

## AUDIENCIA DE TUTELA: FUNDAMENTOS JURÍDICOS (Acuerdo Plenario N° 4-2010/CJ-116)

J. FERNANDO BAZÁN CERDÁN\*

### Resumen

Este trabajo realiza un análisis de los fundamentos jurídicos (naturaleza jurídica, aspectos generales y alcances) de la tutela de derechos, novísima institución del ámbito procesal penal, introducida por el artículo 71°, numeral 4 del nuevo Código Procesal Penal del 2004. Finalmente, se concluye cuestionando la taxatividad de los derechos protegidos por la tutela, en función de una interpretación sistemática por ubicación de la disposición que la regula.

**Palabras clave:** Tutela – Derechos – Audiencia – Taxatividad – Advertencia – Miranda.

### Abstract

This article analyzes the legal grounds (legal nature, general aspects and scope) of the protection of rights, a very new institution within the criminal procedural scope, introduced by Article 71°, subsection 4° of the Criminal Procedure Code of 2004. Finally, it concludes by questioning the specific nature of the legally protected rights according to a systematic interpretation of the provision that regulates it.

**Key words:** Protection – Rights – Hearing – Specificity – Warning – Miranda Rights.

### Sumario

1. Introducción. 2. Desarrollo. 2.1. Aspectos Generales. 2.2. La audiencia de tutela. Alcances: a) Definición. b) Oportunidad de ejercicio. c) Sujeto legitimado para solicitarla. d) Derechos protegidos en la audiencia de tutela. e) Finalidad esencial de la audiencia. f) Mecanismo procesal de restablecimiento de afectación de derechos consumados. g) Instrumento para salvaguardar las garantías del imputado y control del ejercicio del *ius puniendi*. h) Carácter residual de la audiencia de tutela de derechos. i) Control de admisibilidad de la solicitud de tutela y rechazo liminar. j) Posibilidad de viciar o excluir actos de investigación por vulneración de derechos fundamentales. k) Exclusión de material probatorio obtenido ilícitamente vía tutela. l) Imposibilidad de cuestionar la Disposición de Formalización de Investigación Preparatoria vía tutela. 3. Conclusiones. Cuestionamiento a la taxatividad de los derechos protegidos por la tutela.

---

\* Juez Superior Titular de la Corte Superior de Justicia de Cajamarca-Poder Judicial del Perú. Profesor de la Universidad Privada "Antonio Guillermo Urrello" de Cajamarca.

## 1. INTRODUCCIÓN

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

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

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

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

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

la primera, los Jueces Supremos definieron la agenda; en la segunda, se permitió la participación ciudadana y el aporte de la comunidad jurídica del país; y en la tercera, los Jueces Ponentes procedieron a la discusión y aprobación de los acuerdos plenarios. Es de reconocer las importantes ponencias sobre el tema que formularon en la audiencia pública de la segunda fase Frezia Sissi Villavicencio Ríos por la Escuela de Formación Procesal Penal Garantista (ESPPEGA) de Huaura y Mario Rodríguez Hurtado por el Instituto de Ciencia Procesal Penal (INCIPP); así como el empleo del texto de César Alva Florián<sup>1</sup>.

## 2. DESARROLLO

### 2.1. Aspectos generales

De esta manera, los Jueces Supremos de lo Penal aprobaron en el Pleno Jurisdiccional el Acuerdo Plenario N° 4-2010/CJ-116, Audiencia de Tutela, señalando como aspectos generales de los fundamentos jurídicos las siguientes consideraciones:

- La tutela de derechos se inscribe en el contexto del conflicto entre los derechos fundamentales y el derecho a punir.
- El artículo 139° de la Constitución Política del Perú reconoce derechos procesales y límites a los poderes públicos. La Constitución ha incorporado garantías genéricas y una relación de garantías específicas, vinculadas a cláusulas de relevancia constitucional que definen la jurisdicción penal, la formación del objeto procesal y el régimen de actuación de las partes.
- Las garantías procesales genéricas son normas generales que guían el desenvolvimiento de la actividad procesal y que sirven para reforzar el contenido de las garantías específicas, sirven para amparar garantías concretas que no fueron incluidas en forma expresa. Son: i) El debido proceso (139.3); ii) El derecho a la tutela jurisdiccional (139.3); iii) El derecho a la presunción de inocencia (2.24.e); y iv) El derecho de defensa (139.14).
- La Constitución como referente del legislador procesal, de los encargados de la persecución penal y de las personas vinculadas a un

---

<sup>1</sup> ALVA FLORIÁN, César A. *La tutela de derechos en el Código Procesal Penal de 2004*. Lima: Gaceta Jurídica, p. 13.

caso penal. Lo anterior implica un deber de protección de los derechos fundamentales.

