición que considera que la audiencia de tutela, desde un aspecto literal de la norma, comprende solo derechos contemplados expresamente en este articulado, es decir, los enumerados en el apartado segundo, no obstante, el suscrito disiente de esa posición mayoritaria, pues, conforme se ha demostrado a lo largo de esta investigación, de la **literalidad** del apartado 4 del artículo 71 del CPP, su **ámbito de protección**, en efecto, comprende a los derechos descritos taxativamente en el numeral 2, sin embargo, **no son los únicos**, por el contrario, **engloba a tres supuestos adicionales: derechos no respetados, medidas limitativas de derechos indebidas**

y **requerimientos ilegales**, por ende, **es censurable esta posición mayoritaria y nos alineamos a la posición minoritaria.**

- **Pregunta N.º 12:** ¿Considera necesaria la modificación del artículo 71 del estatuto procesal a efectos de uniformizar criterios respecto a la acción de tutela?

Sobre la pregunta **número 12**, tenemos que **a favor de la modificatoria** se encuentran **treinta y un (31) personas**, en **contra ocho (08) personas** y, en la **opción otros**, hemos unificado el parecer de **once (11) entrevistados**, que consideran **que es suficiente con una interpretación a nivel jurisprudencial** para superar la problemática que se ha gestado sobre esta figura; a nuestro juicio, resulta clara la regulación que ostenta el **numeral 4 del artículo 71 del CPP**, desde una **interpretación literal y sistemática** del ordenamiento procesal, no habiendo duda de su regulación, por el contrario, las dudas generadas se han consolidado con la **doctrina legal** emanada por los magistrados supremos en lo penal, por ende, rechazamos una modificatoria del citado artículo y, por el contrario, lo que correspondiente es una **interpretación jurisprudencial acorde** a la **redacción legal** que presente el citado artículo por tanto, nos adherimos a la posición minoritaria.

- **Pregunta N.º 13:** A nivel jurisprudencial, ¿considera qué se ha evolucionado jurisprudencialmente sobre el ámbito de protección de derechos pasibles de defensa por la audiencia de tutela, reconociendo uno de tipo amplio?

Al respecto, **no es unánime** el parecer de los entrevistados sobre la interrogante formulada, sin embargo, **ampliamente** se ve **superada** la posición que **niega –tres (03) en contra–** la **evolución jurisprudencial** acaecida en nuestra jurisprudencia nacional sobre el tópico materia de investigación, siendo **cuarenta y siete (47)** los que consideran favorable y ostensible la variación de enfoque que se tiene, sin duda alguna, el suscrito consiente este último parecer, pues, se ha cristalizado en el presente estudio, como se ha materializado esta.

- **Pregunta N.º 14:** En su opinión, ¿la doctrina legal impuesta en los Acuerdos Plenarios N.º 04-2010/CJ-116 y 02-2012/CJ-116 es coherente en el desarrollo argumentativo sobre la tesis que adopta del ámbito de derechos pasibles de protección por la acción de tutela?

Los encuestados de **forma mayoritaria –treinta y nueve (39)–** consideran que se advierte **claridad** dentro de los considerados declarados doctrina legal por los APS N.º 04-2010 y 02-2012, por ende, la **tesis adoptada** es ostensible, y, de **forma minoritaria once (11)** consideran que no se cumple con dicha premisa, a nuestro juicio, **no se advierte claridad** en la posición que adoptan los jueces supremos en dichos acuerdos plenarios, pues, como se ha dejado sentado, ha permitido la **consolidación** de la **tesis restringida** (lectura aislado del considerando 6) y **tesis amplia** (lectura integral de los considerandos declarados doctrina legal) mediante el AP N.º 04-2010 y, su posterior, **reiteración** mediante el AP N.º 02-2012.

- **Pregunta N.º 15:** ¿Se alinea a una concepción amplia o restringida de derechos amparables mediante la solicitud tutela?

Finalmente, la última pregunta del cuestionario es la toma de postura sobre el **tópico** principal materia de investigación y, en este caso, se ha obtenido como **resultado**, siendo mayoritaria la **posición –treinta y cinco (35)–** que se adhiere a una **concepción amplia** de derechos pasibles de protección mediante la acción de tutela, y, por otro lado, los que adoptan una **tesis restringida**, son únicamente **quince (15)** de los entrevistados, sin embargo, debemos precisar que, nosotros al final de esta investigación, hemos arribado a la conclusión que la **tesis** que prevalece es una de corte **amplia**, empero, delimitado por el requisito de admisibilidad y los presupuestos materiales.

4.4.5. A modo de conclusión

Habiendo culminado con describir las preguntas que formaron parte de la **encuesta-cuestionario** con los **resultados que se han recabado** y, estos **siendo compatibilizados** con nuestra **perspectiva adoptada** respecto a cada una de estas, podemos emitir las **siguientes conclusiones** de forma resumida:

- La mayoría de los entrevistados **–treinta y cinco–** se alinean a una **tesis extensa** de derechos susceptibles de protección mediante la **solicitud de tutela**, la misma que **guarda correspondencia** con su postura sobre temas **relacionados inexorablemente** como: **(I)** la ausencia de una protección efectiva de los derechos de orden procesal que se le han reconocido a los sujetos procesales comprendidos en un proceso ordinario y sumario y, concretamente al imputado **–treinta y uno–**; **(II)**, la *ratio* de incorporar el instrumento procesal citado en nuestro Código Adjetivo **–cincuenta–**; **(III)**, el entender **que esta figura legal** es una manifestación del **garantismo procesal –cuarenta y cinco–** producto del sistema penal adoptada por el estatuto procesal, y, finalmente que, **(IV)** guarda correspondencia con **finalidad** que ostenta este mecanismo procesal **–unánimemente** todos los encuestados **cincuenta–**, esto es, es la salvaguarda de los derechos constitucionales y legales conferidos al procesado durante todo el desarrollo de la investigación que carezca de una vía propia.
- Otro tema por destacar, es que los encuestados consideran **por mayoría** la necesidad de **modificar** el **artículo 71 del CPP –treinta y uno– para disipar las problemáticas** que han surgido en torno a la audiencia de tutela, y, entendemos que esto responde a su **interpretación (personal)** que realizan del citado artículo, pues, a su entender, el tenor legal que presenta actualmente, la **circunscribe** a los derechos enumerados taxativamente en el apartado 2 del artículo 71 del CPP **–treinta y cinco–**, es decir, cobija una **tesis restringida, posición que estos censuran**; no obstante, se ha demostrado a lo largo de la investigación que esta **interpretación** que realizan los encuestados, **no guarda**

correspondencia con la **intención legal** que pretendió el parlamentario nacional, conforme a la **pauta de interpretación teleológica** (literal y sistemática) que se expresó líneas arriba, y, que permitió afirmar que la tesis que prevalece es de tipo **amplio**.

- Conforme a las premisas antes descritas, recordando que los entrevistados concuerdan **mayoritariamente**, que la literalidad que presenta el artículo 71 del CPP, la **circunscribe** a los derechos enumerados taxativamente en el apartado 2 del artículo en mención **–treinta y cinco–**, es decir, cubija una **tesis restringida**, empero, se ha acreditado que, desde una **interpretación teleológica (literal y sistemática)** prevalece la posición **amplia**.

Sin perjuicio de lo anterior, estiman mayoritariamente que lo descrito en el citado numeral debe ser compatibilizado con las **pautas de interpretación** esgrimidas en el **Título Preliminar del Código Procesal Penal –cuarenta y ocho–**, lo que deviene en una aplicación extensiva, esto es, aplicarse en el caso en concreto, una **concepción extensa** de derechos amparables mediante la acción de tutela.

- Por último, debe mencionarse que, la mayoría de encuestados **–treinta y uno–** consideran que los procesos penales tramitados mediante el CdPP y el Dec. Leg. N.º 124, no permitían la **vigencia** de los **derechos de orden procesal** reconocidos a nivel constitucional y legal, en ese orden de ideas, ante la **incorporación legal** de la petición de tutela, desde una **perspectiva histórica** y **en atención a su finalidad**, **–la respuesta es unánime en ambos casos–**, consideran que, justamente esta responde a **salvaguarda** los mencionados derechos, ante la **ausencia de vía específica (residualidad)** para la **protección** de estos.

CAPÍTULO V: RESULTADOS

En el presente capítulo el autor pretende de forma resumida expresar los **resultados** que se ha obtenido a lo largo de la investigación, sobre la base de una de las **principales técnicas de recopilación de datos** empleadas, específicamente, de la **recopilación y análisis jurisprudencial**.

Al respecto, se pretende, **confrontar** los **criterios de interpretación histórica y teleológica** (literal y sistemática) con la *jurisprudencia analizada*, con la finalidad de determinar **si las resoluciones que se alinean a una tesis amplia de derechos** presentan como fundamento, alguno de los **criterios de interpretación estudiados** y, de ser el caso, **enumerarlos** para un **cómputo final** o, en su defecto, **dejar constancia de las resoluciones** y el **número que representa**, que **no se pronuncia** sobre el **citado tópico** objeto de estudio, esto es, **omite realizar y pronunciarse sobre la procedencia del derecho reclamado por el peticionante**, en ese sentido, **se limita a evaluar y pronunciarse** sobre el **fondo del derecho presuntamente afectado**, lo que permite inferir que se **alinea a una tesis amplia**, empero, **de forma tácita**.

Conforme a estas ideas preliminares, sin nada más que agregar, cumplimos con materializar los planteamientos mencionados.

