



CORTE SUPERIOR DE JUSTICIA DE CUSCO

CUARTO JUZGADO DE INVESTIGACION PREPARATORIA EN ADICIÓN JUZGADO DE INVESTIGACION PREPARATORIA ESPECIALIZADO EN DELITOS AMBIENTALES DEL DISTRITO JUDICIAL DEL CUSCO

Expediente : 5327-2018-14-1001-JR-PE-04
 Investigado : Helio Dante Mamani Ccallaccasi
 Agraviado : No determinado
 Delito : Estafa
 Juez Penal : Reynaldo Ochoa Muñoz
 Asistente : Fredy Eduardo Rodríguez Ugarte

AUTO DE TUTELA DE DERECHOS**RESOLUCIÓN N° 02**

Cusco, 22 de agosto de 2018

I. PARTE EXPOSITIVA:

1.1. El investigado Helio Dante Mamani Ccallaccasi, solicita tutela de derechos en contra de la Fiscalía Provincial Especializada de Turismo de Cusco, a fin de que se dicte una medida correctiva ante el quebrantamiento del derecho de defensa del investigado y se excluya como elemento de convicción ilícito el acta de intervención policial de fecha 24 de junio de 2018, argumentando que en fecha 24 de junio de 2018 a horas 19:41, en las instalaciones de la sección de investigaciones de la COMTUR-Cuzco, se procedió a redactar el acta de intervención policial, acta a través de la cual el personal policial y fiscal interroga al intervenido Helio Dante Mamani Ccallaccasi, sin la presencia de su abogado defensor (numerales primero y segundo del acta).

Fundamentos de la pretensión

2.2. Respecto del acta de intervención policial, refiere el investigado que el artículo 120° del CPP establece el contenido del acta, este precepto legal no autoriza a la policía o fiscalía a consignar en la declaración del imputado, pues para tal fin se tiene a la "declaración", la misma que exige como requisito de validez que, se rinda ante la presencia del abogado defensor elegido libremente por el imputado, indica que así lo prevé el artículo 71°.2 del CPP. En el caso en concreto, al haber la autoridad policial y fiscal consignado la manifestación del imputado en un acta de intervención, se ha desnaturalizado el objeto del "acta", pues conforme prevé la Directiva N° 03-04-2016-DIRGEN-PNP/EMG-DIRASOPE-B3, en el acta se "plasmara cómo se produjo el hecho materia de intervención, adjuntando las actas formulada, y lejos de tal objeto, existió un transgresión al consignar la declaración del imputado sin la presencia del abogado defensor, vulnerando de forma manifiesta el derecho de defensa del imputado. Al haberse practicado un acto procesal con directa vulneración de un derecho fundamental, corresponde su exclusión por tratarse de una prueba ilícita¹ que carece de utilidad, así reza el artículo 159° del CPP.

II. PARTE CONSIDERATIVA:**La tutela de derechos en el Nuevo Código Procesal Penal**

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

2.2. La audiencia de tutela de derechos en principio está dirigida a la protección efectiva de los derechos del imputado descritos -de modo enunciativo- en el propio artículo 71.2°, como son los siguientes: a) Conocer los cargos formulados en su contra y, en caso de detención, a que se le exprese la causa o motivo de dicha medida, entregándole la orden de detención girada en su contra, cuando corresponda; b) Designar a la persona o institución a la que debe comunicarse su detención y que dicha comunicación se haga en forma inmediata; c) Ser asistido desde los actos iniciales de investigación por un Abogado Defensor; d) Abstenerse de declarar, y, si acepta hacerlo, a que su Abogado Defensor esté presente en su declaración y en todas las diligencias en que se requiere su presencia; e) Que no se emplee en su contra medios coactivos, intimidatorios o contrarios a su dignidad, ni a ser sometido a técnicas o métodos que induzcan o alteren su libre voluntad o a sufrir una restricción no autorizada ni permitida por Ley; y f) Ser examinado por un médico legista o en su defecto por otro profesional de la salud, cuando su estado de salud así lo requiera.

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

La tutela de derechos ante la prueba ilícita en la investigación preliminar y/o preparatoria.