## **2.2. La audiencia de tutela. Alcances**

### **a) Definición**

La Tutela de Derechos es una garantía de específica relevancia procesal penal, que puede usar el imputado cuando ve afectado o vulnerado uno o varios derechos establecidos específicamente en el artículo 71° del NCPP, en cuyo caso puede acudir al Juez de la Investigación Preparatoria para que controle judicialmente la legalidad y legitimidad 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.

### **b) Oportunidad de ejercicio**

La vía de tutela judicial solo podrá hacerse efectiva durante las diligencias preliminares y en la investigación preparatoria propiamente dicha.

### **c) Sujeto legitimado para solicitarla**

Solo el imputado, no el agraviado, el actor civil o el tercero civil.

### **d) Derechos protegidos en la audiencia de tutela**

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

Los derechos protegidos a través de esta audiencia son los recogidos "taxativamente" en el artículo 71° del NCPP: i) Conocimiento de los cargos incriminados; ii) Conocimientos de las causas de la detención; iii) Entrega de la orden de detención girada; iv) Designación de la persona o institución a la que debe avisarse de la detención y concreción inmediata de ésta; v) Posibilidad de realizar una llamada, en caso se encuentre detenido; vi) Defensa permanente por un abogado; vii) Posibilidad de entrevistarse con su abogado en forma privada; viii) Abstención de declarar o declaración voluntaria; ix) Presencia de abogado defensor en la declaración y en todas las diligencias que requieran su concurso; x) No ser objeto de medios coactivos, intimidatorios o contrarios a la dignidad, ni ser sometidos a técnicas o métodos que induzcan o alteren

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

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

#### **e) Finalidad esencial de la audiencia**

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

#### **f) Mecanismo procesal de restablecimiento de afectación de derechos consumados**

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

#### **g) Instrumento para salvaguardar las garantías del imputado y control del ejercicio del *ius puniendi***

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

#### **h) Carácter residual de la audiencia de tutela de derechos**

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

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

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

El NCPP ha establecido varios mecanismos específicos para ventilar asuntos relativos a los derechos básicos del imputado que no podrán cuestionarse a través de la tutela, tales como: 1) Las audiencias de control de plazo de las diligencias preliminares o de la investigación preparatoria formalizada (334.1 y 343.2); 2) La audiencia de reexamen de la intervención de las comunicaciones telefónicas o análogas (231.3); 3) La inadmisión de diligencias sumariales solicitadas por la defensa durante la investigación preparatoria para el esclarecimiento de hechos<sup>2</sup> (337.4); etc.

#### **i) Control de admisibilidad de la solicitud de tutela y rechazo liminar**

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

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

Excepciones: 1) En la eventualidad que el agravio pueda constituirse en irreparable si se cita a audiencia, se puede resolver de manera directa y sin audiencia. 2) Cuando aprecie la manifiesta intención del imputado o de su

---

<sup>2</sup> Desestimación de diligencias de investigación para el esclarecimiento de hechos, solicitadas al fiscal por el imputado y demás intervinientes.

abogado defensor de obstruir la labor de investigación de la fiscalía, en vez de debatir sobre la existencia de un agravio de derechos.

**j) Posibilidad de viciar o excluir actos de investigación por vulneración de derechos fundamentales**

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

En tal sentido, los actos de investigación pueden quedar viciados o excluidos, según el caso, si se vulneraron derechos fundamentales recogidos en el artículo 71° del NCPP. Ejemplo de ello, puede ser cuando se efectúa una detención sin haber puesto en conocimiento del imputado los derechos fundamentales que le asisten, en cuyo caso el juez en audiencia dictará la medida que corresponda, de acuerdo a ley.