5.1. Confrontación de la jurisprudencia evaluada y las pautas de interpretación empleadas en la tesis

5.1.1. Jurisprudencia que se fundamenta en una interpretación literal del artículo 71 del CPP

Tabla 37: *Jurisprudencia que adopta una tesis amplia fundamentada en la interpretación literal*

N.º	TIPO DE LA RESOLUCIÓN	FECHA DE EMISIÓN	ÓRGANO JUDICIAL EMITENTE	FUNDAMENTO JURÍDICO
01	Casación N.º 382-2020, Nacional	04.03.2022	SPP	4

02	Auto de primera instancia – Resolución N.º 07, Expediente N.º 4345-2020-6	10.12.2021	7 JIP, sede Santa Rosa (CSJ – Lima Este)	4.1.1. al 4.1.3
				En los ff.jj. 4.1.4 y 4.1.5 se respalda en jurisprudencia
03	Auto de primera instancia – Resolución N.º 05, Expediente N.º 00029-2018-12 [<i>Caso Rafael López Aliaga</i>]	13.08.2021	3 JIPNPEDCF de la CSNDJPE	4 al 7
04	Auto de primera instancia – Resolución N.º 03, Expediente N.º 0004-2020-2 [<i>Caso Luis Arce Córdova</i>]	21.07.2021	JSIP de la CSJ	4.1. al 4.4
05	Casación N.º 1611-2019, Nacional [<i>Caso Susana Villarán de la Puente</i>]	17.06.2021	SPP	4
06	Casación N.º 1611-2019, Nacional	17.06.2021	SPP	4
07	Casación N.º 943-2019, Ventanilla	10.05.2021	SPP	4 (segundo párrafo)
08	Auto de vista – Res. N.º 03, Expediente N.º 000019-2018-26 [<i>Caso Pedro Pablo Kuczynski Godard</i>]	15.01.2020	1 SPDANPEDCF de la CSJE	1 y 3
09	Auto de primera instancia, Resolución	10.06.2019	6 JIP de Chiclayo de la	2.4., 2.7. y 2.8.

	N.º 02, Expediente N.º 00002-2017-85		CSJ de Lambayeque el	
10	Auto de vista – Resolución N.º 03, Exp. N.º 00039-2018-4 [Caso <i>Cesar Hinostroza Pariachi</i>]	03.06.2019	1 SPDANPEDCF	5, 6 y 7
11	Auto de vista – Res. N.º 03, Expediente N.º 000019-2018-9 [Caso <i>Pedro Pablo Kuczynski Godard</i>]	08.02.2019	1 SPDANPEDCF de la CSJE	5.16. al 5.18
12	Auto de primera instancia, Resolución N.º 02, Expediente N.º 00001-2019-1 [Caso <i>Ana Jara Velásquez</i>]	16.01.2019	JSIP de la CSJ	3 al 8
13	Auto superior – Resolución s/n, Expediente N.º A.V. N.º 15-2018	12.11.2018	SPE	1,4, 6, 7, 13 y 14
14	Auto de primera instancia – Resolución N.º 02, Expediente N.º A. V. 20-2018 [Caso: <i>Mercedes Araoz Fernández y Carlos Bruce Montes De Oca</i>]	12.10.2018	JSIP de la CSJ	3 al 8
15	Auto superior – Resolución N.º 03, Expediente N.º 00014-2017-15	02.10.2018	SPNDA (Colegiado A)	5, 6 y 10 (segundo párrafo)

16	Auto superior – Resolución s/n, Expediente N.º A.V. 05-2018-“1” [Caso <i>Pedro Pablo Kuczynski Godard</i>]	21.08.2018	SPE	1.15, 1.18 y 2.3.
----	---	------------	-----	-------------------

Fuente: Jurisprudencia dictada por los órganos judiciales del Perú disponible en sus respectivas páginas web
Elaboración propia (2022)

5.1.2. Jurisprudencia que se alinea a la interpretación sistemática

Tabla 38: *Jurisprudencia que adopta una tesis amplia fundamentada en la interpretación sistemática*

N.º	TIPO DE LA RESOLUCIÓN	FECHA DE EMISIÓN	ÓRGANO JUDICIAL EMITENTE	FUNDAMENTO JURÍDICO
01	Auto de primera instancia – Resolución N.º 04, Expediente N.º 00011-2020-9	19.01.2021	3 JIPEDCF	09
02	Auto de vista – Resolución N.º, Expediente N.º 02-2018-4 [Caso <i>Bienvenido Ramírez Tandazo</i>]	16.10.2018	SPE	8.5. y 8.7.

Fuente: Jurisprudencia dictada por los órganos judiciales del Perú disponible en sus respectivas páginas web
Elaboración propia (2022)

5.1.3. Jurisprudencia que emplea como sustento a la evolución jurisprudencial

Tabla 39: *Jurisprudencia que adopta una tesis amplia fundamentada en la evolución jurisprudencial*

N.º	TIPO DE LA RESOLUCIÓN	FECHA DE EMISIÓN	ÓRGANO JUDICIAL EMITENTE	FUNDAMENTO JURÍDICO
01	Auto de vista, Resolución N.º 04. Expediente N.º 05-2021-1.	25.05.2021	SPE	4.4.
02	Auto de vista – Resolución N.º 03, Expediente N.º 00003-2017-10 [Caso <i>Nadine Heredia Alarcón</i>]	18.11.2019	1 SPDANPEDCF De la CSJE en DCFYCO	8.3. y 8.4.

Fuente: Jurisprudencia dictada por los órganos judiciales del Perú disponible en sus respectivas páginas web

Elaboración propia (2022)

5.1.4. Jurisprudencia que adopta una tesis amplia de forma tácita

Tabla 40: *Jurisprudencia que adopta una tesis amplia de manera tácita*

N.º	TIPO DE LA RESOLUCIÓN	FECHA DE EMISIÓN	ÓRGANO JUDICIAL EMITENTE
01	Auto de vista – Resolución N.º 08, Expediente N.º 4345-2020-6	28.12.2022	SPAT de SJL (CSJ – Lima Este)
02	Auto de vista – Resolución N.º 10, Expediente N.º 01465-2021-70	18.03.2022	SPA de Huamanga de la CSJ de Ayacucho

03	Auto de primera instancia – Resolución N.º 02, Expediente N.º 01465-2021-70	07.12.2021	7 JIPSEDCF de Huamanga de la CSJ de Ayacucho
04	Auto de primera instancia – Resolución N.º 02, Expediente N.º 713-2021-4	27.10.2021	1 JIPEDCFYCO de la CSJ de Lima
05	Auto de primera instancia – Resolución N.º 06, Expediente N.º 00019-2018-46 [<i>Caso Pedro Pablo Kuczynski Godard</i>]	14.06.2021	3 JIPNPEDCF de la CSNDJPE
06	Casación N.º 2057-2019, Tumbes	10.02.2021	SPP
07	Auto de vista – Resolución N.º 03. Expediente N.º 14-2020-2 [<i>Caso Héctor Becerril Rodríguez</i>]	28.12.2019	SPE
08	Auto superior – Resolución N.º 03, Expediente N.º 02.2019-7	04.11.2019	SPE
09	Casación N.º 373-2018, Nacional	13.02.2019	SPP
10	Auto de vista – Resolución N.º 02, Expediente N.º 000047-2018-2	28.01.2019	SPNDAEDCF (colegiado A) de la CSJ EDCOYDF
11	Auto de primera instancia – Resolución N.º 02, Expediente N.º 000047-2018-2	15.12.2018	3 JNIP del SEDCF
12	Casación N.º 375-2011, Lambayeque	18.06.2013	SPP
13	Casación N.º 171-2011, Lima	16.08.2012	SPP

14	Casación N.º 172-2011, Lima	17.07.2012	SPP
----	-----------------------------	------------	-----

Fuente: Jurisprudencia dictada por los órganos judiciales del Perú disponible en sus respectivas páginas web

Elaboración propia (2022)

5.2. Conclusiones arribadas en el capítulo resultados

Sobre la base de este acopio jurisprudencial, se ha podido realizar una **contratación entre la jurisprudencia recabada y las pautas de interpretación** y, hemos llegado a las siguientes conclusiones:

- Con relación a la **pauta histórica**, no hemos recabado resoluciones judiciales que empleen como fundamento el proceso evolutivo que ha manifestado el Código Adjetivo, para adoptar una postura favorable de extensión de derechos pasibles de defensa mediante la acción de tutela.
- Con relación a la **interpretación literal**, hemos advertido que es el **fundamento** más empelado por los órganos judiciales para admitir una tesisura amplia de derechos.
- Con relación a la **interpretación sistemática**, se ha logrado ubicar a dos resoluciones judiciales que admiten la procedencia de derechos no reglados en el numeral 2 del artículo 71 del CPP sobre la base de una concepción armoniosa de todo el cuerpo procesal peruano.
- Con relación a la **pauta jurisprudencial**, se han presentados dos resoluciones judiciales que replican anteriores pronunciamientos dictados por los mismos órganos judiciales o sus superiores jerárquicos, lo que confirma la evolución jurisprudencial que se manifiesta en nuestra administración de justicia respecto al tópico objeto de examen.
- Vale recordar que, si bien es cierto, se ha etiquetado cada resolución en un criterio de interpretación, **en muchos casos, se presenta la coexistencia**

de **dos o más argumentos** que **fundamental** la **adhesión** del órgano judicial en la **concepción amplia** de derechos susceptibles de defensa mediante la acción de tutela, sin embargo, hemos optado por encuadrarla en un **criterio determinado** sobre la base del **argumento que ponderaba** a lo largo del desarrollo argumentativo de la resolución.

- Adicionalmente, debemos destacar que se **presenta con mucha asiduidad (catorce resoluciones judiciales)**, que los órganos judiciales, con el objeto de no entrar en controversia sobre la **procedencia** del derecho reclamado mediante la petición de tutela, **omite realizar un examen formal** a la solicitud planteada, esto es, **evalúa y se pronuncia directamente** sobre el fondo del asunto, lo que **inexorablemente** nos permite inferir que se **alinea** a una **postura amplia** de derechos susceptibles de amparo mediante la solicitud de tutela, empero, **de manera tácita**.

De igual manera, **las citadas resoluciones** alineadas de **manera tácita** a **ámbito amplio de derechos** pasibles de protección, acreditan que, **actualmente** se cristaliza una **evolución jurisprudencial** del criterio adoptado por los **órganos judiciales** de diferente jerarquía pertenecientes a la jurisdicción penal, excediendo así, los **derechos objeto de este incidente** a los **derechos enumerados** en el apartado 2 del artículo 71 del Código Adjetivo.

Para finalizar, debemos destacar que, la **tesis amplia de derechos** que se ha materializado **de forma expresa** o **tácita** en las diferentes resoluciones judiciales copiadas y enumeradas líneas arriba, **en todos los casos se encuentra delimitada** a la **superación del presupuesto material de residualidad** (sin perjuicio, del cumplimiento del **requisito de admisibilidad**: demandar la cesación del agravio acaecido y, los otros dos **presupuestos materiales**, que sea presentando en la oportunidad procesal legitimada, dentro de un proceso penal instaurada y, concretamente, en la etapa de IP y, no estar incurso en un supuesto de obstrucción al éxito de la investigación).

