



420210066692020046273207637003227

NOTIFICACION N° 6669-2021-SP-PE

EXPEDIENTE	04627-2020-3-3207-JR-PE-02	SALA	1° SALA PENAL DE APELACIONES - SAN JUAN DE
RELATOR	CHAMORRO MATEO JORDAN GHERSI	SECRETARIO DE SALA	

IMPUTADO : VIGILIO MALLMA, MAD ENRIQUE
MINISTERIO PUBLICO : MINISTERIO PUBLICO ,

DESTINATARIO VIGILIO MALLMA MAD ENRIQUE

DIRECCION : **Dirección Electrónica - N° 10425**

Se adjunta Resolución TRES de fecha 26/03/2021 a Fjs : 8
ANEXANDO LO SIGUIENTE:
RES. N°3

31 DE MARZO DE 2021



PODER JUDICIAL
DEL PERÚ

CORTE SUPERIOR DE JUSTICIA DE LIMA ESTE
Primera Sala Penal de Apelaciones Permanente de San Juan de
Lurigancho

Av., Las Flores N° 400 4to Piso– San Juan de Lurigancho - Lima

EXPEDIENTE : 4627-2020-3-3207-JR-PE-02.
IMPUTADO : RAFAEL MERJILDO TITTO
DELITO : ROBO AGRAVADO
ASUNTO : Apelación de Auto

D.D. : Dra. Cornejo Lopera.

RESOLUCION N° TRES
San Juan de Lurigancho, 26 de marzo
del dos mil veintiuno.

VISTOS y OIDOS; en audiencia de apelación de auto, llevada a cabo en forma virtual a través del aplicativo “Google Meet”¹, el recurso impugnativo interpuesto por la defensa técnica de **RAFAEL MERJILDO TITTO** contra la resolución N° 02 de fecha 01.12.2020; **y CONSIDERANDO**:

I.- ANTECEDENTES:

1.1.- Mediante escrito de fecha 17.11.2020, la defensa técnica de **RAFAEL MERJILDO TITTO**, solicita tutela de derechos y se dicte las medidas correctivas como es la exclusión de las actas de reconocimiento físico y del acta de deslacrado y visualización de celular de fecha 20.10.2020, por haber sido obtenidas de forma ilícitas obtenidas por la policía y avaladas por el Ministerio Público, en la investigación por el delito de robo agravado, en agravio de Jesús Florencio Pacheco García

1.2.- Mediante resolución N° 02 de fecha 01.12.2020, el Juez del Segundo Juzgado de Investigación Preparatoria de San Juan de Lurigancho- Sede Santa Rosa, resolvió declarando: i.- fundada la tutela de derechos solicitada por la defensa técnica del investigado Rafael Merejildo Titto, sobre el acto de investigación consistente en el Acta de Deslacrado y Visualización de Celular del investigado

¹ Conforme a la Resolución Administrativa N°000123-2020-CE dispuesta por el Consejo Ejecutivo de fecha 24.04.2020.

Mad Enrique Vigilio Mallma. ii.- Declara infundada la tutela de derechos solicitada por la defensa técnica del investigado Rafael Merejildo Titto, sobre el acto de investigación consistente en el Acta de Reconocimiento Físico de Personas realizado por el agraviado Florencio Pacheco García. iii.- Disponer la nulidad absoluta del acto de investigación consistente en la lectura del Celular del investigado Mad Enrique Vigilio Mallma, debiendo dejarse sin efecto legal para el presente proceso el contenido de la misma, y dejando a salvo el derecho de las partes que la misma sea realizada nuevamente con las garantías que establece la Constitución, Código Procesal Penal y demás de la materia.

1.3.- En la misma fecha la defensa del investigado, impugna la decisión, solo en el extremo que se declara improcedente la tutela respecto del el Acta de Reconocimiento Físico de Personas realizado por el agraviado Florencio Pacheco García, fundamentando su recurso con fecha 04.11.2020, concediéndole la juez de instancia el recurso de apelación y elevándola a esta superior Sala mediante resolución N° 03, la misma que emite la resolución N° 01 que corre traslado del recurso a los sujetos procesales y con resolución N° 02 programa fecha de audiencia para el 21 del presente mes y año.

II.- DE LOS FUNDAMENTOS DE PRIMERA INSTANCIA:

2.1.- Conforme al análisis de la resolución recurrida, se aprecia que la Juez, ha fundado la resolución básicamente en que *... "no es posible a través de la tutela de derechos aceptar lo alegado por la defensa, pues no se advierte ninguna afectación a los derechos contenidos en los incisos 1 a 3 del artículo 71 antes citado, y si bien la defensa sostiene que vulneran derechos fundamentales de su patrocinado, el cuestionamiento de los mismos tiene vía propia para la denuncia o control respectivo que lo ha podido realizar, por lo que lo alegado no resulta atendible"*