2.4. El Fundamento Jurídico 17° del Acuerdo Plenario N° 4-2010/CJ-116 que regula la Audiencia de Tutela precisa lo siguiente: "Así mismo, a través de la audiencia de tutela se podrá solicitar la exclusión del material probatorio obtenido ilícitamente en los casos que ésta 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 reconocidos en el artículo 71° del NCPP. La posibilidad de atacar el material probatorio obtenido ilegalmente deriva del reconocimiento del principio de legitimidad de la prueba –axioma que instruye que todo medio de prueba será valorado sólo si ha sido obtenido e incorporado al proceso por un procedimiento constitucionalmente legítimo, y que carecen de efecto legal las pruebas obtenidas, directa o indirectamente, con violación del contenido esencial de los derechos fundamentales de la persona- que se encuentra establecido en el artículo VIII del Título Preliminar del NCPP y de la utilización de la prueba – regulados en el artículo 159° del acotado Código- que establece que el Juez no podrá utilizar, directa o indirectamente, las fuentes o medios de prueba obtenidos con vulneración del contenido esencial de los derechos fundamentales de la persona. Lo anotado hace viable que en la Audiencia de tutela se cuestionen los elementos probatorios obtenidos mediante procedimientos ilegales o viciosos y que una vez comprobada su ilicitud el juez determine su exclusión, como medida correctiva o de protección”¹.

2.5. Para MIRANDA ESTRAMPES² la prueba ilícita (para nosotros prueba prohibida) es aquella que infringe derechos fundamentales en la cuales incluye las obtenidas ilícitamente pero incorporadas al proceso en forma lícita. Por ello diremos –siguiendo a GIMENO SENDRA³- que la prueba prohibida es el acto de prueba que se ha obtenido con vulneración de algún derecho fundamental.

2.6. El Nuevo Código Procesal Penal del 2004 en su Título Preliminar artículo VIII inciso 2° acoge la exclusión de la prueba prohibida al excluir los efectos de esta cuando viola el contenido esencial de los derechos fundamentales, además de su redacción se puede inferir que acepta la teoría del árbol prohibido de origen estadounidense cuando dice: “carecen de efecto legal las pruebas obtenidas directa o indirectamente con violación del contenido esencial de los derechos fundamentales de la persona”,

2.7. También uno de los derechos que la ley otorga al imputado, recogido en el inciso 2° literal c) del artículo 71° del Código Procesal Penal, es precisamente el de ser asistido desde los actos iniciales de investigación por un abogado defensor. Este derecho corresponde al derecho de defensa, desarrollado en el artículo IX del Título Preliminar del Código Procesal Penal, al prescribir que toda persona tiene derecho inviolable e irrestricto a que se le informe de sus derechos, a que se le comunique de inmediato y detalladamente la imputación formulada en su contra y a ser asistida por un abogado defensor de su elección o, en su caso, por un abogado de oficio (defensor Público) desde que es citada o detenida por la autoridad. También tiene derecho a que se le conceda un tiempo razonable para que se prepare su defensa; a ejercer su auto defensa material; a intervenir, en plena igualdad, en la actividad probatoria; y, en las condiciones previstas por la ley, a utilizar los medios de prueba pertinentes. El ejercicio del derecho de defensa se extiende a todo estado y grado de procedimiento, en la forma y oportunidad que la ley señala.

¹ ACUERDO PLENARIO N° 4-2010/CJ-116 – VI Pleno Jurisdiccional de las Salas Penales Permanente y Transitorias de la Corte Suprema de Justicia de la República. F.J. N° 17°.

² MIRANDA ESTAMPRES Manuel. Op. Cit. Pp 29-30. Si bien diferencia prueba ilícita, prueba irregular y prueba expresa por la ley, se puede inferir casos que esta última constituirá prueba prohibida.

³ GIMENO SENDRA, Vicente “La prueba Prohibida”. Conferencia dictada los días 6 y 7 de abril del 2006 en el marco de la conferencia magistral “Vicente Gimeno Sendra”.

2.8. La Corte en ejecutoria Suprema recaída en el Recurso de Nulidad N° 05-02-2008-Lima de 04 de mayo del 2009 estableció como definición la prueba prohibida o ilícita lo siguiente: “La prueba prohibida o ilícita es aquella prueba cuya, **obtención o actuaciones, lesionan derechos fundamentales** o se violan normas constitucionales (...)”⁴. Esta definición es la misma que utilizó el Tribunal Constitucional en la sentencia recaída en el Expediente N° 2053-2003-HC/TC⁵ de 15 de septiembre del 2003, de tal manera que se reconoce a la prueba prohibida como un tipo de prueba en caso opere alguna de las excepciones a las consecuencias jurídicas de la prueba prohibida. No obstante, cabe hacer referencia a lo señalado, posteriormente, por el mismo Tribunal en su sentencia recaída en el expediente N° 655-2010 -PHC/TC de 27 de octubre de 2010, en la cual reconoció a la prueba prohibida como auténtico derecho fundamental: “...No obstante, en consideración de este tribunal, **la prueba prohibida es un derecho fundamental** [léase como derecho a la no utilización o valoración de la prueba prohibida] que no se encuentra expresamente contemplado en la Constitución (...)”⁶.