CONCLUSIONES

A la postre de esta investigación, respecto al tópico **ámbito de protección de los derechos susceptibles de amparo mediante a la acción de tutela, realizada sobre la base de cuatro pautas de interpretación** –histórico, teleológico, jurisprudencial y contexto-social–, se han arribado a las siguientes conclusiones:

- **Criterio histórico:** El Código Procesal Penal tiene por objeto **fungir** como un **cuerpo normativo procesal garantista** (no obstante, paralelamente converge la seguridad ciudadana o eficientismo) del cual emana el tratamiento del imputado como un **sujeto pasivo del proceso**, empero, **no desde un plano meramente formal o programático**, al contrario, **con manifestaciones concretas**, conforme se ve reflejado por el proceso evolutivo desde antes de su concepción hasta su entra en vigencia, esto es: se advierte la **paulatina concesión de cada vez más derechos de orden procesal al investigado**, en ese sentido, es ostensible, el aumento de **garantías primarias y secundarias**, en esta último forma, se encuentra la **acción de tutela**, lo que nos permite inferir que, debe prevalecer una **concepción amplia** de derechos pasibles de tutela, pues, **responde** a la **intención legal histórica** que ha pretendido el legislador nacional **de brindarle una efectiva protección al imputado**.
- **Criterio literal:** Conforme a la **literalidad del artículo 71 del Código Adjetivo**, aplicable como **método de interpretación** conforme al **principio de legalidad procesal** recogido textualmente en nuestro estatuto procesal como **fuerza de interpretación**, tanto de forma aislada (apartado 4) como integralmente (los incisos que comprende), podemos afirmar que el parlamentario nacional ha optado por una **tesis extensa de supuestos de procedencia**, siendo estos: no se ha dado cumplimiento a estas disposiciones, referido a los incisos 1 al 3 del artículo antes citado, *sus derechos no son respetados, que es objeto de medidas limitativas de derechos indebidas o, es sujeto a requerimientos ilegales*, **para la activación de la solicitud de tutela**, por tal motivo, los **derechos recogidos en el apartado 2 del artículo 71 del CPP** constituyen un **supuesto de**

procedencia –no se ha dado cumplimiento a estas disposiciones– pero **no el único**.

- **Criterio sistemático:** Desde la aplicación del **criterio extensivo** del estatuto procesal, confiriéndole a la **audiencia de tutela** el **carácter de derecho** (que ostentan los sujetos procesales), por constituirse un **mecanismo de protección de derechos de orden procesal**, esto es, una **garantía** en su vertiente **secundaria**, resulta inconforme con las **reglas procesales** establecidas en el **Título Preliminar del Código Adjetivo** –la misma que ostenta un **carácter prevalente**– una **reducción** al ámbito de **derechos** procedentes mediante esta figura procesal a lo establecido en el artículo 71.2 del CPP, por ende, debe **acogerse** una **perspectiva** de tipo **amplia**.

De otro lado, a pesar de la **obligatoriedad** producto de la **doctrina legal** del **AP N.º 04-2010/CJ-116 (f.j. 10)** que permite sustentar una **aplicación restringida** de los derechos pasibles de defensa mediante la solicitud de tutela –**exclusivamente** las **garantías específicas** del artículo 71.2 del CPP–, sobre la base legal del TUO de la LOPJ, que permite un **apartamiento** a los **principios jurisprudencial**, puede **descartarse** la **concepción restringida** y, debe anteponerse una **interpretación extensiva** favorable al procesado, es decir, que sea **materia de la acción de tutela**, todos los derechos de orden constitucional y legal, de incidencia procesal reconocidos a su favor, para ser ejercitados a lo largo del proceso, que cumpla con el **requisito de admisibilidad** y **presupuestos de procedencia**.

Resumiendo, sobre la base de este desarrollo argumentativo, podemos afirmar que la conclusión sobre la postura que debe adoptar el **intérprete nacional (operador jurídico)**, en el momento de **absolver la problemática** objeto de tesis, debe inclinarse por una **concepción amplia**, conforme a la **interpretación teleológica** que comprende el **criterio literal** y **sistemático** en la presente tesis, pues, se **aproxima a la intención legal** que **pretendió el parlamentario nacional**.

- **Criterio jurisprudencial:**

- En el Perú el único respaldo jurisprudencial vinculante para el **sustento** de la **tesis restringida (radical)**: solo admisible los derechos enumerados taxativamente en el apartado 2 del artículo 71 del CPP) se encuentra en el **considerando 10** del **AP N.º 04-2010/CJ-116** del **16.11.2010**, no obstante, esta **vinculatoriedad** es de **tipo obligatoria relativa**, puesto que, el órgano judicial puede apartarse de este principio jurisprudencial conforme al artículo 22 del TUO de la LOPJ.
- Ha quedado desvirtuado que la **doctrina judicial** producto de los **APS N.º 04-2010** (16.11.2010), **N.º 02-2012** (26.03.2012) y la **doctrina jurisprudencial vinculante** de la **Cas. N.º 136-2013, Tacna** (11.06.2014) hayan **declarado** como derechos materia de la petición de tutela los **derechos enumerados taxativamente** en el numeral 2 del artículo 71 del CPP, por el contrario, en estos casos, **prevalece** la **mención** de los **derechos descritos taxativamente** en el artículo 71 del Código Adjetivo, lo que **permite comprender** un **catálogo amplio** de **supuestos** en los cuales puedan **subsumirse** los **derechos** que se pretendan cuestionar mediante esta vía incidental.
- **Compatibilizando** a la **doctrina jurisprudencial vinculante** de la **Cas. N.º 136-2013, Tacna** y la **Cas. N.º 943-2019, Ventanilla**, podemos advertir que, luego de diecisiete años de promulgado el estatuto procesal y, siete años de emitida esta doctrina jurisprudencial vinculante, finalmente tenemos **a nivel jurisprudencial** el **detalle expreso del listado de derechos procedentes** pasibles de **amparo** a través de la **audiencia de tutela**, el mismo que se obtiene de un **análisis integral del artículo 71 del CPP**, y, estos son: **(1)** derechos de instrucción de derechos –entendemos que se refiere a la comunicación de los derechos que ostenta el investigado dentro del esquema procesal en cada diligencia que participa el investigado–; **(2)** derechos instrumentales recogidos en el artículo 71.2 literales “a” al “d” del CPP, **(3)** derecho a no ser sometido a medios o métodos indignos que vicien o alteren la

voluntad o limiten indebidamente la voluntad conforme al artículo 71.2 “e” del CPP, **(4)** derecho a ser examinado por un médico legista. Y, aunado a estos, agrega textualmente, **(5) es procedente** cuando el imputado considera no se da cumplimiento a estas disposiciones, que sus derechos no son respetados, o, es objeto de medidas limitativas de derecho o de requerimientos ilegales.

- Si en algún momento los magistrados supremos en lo Penal adoptaron una **tesis restringida** sobre el ámbito de procedencia de derechos pasibles de amparo mediante la acción de tutela –**premisa que ha sido desvirtuada** –, esta ha quedado relegada, pues, los principales **órganos pertenecientes al Supremo Tribunal** –sin perjuicio, de órganos judiciales de distinto nivel de nuestra administración de justicia–, han **adoptado** una **tesis amplia** de derechos pasibles de defensa mediante esta figura procesal, empleando como **base principal** para esta **adhesión** la literalidad del artículo 71 del CPP.
- Recapitulando, sobre la base de los **criterios teleológico y jurisprudencial**, es **correcto** afirmar que los **supuestos de procedencia** declarados doctrina jurisprudencial vinculante, y, **de obligatoria observación** son los **supuestos descritos** en el numeral 4 del artículo 71 del CPP, una postura diferente puede fundamentar una infracción a la debida motivación por **apartamiento de la doctrina jurisprudencial vinculante** por parte de los órganos judiciales de inferior jerarquía que la Sede Suprema.
- **Criterio contexto-social:**
 - La mayoría de los entrevistados –**treinta y cinco**– se alinean a una **tesis amplia** de derechos susceptibles de protección mediante la **solicitud de tutela**, esto es, es la salvaguarda de los derechos constitucionales y legales conferidos al procesado durante todo el desarrollo de la investigación que acredita la superación del requisito de admisibilidad y presupuestos de procedencia.

- Otro tema por destacar, es que los encuestados consideran **por mayoría** la necesidad de **modificar** el **artículo 71** del **CPP**, para **disipar las problemáticas** que han surgido en torno a la audiencia de tutela, entendemos que esto responde a su **interpretación (personal)** que realizan del citado artículo, pues, a su entender, actualmente se **circunscribe** a los derechos enumerados taxativamente en el apartado 2 del artículo 71 del CPP, es decir, cobija una **tesis restringida, posición que estos censuran**; no obstante, se ha demostrado a lo largo de la investigación que esta **interpretación** que realizan los encuestados, **no guarda correspondencia** con la **intención legal** que pretendió el parlamentario nacional, conforme a la **pauta de interpretación teleológica** (literal y sistemática) que permite afirmar que la tesis que prevalece es de tipo **amplio**, por tanto, **no consideramos necesario una modificatoria** del artículo en mención.
- Sin perjuicio de lo anterior, debe quedar claramente establecido que, la **concepción amplia** que ha prevalecido desde una **interpretación histórico, teleológico** (literal y sistemática), **jurisprudencial** y **contexto-social**; en todos los casos se encuentra **delimitada** a la **superación del presupuesto material de residualidad: (1) ausencia de vía o mecanismos específico que pueda ser activado por el recurrente ante el agravio materializado en su contra,** además, del cumplimiento del **requisito de admisibilidad: (2) demandar la cesación del agravio acaecido y, los otros dos presupuestos materiales, (3) que sea presentando en la oportunidad procesal legitimada,** dentro de la etapa de investigación preparatoria y, **(4) no estar incurso en un supuesto de obstrucción al éxito de la investigación.**
 - De lo expuesto, queda relegada la **aplicación** de la **tesis restringida** dentro de nuestro sistema de justicia, y, con mayor énfasis, debemos aseverar que, contraviene **directamente** al **criterio literal**, puesto que se ha acreditado que el artículo 71 del Código Adjetivo expresamente reconoce tanto en su **inciso 1** como en su **inciso 4**, una **amplitud** de derechos procesales pasibles de protección mediante la **acción de tutela**, esto es, **inobservar los citados apartados** del artículo 71 del CPP, para la **aplicación** de la

tesis restringida, deviene en una **interpretación *contra legem***, es decir, contra el texto expreso de la ley).