**k) Exclusión de material probatorio obtenido ilícitamente vía tutela.**

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

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

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

**l) Imposibilidad de cuestionar la disposición de formalización de investigación preparatoria vía tutela**

No es posible activar desde la defensa una vía judicial de control de la referida disposición -que permita su impugnación y dejarla sin efecto-,

por cuanto la vía de la tutela solo está habilitada para aquellos casos en los que se vulnere alguno de los derechos esenciales asociados en términos amplios a la defensa.

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

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

### 3. CONCLUSIONES

A pesar de la importancia de los aspectos tratados en el Acuerdo Plenario N° 4-2010/CJ-116, Audiencia de Tutela, es preciso relieves algunos tópicos que merecen un mayor debate y desarrollo jurisprudencial y doctrinal, tales como la supuesta taxatividad de los derechos amparados vía la tutela, la declaración de nulidad de actos procesales a través de la solicitud de tutela, las conexiones de la tutela de derechos con los procesos constitucionales de amparo y hábeas corpus, etc. Solo esbozaremos algunas ideas sobre el primer tema, los otros aspectos requieren un desarrollo mayor y podrán ser materia de análisis específicos posteriores.

#### **Cuestionamiento a la taxatividad de los derechos protegidos por la tutela**

Pese a que el Acuerdo Plenario que se reseña, en su fundamento jurídico 10 emplea la expresión «Los derechos protegidos a través de esta Audiencia son los que se encuentran recogidos taxativamente en el artículo 71° del NCPP», vale decir, los mencionados en el numeral 2) del indicado artículo, el autor no comparte dicha afirmación categórica puesto que considera que es posible incorporar otros derechos del imputado como susceptibles de ser protegidos vía tutela, en la medida que la enumeración de los derechos consignados en el numeral 2) solo se refieren al deber de las autoridades -jueces, fiscales y policía- para hacer saber de manera inmediata y comprensible al imputado los derechos específicos o “mínimos” que goza al interior del proceso (variante nacional de la Advertencia Miranda o Derechos



Miranda<sup>3</sup>), aparte del hecho incontrastable que en el numeral 1) del aludido artículo se establece que “El imputado puede hacer valer por sí mismo, o a través de su Abogado Defensor, los derechos que la Constitución y las Leyes le conceden, desde el inicio de las primeras diligencias de investigación hasta la culminación del proceso”.

Lo anterior implica que no solo los derechos mencionados en el numeral 2) del artículo 71º serían susceptibles de ser protegidos vía la tutela, sino que también cualquier otro derecho que “la Constitución y las leyes le conceden” al imputado durante la investigación preparatoria y que no tenga vía propia de reclamación.

---

<sup>3</sup> La **Advertencia de Miranda** (en inglés *Miranda warning*) o **Derechos Miranda** (*Miranda rights*) es una advertencia que debe darse a un imputado que se encuentra en custodia de la policía de Estados Unidos, antes de que le hagan preguntas relativas a la comisión del ilícito. La policía puede requerir información biográfica como el nombre, fecha de nacimiento y la dirección del domicilio del sospechoso. Las Confesiones no constituirán una prueba admisible en un juicio a menos que el imputado haya tenido conocimiento y haya ratificado su entendimiento de su Advertencia Miranda.

La Advertencia Miranda fue ordenada por la Corte Suprema de los Estados Unidos en una decisión de 1966 respecto del caso Miranda contra Arizona (*Miranda v. Arizona*, 384 U.S. 436 [1966]) como medio de protección para un imputado de evadir la auto incriminación, prohibida por la Quinta Enmienda (derecho al silencio). Desde su creación por la Corte Warren, la Corte Suprema ha indicado que la Advertencia Miranda ha impuesto una prevención de seguridad en vez de la protección que exige el privilegio de la Quinta Enmienda.

La Corte Suprema no especificó las palabras exactas que se debían usar para informar a un sospechoso sobre sus derechos. Sin embargo, dejaron unas reglas que deben servir como guía a seguir. El fallo establece: “... *La persona en custodia debe, previo a su interrogatorio, ser claramente informado de su derecho a guardar silencio, y de que todo lo que diga será usado en su contra en un tribunal, debe ser claramente informado de que tiene el derecho de consultar con un abogado y tener a ese abogado presente durante todo el interrogatorio, y que, si es indigente, un abogado le será asignado sin coste para representarlo*”.