Consecuencias jurídicas de la prueba prohibida.

2.9. En principio, como sostiene el Acuerdo del Pleno Jurisdiccional Superior Nacional Penal de 11 de diciembre de 2004, para la prueba que ha sido originalmente obtenida mediante la violación de derechos constitucionales debe aplicarse la “regla de la exclusión”, es decir, no se debe valorar la prueba; mientras que para la prueba que deriva de ella, se debe aplicar “la doctrina de los frutos del árbol prohibido o envenenado”, la cual excluye, también, a las pruebas que tiene un nexo causal con la prueba ilícita originaria⁷. Ahora en la doctrina se ha generado lo señalado por el Tribunal Constitucional respecto a la distinción entre efectos procesales y constitucionales de la prueba prohibida:

En el ámbito del proceso penal la consecuencia de la prueba prohibida se encuentra reconocida en el artículo 159° del Nuevo Código Procesal Penal (...) Como puede advertirse, el Nuevo Código Procesal penal plantea la prohibición de que el juez pueda utilizar determinados medios de prueba que se hubieran obtenido mediante la violación de los derechos fundamentales.

En el ámbito constitucional, en la STC 02333-2004-HC/TC este Tribunal destacó que el literal b del inciso 24) del artículo 2° de la Constitución prescribe que “el derecho a que se establezca la invalidez de las declaraciones obtenidas mediante el uso de la violencia en sentido lato” tiene “como fin enervar el valor jurídico de aquellas revelaciones o exposiciones alcanzadas mediante cualesquiera de las formas de agresión anteriormente señaladas”⁸.

⁴ En:

http://www.idehpucp.pucp.edu.pe/images/documentos/anticorruptcion/jurisprudencia/recurso_nulidad_congresistas_05-022008.pdf. Pág. 20. Visitado 04 de julio del 2014.

⁵ Ver en CASTRO TRIGOSO, Hamilton. La Prueba ilícita en el proceso penal peruano. Jirista editores: Lima, 2009. Fundamento 3.

⁶ http://www.idehpucp.pucp.edu.pe/images/documentos/anticorruptcion/jurisprudencia/sentencia_tc_expediente_N0655-2010-hctc_27-10-2010.pdf. Visitado 04 de julio del 2014.

⁷ Véase el fundamento 3° del tema III de los Acuerdos del Pleno Jurisdiccional Superior nacional penal “Problemática en la aplicación de la norma penal, procesal y penitenciaria” realizado en la ciudad de Trujillo el 11 de diciembre del 2004. Sobre necesarios efectos reflejos o indirectos de las pruebas ilícitas por la aplicación de la doctrina de los frutos del árbol envenenado ver MIRANDA ESTRAMPES, Manuel. El concepto de prueba ilícita y tratamiento en el proceso penal. Bosch: Barcelona, 1999. Pág. 107.

⁸ Fundamentos 16 y 17 de la sentencia. En:

Análisis del caso concreto

2.10. El acta de intervención policial (fojas 3 de la carpeta fiscal y del incidente de tutela de derechos) obra el acta de intervención policial del día 24 de junio de 2018 consignado como hora de inicio 19:41 y finalizado a horas 20:25, la redacción del acta en una de las oficinas de la sección de investigación de la COMTUR Cusco, donde se hace constar lo siguiente: **i)** Que se hizo presente a las 19:50 horas el investigado Helio Dante Mamani Ccallaccasi indicando ser el encargado de la agencia Inti Raymi, refiriendo que se retrasó el traslado a un grupo de turistas desde el templo de Qoricancha hasta la calle Saphi y posteriormente a la explanada de Sacsayhuaman; **ii)** De la misma manera a referido que algunos depósitos de dinero se hicieron a la cuenta de su hermano Guido Mamani Ccallaccasi quien estaría fuera del país, desde hace 15 días; **iii)** Al ser consultado los motivos por el cual realizó la venta de lugares en las montañas aledañas a la explanada de Sacsayhuaman indicó que se les vendió un servicio; en ese acto el intervenido se comunicó telefónicamente con su abogado de nombre Paolo Aldea le sugirió que su declaración lo realizará en presencia de su abogado por lo que indico no responder más a la entrevista del personal PNP.