- Por último, con relación a la **interpretación literal**, hemos advertido que es el **fundamento** más empelado por los órganos judiciales de distinto nivel perteneciente a la jurisdicción penal, para admitir una **tesitura amplia** de derechos, no obstante, y, sin perjuicio de lo anterior, se **presenta con mucha asiduidad (catorce resoluciones judiciales)**, que los magistrados, con el objeto de no entrar en controversia sobre la **procedencia** del derecho reclamado mediante la petición de tutela, **omite realizar un examen formal** a la solicitud planteada, esto es, **evalúa y se pronuncia directamente** sobre el fondo del asunto, lo que **inexorablemente** nos permite inferir que se **aliena** a una **postura amplia** de derechos susceptibles de amparo mediante la solicitud de tutela, empero, **de manera tácita**.

Finalmente, habiéndose acreditado la **hipótesis planteada**, que la tutela de derechos (**tutela genérica**) posee un ámbito de protección de derechos procesales reconocidos a nivel constitucional y legal conferidos a los intervinientes en el proceso penal peruano, conforme a una interpretación histórica, teleológica –literal y sistemática–, jurisprudencial y contexto-social, de **carácter amplio**, no obstante, de acuerdo a su desarrollo legislativo y jurisprudencial, debe estar sujeto al cumplimiento de un **requisito de admisibilidad y presupuestos de procedencia**, que dentro de estos últimos, se recoge al principal instrumento para la **activación de esta figura legal**, la **residualidad**; *ergo*, podemos **afirmar** que esta constituye una propuesta de **interpretación aplicable** por los operadores jurídicos de nuestra administración de justicia, que permita garantizar la **predictibilidad** y **seguridad jurídica** y, sobre todo, la **vigencia efectiva** de los **derechos procesales** (constitucionales y legales) dentro del proceso penal que permita reputarlo como **debido proceso**.

REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS

7.1. Bibliografía consultada

7.1.1. Libros físicos

- A.A.V.V. (2020). Código procesal penal comentado. (tomo I). En: Ávalos Rodríguez, C. *Comentarios al artículo 71 del CPP* (pp. 414 al 440). Lima, Perú: Gaceta Jurídica.
- A.A.V.V. (2020). Código procesal penal comentado. (tomo I). En: Cubas Villanueva, V. *Comentarios al artículo 61 del CPP* (pp. 369 al 372). Lima, Perú: Gaceta Jurídica.
- A.A.V.V. (2020). Código procesal penal comentado. (tomo I). En: Peña Cabrera-Freyre, A. *Comentarios al artículo X del título preliminar del CPP* (pp. 109 al 116). Lima, Perú: Gaceta Jurídica.
- Alva Florián, C. (2004). *La tutela de derechos en el código procesal penal de 2004*. Lima, Perú: Gaceta Jurídica.
- Alva Florián, C. (2010). Cuestiones referidas a la tutela de derechos y al control de plazos en el nuevo Código Procesal Penal. En: *Gaceta Penal & Procesal Penal* (tomo 11). Lima, Perú: Gaceta Jurídica, pp. 13:28.
- Arbulú Martínez, V. (2015). *Derecho procesal penal. Un enfoque doctrinario y jurisprudencial* (tomo I). Lima, Perú: Gaceta Jurídica.
- Cabanellas de Torres, G. (1994). *Diccionario Enciclopédico de Derecho Usual*. Buenos Aires, Argentina: Editorial Heliasta.
- Cáceres Julca, R. (2009) *Comentarios al título preliminar de código procesal penal*. Lima, Perú: Editorial Grijley.
- Cafferata Nores, J. (2011) *Proceso penal y derechos humanos* (segunda edición). Buenos Aires, Argentina: Ediciones Del Puerto S.R.L.
- Coaguila Valdivia, J. (2013). *Los derechos del imputado y la tutela de derechos en el nuevo código procesal penal*. Lima, Perú: Gaceta Jurídica
- Diez Picazo, L. (1975). *Experiencias Jurídicas y Teoría del Derecho* (reimpresión de la primera edición). Madrid, España: Editorial Ariel.

- Enneccerus, L. (1953). *Tratado de Derecho Civil* (tomo I). (Traducido de la 39 edición alemana). Barcelona, España: Casa Editorial Bosch.
- Frisancho Aparicio, M. (2012) *Comentario exegético al nuevo código procesal penal* (tomo I). Lima, Perú: Ediciones Legales.
- Ledezma Narváez, M. (2015). *Comentarios al Código Procesal Civil, análisis artículo por artículo*. (quinta edición). Lima, Perú: Gaceta Jurídica.
- Maier, J. (1996). *Derecho procesal penal, fundamentos* (tomo I, segunda edición). Buenos Aires, Argentina: Ediciones Del Puerto S.R.L.
- Maier, J. (2003). *Derecho procesal penal, parte general* (tomo II, primera edición). Buenos Aires, Argentina: Ediciones Del Puerto S.R.L.
- Mendoza Ayma, C. (2009). Tutela de Derechos. en: *Revista del Colegio de Abogados de Arequipa*, año XCIV, N.º 309, Arequipa, Perú, pp. 108:121.
- Miranda Estrampes, M. (2005) El juez de garantías vs. El juez de instrucción en el sistema procesal penal acusatorio. En: *Revista Peruana de Ciencias Penales* 17/2005, pp. 409-458.
- Monroy Gálvez, J. (2009). *Teoría general del proceso*. (tercera edición). Lima, Perú: Communitas.
- Neyra Flores, J. (2010) *Manual del nuevo proceso penal & de litigación oral*. Lima, Perú: Idemsa.
- Oré Guardia, A. (2012). *Jurisprudencia sobre la aplicación del nuevo código procesal penal*. (segundo volumen). Lima, Perú: Academia de la Magistratura.
- Oré Guardia, A. (2016). *Derecho procesal penal peruano* (primera edición). Lima, Perú: Gaceta Jurídica.
- Oré Guardia, A. & Ramos Dávila, L. (2005). Del modelo inquisitivo al acusatorio. A propósito de la puesta en vigencia del código procesal penal de 2004. En: *Actualidad Jurídica* N.º 142. Gaceta Jurídica.

- Peña Cabrera-Freyre, A. (2007). Lo adversarial de la investigación criminal en el código procesal penal de 2004. En: *Actualidad Jurídica N.º 158*. Gaceta Jurídica.
- Peña Cabrera-Freyre, A. (2008). *Manual de derecho procesal penal*, Lima, Perú: Editorial Rhodas.
- Rubio Correa, M. (2005). *La interpretación de la Constitución según el Tribunal Constitucional*. Lima. Perú: Fondo editorial de la PUCP.
- San Martín Castro, C. (2020). *Derecho procesal penal, lecciones*. (segunda edición). Lima, Perú: Fondo editorial del Instituto Peruano de Criminología y Ciencias Penales (INPECCP).
- Sánchez Córdova, J (2010). La tutela de derechos en la investigación preparatoria. En: *Investigación preparatoria y etapa intermedia*. Lima, Perú: Gaceta Jurídica, pp. 69:90
- Sánchez Velarde, P. (2009). *Manual de derecho procesal penal*. Lima, Perú: Idemsa.
- Savigny, F. K. v. (1879). *Sistema del derecho romano actual*. Madrid, España: Editorial F. Góngora y Compañía
- Somocurcio Quiñones, V. (2009). Tutela de derechos en el Código Procesal Penal de 2004 (tomo 6). En: *Gaceta Penal & Procesal Penal* (tomo 6). Lima, Perú: Gaceta Jurídica, pp. 276:290.
- Taboada Pilco, G. (2011). *Buenas prácticas de la jurisprudencia penal* (tomo I). Lima, Perú: Grijley.
- Torres Vásquez, A. (2019) *Introducción al Derecho, teoría general del derecho* (sexta edición). Lima, Perú: Instituto Pacífico.

7.1.2. Libros, revistas y otras fuentes digitales

- Bazán Cerna, J. (2011). Audiencia de tutela: fundamentos jurídicos (Acuerdo Plenario N.º 4-2010/CJ-116). En: *Revista Oficial del Poder Judicial: Año*

4-5, N.º 6 y N.º 7 / 2010-2011. Recuperado a partir de:
<https://cutt.ly/8leswlQ>

Canal Alerta Informativa (03 de abril de 2011). *Entrevista a Mario Pablo Rodríguez Hurtado, audiencia de tutelas de derechos* [Archivo de Vídeo]. YouTube. <https://cutt.ly/XIewErL> (consultado el 11 de diciembre de 2021).

Landa Arroyo, C. (2006). Bases constitucionales del nuevo código procesal penal. En: *Aportes al derecho procesal penal peruano desde la perspectiva constitucional. Revista Institucional N.º 07 – AMAG*, 143-154. Disponible en: <https://cutt.ly/AHrUKmP>

LP Pasión Por el Derecho (12 de enero de 2022). *El control de la imputación y la tutela de derechos*, [Archivo de Vídeo]. YouTube. <https://cutt.ly/vAeM8l2> (consultado el 15 de enero 2022)

Monroy Palacios, J. (2007). Admisibilidad, procedencia y fundabilidad en el ordenamiento procesal civil peruano. En: *Revista Oficial del Poder Judicial 1/1 2007*, 293:308. Disponible en: <https://cutt.ly/LYRp5ss>

Neyra Flores, J. (2010). Garantías en el nuevo proceso penal peruano. En: *Revista de la Maestría en Derecho Procesal*, 4(1). Recuperado a partir de: <https://cutt.ly/2leoSLd>

Real Academia Española. (s.f.). Corregir. En: *Diccionario de la lengua española*. Recuperado en: <https://cutt.ly/bSNbKaa> (consultado el 24 de marzo de 2022).

Real Academia Española. (s.f.). Interpretar. En: *Diccionario de la lengua española*. Recuperado en: <https://cutt.ly/yl9oYCt> (consultado el 13 de enero de 2021).

Real Academia Española. (s.f.). Proteger. En: *Diccionario de la lengua española*. Recuperado en: <https://cutt.ly/HSNET4V> (consultado el 24 de marzo de 2022).

Real Academia Española. (s.f.). Subsanan. En: *Diccionario de la lengua española*. Recuperado en: <https://cutt.ly/KSNkl0v> (consultado el 24 de marzo de 2022).

San Martín Castro, C. (2007). Acerca de la función del juez en la investigación preparatoria. *Revista Boliviana de Derecho*, (4), 81-112. ISSN: 2070-8157. Disponible en: <https://cutt.ly/dHe3f9X>

7.1.3. Tesis citadas

Azañero Alfaro, R. (2015). *Naturaleza jurídica de la tutela de derechos prevista en el Código Procesal Penal* [Tesis para optar por el grado académico de Magister en Derecho con mención en Derecho Penal y Criminología, Universidad Nacional de Cajamarca]. Disponible en: <https://cutt.ly/pYI97eU>

Cabel Villarroel, C. (2020). *La interpretación de la Corte Suprema sobre el artículo 71.4 del CPP y el derecho a la tutela jurisdiccional efectiva* [Tesis para optar el grado académico de abogado, Universidad Privada del Norte (sede Trujillo)]. Disponible en: <https://cutt.ly/kYOtaXh>

Mamani Condori, M. (2011). *Tutela de derechos, recurso destinado a cautelar los derechos y garantías del imputado en el proceso penal, en la ciudad de Tacna, periodo mayo 2008 – abril 2010* [Tesis para optar el Título profesional de Abogado, Universidad Nacional Jorge Basadre Grohman – Tacna]. Disponible en: <https://cutt.ly/register>

Sánchez Espejo, E. (2019). *“Inclusión de la víctima como sujeto legitimado para instar la audiencia de tutela de derechos en salvaguarda del numeral 3 del artículo I y numeral 3 del artículo IX del Título Preliminar del Código Procesal Penal Peruano”* [Tesis para optar el grado académico de Magister en derecho, Universidad Privada Antenor Orrego – Trujillo]. Disponible en: <https://cutt.ly/OlekFZF>

Sánchez Guevara, L. (2019). *La tutela de derechos y la exclusión de la prueba prohibida en la etapa de investigación preparatoria. Caso Nadine Heredia 2017* [Tesis para optar el grado académico de abogado, Universidad Nacional Pedro Ruiz Gallo]. Disponible en: <https://cutt.ly/XYI6Bxc>

7.2. Jurisprudencia consultada emitida a nivel nacional

7.2.1. Tribunal Constitucional

Tribunal Constitucional del Perú. (2003). Sesión del Pleno. Expediente N.º 010-2002-PI-TC, Lima [*Caso Marcelino Tineo Silva*]. Recuperado en: <https://cutt.ly/hHrLS3j>

Tribunal Constitucional del Perú. (2004). Expediente N.º 2384-2004-AA-TC, Lima. Recuperado en: <https://cutt.ly/ZHsEq6l>

Tribunal Constitucional del Perú. (2005). Sesión del Pleno. Expediente N.º 8605-2005-PA-TC, Lima. Recuperado en: <https://cutt.ly/4HrL4wT>

Tribunal Constitucional del Perú. (2006). Expediente N.º 03943-2006-AA-TC, Lima. Recuperado en: <https://cutt.ly/RGfBTRz>

Tribunal Constitucional del Perú. (2006). Expediente N.º 4099-2005-PA-TC, Lima. Recuperado en: <https://cutt.ly/jGeOR1S>

Tribunal Constitucional del Perú. (2006). Sesión del Pleno. Expediente N.º 2273-2005-PA-TC, Lima. Recuperado en: <https://cutt.ly/5GePUWq>

Tribunal Constitucional del Perú. (2006). Sesión del Pleno. Expediente N.º 6167-2005-PHC-TC, Lima [*Caso Fernando Cantuarias Salaverry*]. Recuperado en: <https://cutt.ly/GHrILCj>

Tribunal Constitucional del Perú. (2007). Expediente N.º 5085-2006-PA-TC, Lima. Recuperado en: <https://cutt.ly/KG6G1Sk>

Tribunal Constitucional del Perú. (2008). Expediente N.º 2725-2008-PHC-TC, Lima. Recuperado en: <https://cutt.ly/2HrIxaJ>

Tribunal Constitucional del Perú. (2008). Sesión del Pleno. Expediente N.º 00728-2008-HC-TC, Lima [*Caso Flor de María Guiliana Llamuja Hilaes*]. Recuperado en: <https://cutt.ly/OGfBhtj>

Tribunal Constitucional del Perú. (2009). Sesión del Pleno. Expediente N.º 01680-2009-PHC-TC, Lima [*Caso Antauro Igor Humala Tasso*]. Recuperado en: <https://cutt.ly/IHrLBjM>

- Tribunal Constitucional del Perú. (2010). Expediente N.º 05559-2009-PHC-TC, Lima. Recuperado en: <https://cutt.ly/uHciOPK>
- Tribunal Constitucional del Perú. (2013). Expediente N.º 03631-2011-PA-TC, Puno. Recuperado en: <https://cutt.ly/YlhBFwT>
- Tribunal Constitucional del Perú. Sesión del Pleno. (2006). Pleno N.º 0023-2005-PI-TC [*Caso Defensoría del Pueblo contra el Congreso de la República*]. Recuperado en: <https://cutt.ly/tHtJxSI>
- Tribunal Constitucional del Perú. Sesión del Pleno. (2012). Expediente N.º 00156-2012-PHC-TC [*Caso Cesar Humberto Tineo Cabrera*], Lima. Recuperado en: <https://cutt.ly/AHciQvF>
- Tribunal Constitucional del Perú. Sesión del Pleno. (2015). Expediente N.º 2383-2013-PA-TC, Junín [*Caso Elgo Ríos Núñez*]. Recuperado en: <https://cutt.ly/tlyxLVZ>
- Tribunal Constitucional del Perú. Sesión del Pleno. (2015). Expediente N.º 00295-2012-PH-TC, Lima. Recuperado en: <https://cutt.ly/3lyBjFL>
- Tribunal Constitucional del Perú. Sesión del Pleno. (2020). Pleno N.º 424-2020, Expediente N.º 00677-2016-PA-TC, Moquegua. Recuperado en: <https://cutt.ly/sHsW2e9>
- Tribunal Constitucional del Perú. Sesión del Pleno. (2021). Auto del Tribunal Constitucional, Expediente N.º 01642-2020-PA-TC, Lima. Recuperado en: <https://cutt.ly/WXXoU5B>
- Tribunal Constitucional del Perú. Sesión del Pleno. (2021). Pleno N.º 626-2021, Expediente N.º 00788-2020-PA-TC, Huara. Recuperado en: <https://cutt.ly/plyczKg>

7.2.2. Corte Suprema de Justicia de la República

Corte Suprema de Justicia de la República, I Pleno Jurisdiccional Extraordinario de las Salas Penales Permanente y Transitoria. (2012). AP N.º 02-2012/CJ-116, Lima. Recuperado en: <https://cutt.ly/5lwhAZk>

Corte Suprema de Justicia de la República, I Pleno Jurisdiccional Casatorio de las Salas Penales Permanente y Transitorias. (2017). Sentencia Plenaria Casatoria N.º 01-2017/CJ-433. Recuperado en: <https://cutt.ly/mlvnTz3>

Corte Suprema de Justicia de la República, Juzgado Supremo de Investigación Preparatoria. (2018). Auto de primera instancia – Resolución N.º 02, Expediente N.º A. V. 20-2018 [*Caso: Mercedes Araoz Fernández y Carlos Bruce Montes De Oca*]. Recuperado en: <https://cutt.ly/4lao9yb>

Corte Suprema de Justicia de la República, Juzgado Supremo de Investigación Preparatoria. (2020). Auto de primera instancia – Resolución N.º 02, Expediente N.º 00021-2020-1-5001-JS-PE-01. Recuperado en: <https://cutt.ly/9ljymdX>

Corte Suprema de Justicia de la República, Juzgado Supremo de Investigación Preparatoria. (2021). Auto de primera instancia – Resolución N.º 03, Expediente N.º A. V. 0004-2020-2-5001-JS-PE-01 [*Caso Luis Arce Córdova*]. Recuperado en: <https://cutt.ly/oD1okMj>

Corte Suprema de Justicia de la República, Juzgado Supremo de Investigación Preparatoria. (2019). Auto de primera instancia – Resolución N.º 02, Exp. N.º 00042-2019-3-5001-JS-PE-01 [*Caso: Hugo Velázquez Zavaleta*]. Recuperado en: <https://cutt.ly/QGUUsBTV>

Corte Suprema de Justicia de la República, Juzgado Supremo de Investigación Preparatoria. (2019). Auto de primera instancia – Resolución N.º 02, Expediente N.º 0001-2019-1-5001-JS-PE-01 [*Caso Ana Jara Velásquez*]. Recuperado en: <https://cutt.ly/oHonHcr>

Corte Suprema de Justicia de la República, Juzgado Supremo de Investigación Preparatoria. (2020). Auto de primera instancia, Resolución

N.º 02. Expediente N.º 00004-2020-1-5001-JS-PE-01. Recuperado en:
<https://cutt.ly/nHgFmN4>

Corte Suprema de Justicia de la República, Pleno Jurisdiccional de las Salas Penales Permanente y Transitoria (2007). AP N.º 01-2007/CJ-22. Recuperado en: <https://cutt.ly/pYuLDGr>

Corte Suprema de Justicia de la República, Primera Sala Penal Especial. (2017). Auto superior – Resolución N.º 05, Expediente N.º 04-2016-“4” [*Cuaderno de Actor civil*]. Recuperado en: <https://cutt.ly/GHnE4cr>

Corte Suprema de Justicia de la República, Sala Civil Permanente. (1998). Casación N.º 1683-1997, Arequipa. Recuperado en: <https://cutt.ly/SHEUauz>

Corte Suprema de Justicia de la República, Sala Penal Especial. (2018). Auto de vista – Resolución N.º 01, Expediente N.º 02-2018-4, Lima. Recuperado en: <https://cutt.ly/qYAlqCF>

Corte Suprema de Justicia de la República, Sala Penal Especial. (2018). Auto de vista, Expediente N.º A.V. 15-2018. Recuperado en: <https://cutt.ly/mYAUeCQ>

Corte Suprema de Justicia de la República, Sala Penal Especial. (2018). Auto de vista – Resolución N.º 05, Expediente N.º A.V. 19-2018 [*Caso: Pedro Pablo Kuczynski Godar*]. Recuperado en: <https://cutt.ly/ilyMVwD>

Corte Suprema de Justicia de la República, Sala Penal Especial. (2019). Auto de vista – Resolución N.º 04, Expediente N.º 04-2018-15 [*Caso: Cesar José Hinostroza Pariachi*]. Recuperado en: <https://cutt.ly/rlyZ0R0>