2.11. La Directiva N° 03-04-2016-DIRGEN-PNP/EMG-DIRASOP-B – Directiva para la intervención policial en delito flagrante cuyo objeto es describir los procedimientos –actuación policial- que debe desarrollar el personal de la Policía Nacional del Perú, ante la intervención en caso de delito flagrante y en otros casos, la Policía debe advertir al detenido arrestado que le asiste los derechos previstos en el artículo 71 del CPP., de esa diligencia se levantará un acta, que en el caso concreto la Policía a faccionado un acta de lectura de derechos sin precisar la hora limitándose a consignar “Cusco, 24 JUN 18” y que a pesar que en el numeral 4 del referido acta (folio 4) que es un formato preestablecido se precisa que debe ser asistido desde los actos iniciales de investigación por un Abogado Defensor, la Policía Nacional del Perú de la Comisaría de Turismo de Cusco – Policía ESCRON COYLA RIMACHI, desnaturalizando el acta de intervención policial que tiene por finalidad de consignar la forma y circunstancias de la intervención policial y si bien es cierto que el acta se ha realizado en sede policial se debió precisar que la intervención policial que se hizo en el lugar de los hechos, pero el Policía de manera ilegal sin hacer constar propiamente la intervención policial, ha tomado la declaración del investigado sin la presencia de su abogado defensor de su elección o un defensor público y sin darle la lectura de sus derechos; el acta de lectura de derechos que aparece en la carpeta fiscal (folio 4) ha sido incorporado en forma posterior a la declaración del investigado consignado en el acta de intervención policial y ello se deduce que en dicho acta el Policía Coyla Rimachi, no ha hecho constar dicha lectura y sin embargo le ha tomado su declaración sin asistencia de abogado vulnerando su derecho de defensa, queda acreditado que se ha desnaturalizado el acta de intervención policial para otro fin y se ha vulnerado el derecho de defensa del investigado Helio Dante Mamani Ccallaccasi, de ser asistido por un abogado defensor y de haberse insertado su declaración en el acta de intervención policial en vez de haberse precisado la forma y circunstancias de dicha intervención y de hacerse constar las razones que impidieron elaborar el acta en el lugar de los hechos, las cuales debieron hacerse constar expresamente en el acta a fin de evitar que se ha sea cuestionada como en el presente caso.

2.12. En esta línea de ideas, se justifica la tutela de derechos solicitado por el investigado Helio Dante Mamani Ccallaccasi de la exclusión del material probatorio obtenido ilícitamente como es el acta de intervención policial que también contiene indebidamente la declaración de dicho investigado vulnerando su derecho de defensa; por lo tanto no podrá utilizarse, directa o indirectamente, las fuentes o medios de prueba obtenidos con vulneración del contenido esencial de los derechos fundamentales de la persona.

Solución

2.13. En el caso de autos, ha quedado demostrado que el acta de intervención policial que también contiene la declaración del imputado sin presencia de su abogado de elección o de un defensor público, ha quedado claro por el contenido del acta de intervención policial no corresponde su contenido a una intervención policial sino a la declaración del investigado Helio Dante Mamani Ccallaccasi, con vulneración del derecho de defensa y sin presencia del Representante del Ministerio Público, a quien se le puso en conocimiento de la intervención policial en sede policial y no de la declaración del investigado; por lo que dicha diligencia ilegal es de exclusiva responsabilidad del efectivo policial ESCRON COAYLA RIMACHI de la Comisaría de Turismo quien incurre en responsabilidad funcional, se debe proceder a declarar fundado la tutela de derechos y en cuanto al acta de declaración del investigado Helio Dante Mamani Ccallaccasi (folio 46 de la carpeta fiscal y folio 4 del incidente) el abogado defensor se ha desistido expresamente en la audiencia de tutela de derechos si oposición de la Fiscalía; por lo que es innecesario emitir pronunciamiento en este extremo.

Por estas consideraciones, **SE RESUELVE:**

III. PARTE RESOLUTIVA:

3.1. DECLARAR FUNDADA la solicitud de tutela de derechos solicitada por el investigado Helio Dante Mamani Ccallaccasi contra la Fiscalía Provincial Penal Especializada de Turismo, en cuanto al Acta de Intervención Policial (folio 3 de la carpeta fiscal y del incidente de tutela de derechos) en consecuencia;

3.2.- EXCLUYASE del material probatorio recabado por la Fiscalía a cargo del caso del Acta de Intervención Policial de fecha 24 de junio de 2018 redactada en la Comisaría de Turismo de Cusco (folio 3) que contiene también la declaración del investigado Helio Dante Mamani Ccallaccasi.

3.3.- SE DETERMINA que el responsable de la diligencia del acta de intervención policial (folio 3) es el efectivo policial ESCRON COYLA RIMACHI con CIP 31502344 de la Comisaría de Turismo del Cusco, a quien se debe notificar con la presente resolución en dicha sede policial para los fines consiguientes.

3.4. DEVUELVASE la carpeta fiscal al representante del Ministerio Público.

3.5.- NOTIFIQUESE a las partes en sus domicilios procesales.