Corte Suprema de Justicia de la República, Sala Penal Especial. (2020). Auto de vista – Resolución N.º 05, Expediente N.º 04-2020-1. Recuperado en: <https://cutt.ly/vYAPHJM>

Corte Suprema de Justicia de la República, Sala Penal Especial. (2019). Auto de vista – Resolución N.º 02, Expediente N.º 0202-2018-“1” [*Caso: Mercedes Araoz Fernández y Carlos Bruce Montes De Oca*]. Recuperado en: <https://cutt.ly/alao8mq>

Corte Suprema de Justicia de la República, Sala Penal Especial. (2019).
Auto de vista – Resolución N.º 03, Expediente N.º 07-2019-6.
Recuperado en: <https://cutt.ly/cHoQZFC>

Corte Suprema de Justicia de la República, Sala Penal Especial. (2018).
Auto de vista, Resolución s/n. Expediente N.º 05-2018-“1”. Recuperado
en: <https://cutt.ly/9Hdjfx8>

Corte Suprema de Justicia de la República, Sala Penal Especial. (2021).
Auto de vista, Resolución N.º 04. Expediente N.º 05-2021-1. Recuperado
en: <https://cutt.ly/OHdjHjv>

Corte Suprema de Justicia de la República, Sala Penal Especial. (2020).
Auto de primera instancia, Resolución N.º 05. Expediente N.º 04-2020-1.
Recuperado en: <https://cutt.ly/aHgGgqR>

Corte Suprema de Justicia de la República, Sala Penal Especial. (2019).
Auto de primera instancia, Resolución N.º 03. Expediente N.º 02-2019-7.
Recuperado en: <https://cutt.ly/YHgFFyf>

Corte Suprema de Justicia de la República, Sala Penal Permanente. (2014).
Casación N.º 613-2013, Tacna. Recuperado en: <https://cutt.ly/GYAh867>

Corte Suprema de Justicia de la República, Sala Penal Permanente. (2019).
Casación N.º 46-2018, Nacional. Recuperado en: <https://cutt.ly/9YuU3RZ>

Corte Suprema de Justicia de la República, Sala Penal Permanente. (2013).
Casación N.º 227-2012, Sullana. Recuperado en: <https://cutt.ly/8Yu5RkW>

Corte Suprema de Justicia de la República, Sala Penal Permanente. (2018).
Casación N.º 50-2018, Lima. Recuperado en: <https://cutt.ly/jYu5TcE>

Corte Suprema de Justicia de la República, Sala Penal Permanente. (2018).
Casación N.º 441-2017, Ica. Recuperado en: <https://cutt.ly/PYiwMkj>

Corte Suprema de Justicia de la República, Sala Penal Permanente. (2021).
Casación N.º 2057-2019, Tumbes. Recuperado en:
<https://cutt.ly/sYAE5xU>

- Corte Suprema de Justicia de la República, Sala Penal Permanente. (2012). Casación N.º 171-2011, Lima. Recuperado en: <https://cutt.ly/SYATUmT>
- Corte Suprema de Justicia de la República, Sala Penal Permanente. (2021). Casación N.º 126-2021, Lambayeque. Recuperado en: <https://cutt.ly/NlyJtTa>
- Corte Suprema de Justicia de la República, Sala Penal Permanente. (2011). Casación N.º 14-2010, La Libertad. Recuperado en: <https://cutt.ly/8lw8oBl>
- Corte Suprema de Justicia de la República, Sala Penal Permanente. (2018). Casación N.º 168-2016, Huancavelica. Recuperado en: <https://cutt.ly/Hlw8vLK>
- Corte Suprema de Justicia de la República, Sala Penal Permanente. (2018). Casación N.º 1142-2017, Huancavelica. Recuperado en: <https://cutt.ly/Slw8EVA>
- Corte Suprema de Justicia de la República, Sala Penal Permanente. (2016). Auto de Calificación de la Casación N.º 497-2016, Arequipa. Recuperado en: <https://cutt.ly/alvC82S>
- Corte Suprema de Justicia de la República, Sala Penal Permanente. (2015). Auto de Calificación de la Casación N.º 620-2014, Amazonas. Recuperado en: <https://cutt.ly/mDMzAen>
- Corte Suprema de Justicia de la República, Sala Penal Permanente. (2011). Auto de Calificación de la Casación N.º 99-2010, Amazonas. Recuperado en: <https://cutt.ly/tFO1Gmz>
- Corte Suprema de Justicia de la República, Sala Penal Permanente. (2012). Casación N.º 281-2011, Moquegua. Recuperado en: <https://cutt.ly/4Gf18nN>
- Corte Suprema de Justicia de la República, Sala Penal Permanente. (2019). Casación N.º 373-2018, Nacional. Recuperado en: <https://cutt.ly/fGf0ZGg>

- Corte Suprema de Justicia de la República, Sala Penal Permanente. (2018).
Auto de Calificación de la Casación N.º 373-2018, Nacional. Recuperado en: <https://cutt.ly/WGkiicK>
- Corte Suprema de Justicia de la República, Sala Penal Permanente. (2016).
Casación N.º 326-2016, Lambayeque [*Caso Edwin Oviedo Picchotito*].
Recuperado en: <https://cutt.ly/3GUnhn5>
- Corte Suprema de Justicia de la República, Sala Penal Permanente. (2021).
Casación N.º 1590-2018, Arequipa. Recuperado en:
<https://cutt.ly/IGOlvvA>
- Corte Suprema de Justicia de la República, Sala Penal Permanente. (2022).
Casación N.º 382-2020, Lima. Recuperado en: <https://cutt.ly/pHr6tEW>
- Corte Suprema de Justicia de la República, Sala Penal Permanente. (2012).
Casación N.º 172-2011, Lima. Recuperado en: <https://cutt.ly/lHodQJS>
- Corte Suprema de Justicia de la República, Sala Penal Permanente. (2012).
Casación N.º 33-2011, Piura. Recuperado en: <https://cutt.ly/pHxFdLz>
- Corte Suprema de Justicia de la República, Sala Penal Permanente. (2021).
Casación N.º 943-2019, Ventanilla. Recuperado en:
<https://cutt.ly/8Hx04GS>
- Corte Suprema de Justicia de la República, Sala Penal Permanente. (2021).
Casación N.º 1611-2019, Nacional [*Caso Susana Villarán de la Puente*].
Recuperado en: <https://cutt.ly/WHcqcec>
- Corte Suprema de Justicia de la República, Sala Penal Permanente. (2020).
Auto de Calificación de la Casación N.º 943-2019, Ventanilla.
Recuperado en: <https://cutt.ly/DHcgYCU>
- Corte Suprema de Justicia de la República, Sala Penal Permanente. (2019).
Recurso de Nulidad N.º 202-2019, Lima Recuperado en:
<https://cutt.ly/dHnRAXt>
- Corte Suprema de Justicia de la República, Sala Penal Permanente. (2021).
Casación N.º 870-2019, Ayacucho. Recuperado en:
<https://cutt.ly/jHS7qRJ>

Corte Suprema de Justicia de la República, Sala Penal Transitoria. (2021). Auto de Calificación de la Casación N.º 382-2020, Lima. Recuperado en: <https://cutt.ly/cHr6qEA>

Corte Suprema de Justicia de la República, VI Pleno Jurisdiccional de las Salas Penales Permanente y Transitoria. (2010). AP N.º 04-2010/CJ-116, Lima. Recuperado en: <https://cutt.ly/ZlwhJcu>

7.2.3. Cortes Superiores de Justicia

Corte Superior de Justicia de Ayacucho, Sala Penal de Apelaciones de Huamanga. (2022). Auto de vista – Resolución N.º 10, Expediente N.º 01465-2021-70-0501-JR-PE-07. Recuperado en: <https://cutt.ly/3GjBMwg>

Corte Superior de Justicia de Lambayeque, Sexto Juzgado de Investigación Preparatoria de Chiclayo. (2019). Auto de primera instancia – Resolución N.º 02, Expediente N.º 00002-2017-85-1706-JR-PE-06. Recuperado en: <https://cutt.ly/FHoxAtn>

Corte Superior de Justicia de Lima Este, Sala Penal de Apelaciones Transitoria de San Juan de Lurigancho. (2022). Auto de vista – Resolución N.º 08, Expediente N.º 4345-2020-6-3207-JR-PE-07. Recuperado en: <https://cutt.ly/YGiRcT7>

Corte Superior de Justicia de Lima Este, Séptimo Juzgado de Investigación Preparatoria, sede Santa Rosa. (2021). Auto de primera instancia – Resolución N.º 07, Expediente N.º 4345-2020-6-3207-JR-PE-07. Recuperado en: <https://cutt.ly/2GiRW2F>

Corte Superior de Justicia de Lima, Primer Juzgado de Investigación Preparatoria Especializado en Delitos de Corrupción de Funcionarios y Crimen Organizado. (2021). Auto de primera instancia – Resolución N.º 02, Expediente N.º 713-2021-4-1826-JR-PE-01. [*Caso Fiorella Molinelli Aristondo*] Recuperado en: <https://cutt.ly/NGrubvW>

Corte Superior de Justicia de Lima, Segunda Sala Penal de Apelaciones (Ex Cuarta Sala Penal Liquidadora). (2017). Auto de vista – Resolución N.º 03, Expediente N.º 000462-2017-7-1826-JR-PE-02. [*Caso José Carlos Balta del Ríos y otros*] Recuperado en: <https://cutt.ly/gGUIOPI>

Corte Superior de Justicia Especializada en Delitos de Crimen Organizado y Corrupción de Funcionarios, Primera Sala Penal de Apelaciones Nacional Permanente Especializada en Delitos de Corrupción de Funcionarios. (2019). Auto de vista – Resolución N.º 03, Expediente N.º 00003-2017-10-5002-JR-PE-02. [*Caso Nadine Heredia Alarcón*]. Recuperado en: <https://cutt.ly/2SNYHct>

Corte Superior de Justicia Especializada en Delitos de Crimen Organizado y Corrupción de Funcionarios, Segundo Juzgado de Investigación Preparatoria Nacional Permanente Especializado en Delitos de Corrupción de Funcionarios. (2019). Auto de primera instancia – Resolución N.º 04, Expediente N.º 00003-2017-10-5002-JR-PE-02. [*Caso Nadine Heredia Alarcón*]. Recuperado en: <https://cutt.ly/rG7EG5h>

Corte Superior de Justicia Especializada en Delitos de Crimen Organizado y Corrupción de Funcionarios, Sala Penal Nacional de Apelaciones Especializada en Delitos de Corrupción de Funcionarios (Colegiado A). (2019). Auto de vista – Resolución N.º 02, Expediente N.º 00047-2018-2-5201-JR-PE-04. Recuperado en: <https://cutt.ly/FleDaqG>

Corte Superior de Justicia Nacional, Primer Juzgado Nacional de Investigación Preparatoria Especializado en Delitos de Corrupción de Funcionarios. (2018). Auto de primera instancia – Resolución N.º 02, Expediente N.º 00046-2017-7-5201-JR-PE-01. [*Caso José Augusto Heighes Sousa*] Recuperado en: <https://cutt.ly/tDNMjSo>

Corte Superior de Justicia Penal Especializada, Tercer Juzgado de Investigación Preparatoria Especializado en Delitos de Corrupción de Funcionarios. (2021). Auto de primera instancia – Resolución N.º 04, Expediente N.º 00011-2020-9-5002-JR-PE-03. [*Caso José León Luna Gálvez*] Recuperado en: <https://cutt.ly/CGrylvF>

Corte Superior de Justicia Penal Especializada, Tercer Juzgado de Investigación Preparatoria Especializado en Delitos de Corrupción de Funcionarios. (2019). Auto de primera instancia – Resolución N.º 02, Expediente N.º 00047-2018-2-5201-JR-PE-03. Recuperado en: <https://cutt.ly/qGf7iTT>

Corte Superior de Justicia Penal Especializada, Tercer Juzgado de Investigación Preparatoria Especializado en Delitos de Corrupción de Funcionarios. (2021). Auto de primera instancia – Resolución N.º 13, Expediente N.º 00017-2021-1-5001-JR-PE-03. [*Caso Cesar Acuña Peralta*] Recuperado en: <https://cutt.ly/SGEseSK>

Corte Superior de Justicia Penal Especializada, Tercera Sala Penal de Apelaciones Nacional (2021). Auto de vista – Resolución N.º 05, Expediente N.º 00303-2021-1-5001-JR-PE-10. [*Caso Luis Fernando Galarreta Velarde*] Recuperado en: <https://cutt.ly/8GUh0oV>

Corte Superior Nacional de Justicia Penal Especializada en Delitos de Crimen Organizado y Corrupción de Funcionarios, Primera Sala Penal de Apelaciones Nacional Permanente Especializada en Delitos de Corrupción de Funcionarios. (2019). Auto de vista – Resolución N.º 03, Expediente N.º 00039-2018-4-5201-JR-PE-02 [*Caso Cesar Hinostroza Pariachi*]. Recuperado en: <https://cutt.ly/iHoYdsd>

Corte Superior Nacional de Justicia Penal Especializada, Primera Sala Penal de Apelaciones Nacional. (2021). Auto de vista – Resolución N.º 20, Expediente N.º 00017-2021-1-5001-JR-PE-03. [*Caso Cesar Acuña Peralta*] Recuperado en: <https://cutt.ly/aDMY4VP>

Corte Superior Nacional de Justicia Penal Especializada, Primera Sala Penal de Apelaciones Nacional Permanente Especializada en Delitos de Corrupción de Funcionarios. (2019). Auto de vista – Resolución N.º 03, Expediente N.º 00046-2017-77-5201-JR-PE-01. Recuperado en: <https://cutt.ly/yGPpVYp>

Corte Superior Nacional de Justicia Penal Especializada, Primera Sala Penal de Apelaciones Nacional Permanente Especializada en Delitos de Corrupción de Funcionarios. (2019). Auto de vista – Resolución N.º 04, Expediente N.º 00025-2017-43-5201-JR-PE-01. Recuperado en: <https://cutt.ly/IGPpN2O>

Corte Superior Nacional de Justicia Penal Especializada, Primera Sala Penal de Apelaciones Nacional Permanente Especializada en Delitos de

Corrupción de Funcionarios. (2018). Auto de vista – Resolución N.º 04, Expediente N.º 00046-2017-49-5201-JR-PE-01. Recuperado en: <https://cutt.ly/EGKeUFp>

Corte Superior Nacional de Justicia Penal Especializada, Primera Sala Penal de Apelaciones Nacional Permanente Especializada en Delitos de Corrupción de Funcionarios. (2020). Auto de vista – Resolución N.º 03, Expediente N.º 00019-2018-26-5002-JR-PE-03 [*Caso Pedro Pablo Kuczynski Godar*]. Recuperado en: <https://cutt.ly/iHtHN5Y>

Corte Superior Nacional de Justicia Penal Especializada, Sala Penal de Apelaciones Nacional Especializada en Delitos de Corrupción de Funcionarios (Colegiado A). (2019). Auto de vista – Resolución N.º 05, Expediente N.º 00019-2018-9.5001-JR-PE-03 [*Caso Pedro Pablo Kuczynski Godar*]. Recuperado en: <https://cutt.ly/register>

Corte Superior Nacional de Justicia Penal Especializada, Tercer Juzgado de Investigación Preparatoria Especializado en Delitos de Corrupción de Funcionarios. (2021). Auto de primera instancia – Resolución N.º 06, Expediente N.º 00019-2018-46-5002-JR-PE-03. [*Caso Pedro Pablo Kuczynski Godar*] Recuperado en: <https://cutt.ly/UHiPCeK>

Corte Superior Nacional de Justicia Penal Especializada, Tercer Juzgado de Investigación Preparatoria Especializado en Delitos de Corrupción de Funcionarios. (2021). Auto de primera instancia – Resolución N.º 05, Expediente N.º 00029-2018-12-5002-JR-PE-03. [*Caso Rafael López Aliaga*] Recuperado en: <https://cutt.ly/VHiPBQg>

Sistema Nacional Especializado en Delitos de Corrupción de Funcionarios, Sala Penal Nacional de Apelaciones (Colegiado A). (2018). Auto de vista – Resolución N.º 03, Expediente N.º 00014-2017-15-5201-JR-PE-01. Recuperado en: <https://cutt.ly/2Hos4oq>

Sistema Nacional Especializado en Delitos de Corrupción de Funcionarios, Sala Penal Nacional de Apelaciones Especializada en Delitos de Corrupción de Funcionarios (Colegiado A). (2018). Auto de vista –

Resolución N.º 05, Expediente N.º 00031-2017-3-5201-JR-PE-02.
Recuperado en: <https://cutt.ly/IHnRyld>

7.3. Legislación empleada

7.3.1. Normativa internacional

Conferencia Internacional Americana, Declaración Americana de Derechos y Deberes del Hombre (DADDH), IX Conferencia Internacional Americana, Bogotá 1948.

Organización de los Estados Americanos, Convención Americana sobre Derechos Humanos "Pacto de San José de Costa Rica" (CADH), 22 de noviembre 1969.

Organización Nacional de las Naciones Unidas, Asamblea General, Declaración Universal de Derechos Humanos (DUDH) Resolución 217 A (III), 10 de diciembre de 1948.

Organización Nacional de las Naciones Unidas, Asamblea General, Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (PIDCP) Adoptado y abierto a la firma, ratificación y adhesión por la Asamblea General en su Resolución 2200 A (XXI), 16 de diciembre de 1966.

7.3.2. Normativa nacional

Constitución Política del Perú (Const.) Diario Oficial El Peruano, 30 de diciembre de 1993 (Perú).

Ministerio de Justicia y Derechos Humanos. (1993). Decreto Supremo N.º 017-1993-JUS. Texto Único Ordenado de la Ley Orgánica del Poder Judicial (TUO de la LOPJ). Diario Oficial El Peruano, 03 de junio de 1993.

Ministerio de Justicia y Derechos Humanos. (1993). Resolución Ministerial N.º 010-93-JUS. Texto Único Ordenado del Código Procesal Civil (TUO del CPC). Diario Oficial El Peruano, 23 de abril de 1993.

Poder Ejecutivo. (1981). Decreto Legislativo N.º 052, Ley Orgánica del Ministerio Público (LOMP). Diario Oficial El Peruano, 10 de marzo de 1981.

Poder Ejecutivo. (1984). Decreto Legislativo N.º 295, Código Civil (CC). Diario Oficial El Peruano, 25 de julio de 1984.

Poder Ejecutivo. (1991). Decreto Legislativo N.º 635, Código Penal (CP). Diario Oficial El Peruano, 08 de abril de 1991.

Poder Ejecutivo. (1991). Decreto Legislativo N.º 638, Código Procesal Penal de 1991 (CPP de 1991). Diario Oficial El Peruano, 27 de abril de 1991.

Poder Ejecutivo. (2004). Decreto Legislativo N.º 957, Código Procesal Penal (CPP). Diario Oficial El Peruano, 29 de julio de 2004.

Poder Legislativo. (1940). Ley N.º 9024, Código de Procedimientos Penales (CdPP). Diario Oficial El Peruano, 16 de enero de 1940.

Poder Legislativo. (2004). Ley N.º 28237, Código Procesal Constitucional derogado (CPconst derogado). Diario Oficial El Peruano, 31 de mayo de 2004.


Poder Legislativo. (2013). Ley N.º 30077, Ley contra el crimen organizado (Ley N.º 30777). Diario Oficial El Peruano, 20 de agosto de 2013.

Poder Legislativo. (2021). Ley N.º 31307, Nuevo Código Procesal Constitucional, (NCPconst). Diario Oficial El Peruano, 23 de julio de 2021.

ANEXOS

FICHA DE VALIDACIÓN DE INSTRUMENTOS DE RECOPIACIÓN DE INFORMACIÓN (1)

I. PRESENTACIÓN DEL VALIDADOR:

Nombre y apellidos	Hugo Herculano Príncipe Trujillo.
Datos de identificación	Identificado con documento nacional de identidad n.º 07307960 y registro del Colegio de Abogados de Lima n.º 7397.
Filiación	En mi calidad de asesor de tesis del bachiller Apolo Peralta, Jean Paul Fabricio Junior, magister en Derecho por la Universidad de San Martín de Porres, exjuez supremo en lo penal de la Corte Suprema de Justicia de la República del Perú y profesor de postgrado de la Universidad de San Martín de Porres, suscribo la presente ficha de validación para los fines pertinentes.
e-mail	hprincipet@usmp.pe
Teléfono o celular	+51 989 286 338
Fecha de la validación	06.06.2022.
Firma	

II. EVALUACIÓN DE INSTRUMENTOS DE RECOPIACIÓN EMPELADOS EN LA TESIS:

2.1. Con relación al primer instrumento de recopilación de información:

Por favor, estimado validador, marque con una (X) la respuesta escogida de entre las opciones que se presentan:

	Evaluación general del instrumento de recopilación de información			
	Excelente	Buena	Regular	Deficiente
Validez del instrumento de recopilación de información	X			
Se trata de una fuente fidedigna para acopiar información	X			
Es idóneo para los fines de la presente investigación	X			
Resulta pertinente para acopiar información que coadyuve a los fines de la tesis	X			

Observaciones y recomendaciones en general del instrumento de recopilación de información:	
Motivos por los que se considera no válida	NO PRESENTA
Motivos por los que se considera no pertinente	NO PRESENTA
Propuestas de mejora (modificación, sustitución o supresión)	NO PRESENTA
Comentarios finales	A nuestro juicio, resulta un instrumento de recopilación de información pertinente y adecuado para los fines de la investigación realizada por el bachiller, toda vez que, se tratan de portales web institucionales que recopilan los diferentes cuerpos normativos emitidos por el Poder Legislativo.

2.2. Con relación al segundo instrumento de recopilación de información:

Por favor, estimado validador, marque con una (X) la respuesta escogida de entre las opciones que se presentan:

	Evaluación general del instrumento de recopilación de información			
	Excelente	Buena	Regular	Deficiente
Validez del instrumento de recopilación de información	X			
Se trata de una fuente fidedigna para acopiar información	X			
Es idóneo para los fines de la presente investigación	X			
Resulta pertinente para acopiar información que coadyuve a los fines de la tesis	X			

Observaciones y recomendaciones en general del instrumento de recopilación de información:	
Motivos por los que se considera no válida	NO PRESENTA
Motivos por los que se considera no pertinente	NO PRESENTA
Propuestas de mejora (modificación, sustitución o supresión)	NO PRESENTA
Comentarios finales	Consideramos se trata de un instrumento de recopilación de información idóneo para los fines de la investigación, al presentar la tesis, como pauta de interpretación el criterio jurisprudencial, resultando necesario, el acopio de jurisprudencia nacional, en ese sentido, resulta correcto que acuda los portales web institucionales de las Corte Superiores de Justicia y Corte Suprema de la República.

2.3. Con relación al tercer instrumento de recopilación de información:

Valoración general del cuestionario

Por favor, estimado validador, marque con una **(X)** la respuesta escogida de entre las opciones que se presentan:

	sí	no
El instrumento contiene instrucciones claras y precisas para que los encuestados puedan responderlo adecuadamente	X	
El número de preguntas del cuestionario es excesivo		X
Las preguntas constituyen un riesgo para el encuestado (en el supuesto de contestar Sí, por favor, indique inmediatamente abajo cuáles)		X

Preguntas que el experto considera que pudieran ser un riesgo para el encuestado:	
N.º de la(s) pregunta(s)	NO PRESENTA
Motivos por los que se considera que pudiera ser un riesgo	NO PRESENTA
Propuestas de mejora (modificación, sustitución o supresión)	NO PRESENTA

	Evaluación general del instrumento de recopilación de información			
	Excelente	Buena	Regular	Deficiente
Validez del instrumento de recopilación de información		X		
Se trata de una fuente fidedigna para acopiar información		X		
Es idóneo para los fines de la presente investigación	X			

Resulta pertinente para acopiar información que coadyuve a los fines de la tesis	X			
--	---	--	--	--

Observaciones y recomendaciones en general del instrumento de recopilación de información:	
Motivos por los que se considera no válida	NO PRESENTA
Motivos por los que se considera no pertinente	NO PRESENTA
Propuestas de mejora (modificación, sustitución o supresión)	NO PRESENTA
Comentarios finales	La encuesta-cuestionario resulta un mecanismo de recopilación de información válido e idóneo para la presente investigación, no obstante, por sus limitaciones (número, delimitación jurisdiccional, el posición que ejerce el encuestado) entre otros factores), puede presentar cierto grado de verosimilitud en las respuestas.

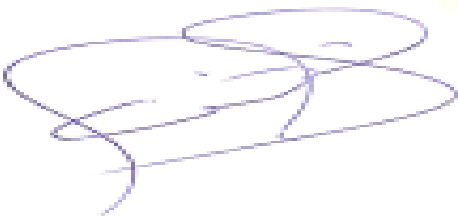
Lima, 06 de junio de 2022.



Mg. Hugo Herculano Príncipe Trujillo
 Exjuez Supremo de la Corte Suprema de Justicia de la República
 Profesor de postgrado de la Universidad de San Martín de Porres
 CAL N.º 7397
 DNI N.º 07307960

FICHA DE VALIDACIÓN DE INSTRUMENTOS DE RECOPIACIÓN DE INFORMACIÓN (2)

I. PRESENTACIÓN DEL VALIDADOR:

Nombre y apellidos	Germán Leocadio Dávila Gabriel.
Datos de identificación	Identificado con documento nacional de identidad N.º 22883917 y registro del Colegio de Abogados de Lima N.º 20231.
Filiación	En mi calidad de Magíster en Derecho, con estudios concluidos de doctorado en la Universidad Nacional Federico Villarreal y actualmente ejerciendo la Presidencia de la Junta de Fiscales Superiores del Distrito Fiscal de Cajamarca y profesor de postgrado de la Universidad de San Martín de Porres, suscribo la presente ficha de validación para los fines pertinentes.
e-mail	gdaviladj@mpfn.gob.pe o germandavilag@hotmail.com
Teléfono o celular	+51 920 077 526
Fecha de la validación	21.02.2022.
Firma	

II. EVALUACIÓN DE INSTRUMENTOS DE RECOPIACIÓN EMPELADOS EN LA TESIS:

II.1. Con relación al primer instrumento de recopilación de información:

Por favor, estimado validador, marque con una (X) la respuesta escogida de entre las opciones que se presentan:

	Evaluación general del instrumento de recopilación de información		
	Excelente	Buena	Regular
Validez del instrumento de recopilación de información	X		
Se trata de una fuente fidedigna para acopiar información	X		
Es idóneo para los fines de la presente investigación	X		
Resulta pertinente para acopiar información que coadyuve a los fines de la tesis	X		

Observaciones y recomendaciones en general del instrumento de recopilación de información:	
Motivos por los que se considera no válida	NO PRESENTA
Motivos por los que se considera no pertinente	NO PRESENTA
Propuestas de mejora (modificación, sustitución o supresión)	NO PRESENTA
Comentarios finales	Acudir a la página web del Congreso de la República y al Sistema de Información Jurídica (SPIJ), resulta pertinente, en atención que, el primero, recopila los cuerpos normativos emitidos por el legislador nacional y, el segundo, los mencionados ordenamientos, con las modificatorias que han presentado, permitiendo una evaluación tanto histórica como en lege lata, en suma: válido e idóneo.

II.2. Con relación al segundo instrumento de recopilación de información:

Por favor, estimado validador, marque con una **(X)** la respuesta escogida de entre las opciones que se presentan:

	Evaluación general del instrumento de recopilación de información		
	Excelente	Buena	Regular
Validez del instrumento de recopilación de información	X		
Se trata de una fuente fidedigna para acopiar información	X		
Es idóneo para los fines de la presente investigación	X		
Resulta pertinente para acopiar información que coadyuve a los fines de la tesis	X		

Observaciones y recomendaciones en general del instrumento de recopilación de información:	
Motivos por los que se considera no válida	NO PRESENTA
Motivos por los que se considera no pertinente	NO PRESENTA
Propuestas de mejora (modificación, sustitución o supresión)	NO PRESENTA
Comentarios finales	Resulta idóneo el acopio de la jurisprudencia nacional mediante las plataformas oficiales que presentan las diferentes Cortes Superiores de Justicia del Perú y el buscador denominado Jurisprudencia Nacional Sistematiza perteneciente a la Corte Suprema de Justicia de la República del Perú, pues, se constituyen como fuente fidedigna y dota de validez y eficacia el instrumento de recopilación de información seleccionado.

II.3. Con relación al tercer instrumento de recopilación de información:

Valoración general del cuestionario

Por favor, estimado validador, marque con una **(X)** la respuesta escogida de entre las opciones que se presentan:

	sí	no
El instrumento contiene instrucciones claras y precisas para que los encuestados puedan responderlo adecuadamente	X	
El número de preguntas del cuestionario es excesivo		X
Las preguntas constituyen un riesgo para el encuestado (en el supuesto de contestar SÍ, por favor, indique inmediatamente abajo cuáles)		X

Preguntas que el experto considera que pudieran ser un riesgo para el encuestado:	
N.º de la(s) pregunta(s)	NO PRESENTA
Motivos por los que se considera que pudiera ser un riesgo	NO PRESENTA
Propuestas de mejora (modificación, sustitución o supresión)	NO PRESENTA

	Evaluación general del instrumento de recopilación de información		
	Excelente	Buena	Regular
Validez del instrumento de recopilación de información	X		
Se trata de una fuente fidedigna para acopiar información	X		
Es idóneo para los fines de la presente investigación	X		

Resulta pertinente para acopiar información que coadyuve a los fines de la tesis	X		
--	----------	--	--

Observaciones y recomendaciones en general del instrumento de recopilación de información:	
Motivos por los que se considera no válida	NO PRESENTA
Motivos por los que se considera no pertinente	NO PRESENTA
Propuestas de mejora (modificación, sustitución o supresión)	NO PRESENTA
Comentarios finales	Consideramos adecuado que se acuda a los diferentes operadores jurídicos, al considerar dentro de las pautas de interpretación de la presente tesis, el criterio contexto-social, de esa manera, al acopiar, filtrar y advertir el parecer que ostentan los diferentes actores del proceso penal, se puede aprobar o censurar la hipótesis planteada en la investigación, lo que nos permite aseverar que se trata de una instrumento de recopilación de información eficaz e idóneo.

Cajamarca, 21 de febrero de 2022.



Mg. German Leocadio Dávila Gabriel
Pdte. De la Junta de Fiscales Superiores del Distrito Fiscal de Cajamarca
Profesor de Posgrado de la Universidad de San Martín de Porres
REG. CAL. N.º 20231
DNI N.º 22883917