III.- ARGUMENTOS DEL IMPUGNANTE

En su escrito de apelación como en audiencia la defensa técnica del impugnante, solicito como pretensión que se declare procedente la tutela de derechos en merito a lo siguiente:

i.- Inobservancia del debido proceso y el Derecho de Defensa eficaz.; el juez incurre en error en el numeral 3.1.4 al mencionar que *"la posible afectación de un derecho fundamental o afectación al derecho de defensa del imputado Merjildo Titto la misma en esta diligencia no se ha producido, por cuanto estuvo presente su abogado Vilca Jara y avaló la forma y circunstancias en que se desarrolló la*

diligencia”. el hecho que esté presente un abogado defensor no significa que garantice una defensa eficaz

ii.- Inobservancia de la norma procesal, específicamente el artículo 189° del C.P.P y el Protocolo de Actuación Interinstitucional de Reconocimiento de Personas – MINJUS- 2018. Así mismo contraviene a la diligencia que se haya realizado el reconocimiento con las mismas personas que se pusieron a la vista del agraviado cuando reconoce a la persona de Mad Enrique Vigilio Mallama, a quien conoce desde hace tres meses. El acta de reconocimiento físico de personas de fecha 19.10.2020 tiene un evidente vicio de nulidad en cuanto coincide tanto la fecha como la hora de inicio y fin de la diligencia (21:00 hasta las 21:40 horas) de reconocimiento que recae sobre el suscrito y la persona de Enrique Vigilio Mallama, hasta tiene los mismos errores al precisar la fecha de los hechos. Es decir, el acta de reconocimiento de personas contra el suscrito habría sido “copiado” y “pegado” del acta de reconocimiento de personas de Enrique Virgilio Mallma.

iii.- Falta de motivación de resoluciones judiciales y la procedencia de los agravios invocados vía tutela de derechos. el ad quo realiza una aparente motivación, la cual a decir del Tribunal Constitucional; 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.

IV.- POSICION DEL MINISTERIO PÚBLICO

La Fiscal Superior, presente en la audiencia de su propósito, solicita se confirme la resolución materia de grado; no puede calificarse a la defensa que ejerció antes, y que valido la diligencia cuestionada, ya que puede ser parte de su estrategia, pues lo que se debe verificar si estuvo asistido por una defensa técnica; sobre el contenido de las diligencia, la nulidad no puede ser interpuesta por quien participo de qué manera esas omisiones afectan el núcleo duro del derecho de defensa, en todo caso hay una etapa de filtro

V.- TEMA OBJETO DE DEBATE

Conforme a la pretensión de la recurrente, corresponde a esta Sala verificar, si la tutela de derechos solicitada por el investigado **RAFAEL MERJILDO TITTO** y declarada improcedente en el extremo de la exclusión del acta de reconocimiento

físico de persona, por el juez de instancia vulnera los derechos que ha señalado la defensa técnica de la impugnante.

VI.- NORMATIVIDAD APLICABLE

6.1.- El artículo 65 precisa, sobre la investigación, que: El Ministerio Público, en la investigación del delito destinada a ejercitar la acción penal, deberá obtener los elementos de convicción necesarios para la acreditación de los hechos delictivos, así como para identificar a los autores o partícipes en su comisión. Con la finalidad de garantizar la mayor eficacia en la lucha contra el delito, el Ministerio Público y la Policía Nacional deben cooperar y actuar de forma conjunta y coordinada, debiendo diseñar protocolos de actuación, sin perjuicio de dar cumplimiento a lo dispuesto en los artículos 69 y 333 del Código Procesal Penal; si el inciso [...]4. del art. 69 *El fiscal decide la estrategia de investigación adecuada al caso. Programa y coordina con quienes corresponda sobre el empleo de pautas, técnicas y medios indispensables para la eficacia de la misma. La Policía Nacional brinda sus recomendaciones a tal efecto. Garantiza el derecho de defensa del imputado y sus demás derechos fundamentales, así como la regularidad de las diligencias correspondientes.*

6.2.- La tutela de derechos es una institución procesal, consagrada en el Art. 71 del Código Procesal Penal, la cual encuentra amparo normativo además en la Constitución Política del Estado, en su art. 139, Declaración Universal de Derechos Humanos en su art. 11, Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos en su art. 14 y Convención Americana sobre Derechos Humanos, artículo 8 inciso 2. Por lo que la doctrina señala que cualquier irregularidad que se suscite en la investigación preparatoria en estadio de Diligencias Preliminares, deberá ser corregida por el Juez.²

6.3.- El artículo 71°4 del Código Procesal Penal como vía para hacer respetar las garantías esenciales y los derechos fundamentales, que: cuando el imputado considere 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 tutela al Juez de Investigación Preparatoria para que subsane la omisión o dicte las medidas de corrección o de

² TOMAS ALADINO GALVEZ VILLEGAS, El Código Procesal Penal, Primera Edición, Editorial Jurista Editores, Mayo 2008, Lima, Pág. 245.

protección que correspondan, siendo esto así tenemos que la tutela de derechos es una vía de respeto, subsanación y protección de derechos, los mismos que surgen de las garantías procesales reconocidos en nuestra Carta Política y los Tratados de Derechos Humanos³, partiendo de esa premisa el desarrollo de esta vía debe estar orientada a cualesquiera de sus tres funciones o mejor aún a su triple funcionalidad.

6.4.- El fundamento décimo tercero del Acuerdo Plenario Nro.04-2010/CJ-116 precisa que la tutela de derechos es *“un instrumento idóneo para salvaguardar las garantías del imputado y, a su vez, regular las posibles desigualdades entre perseguidor y perseguido. Esta institución procesal penal es por tanto uno de los principales mecanismos para realizar el control de legalidad de la función del Fiscal, quien 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 Investigación Preparatoria. Queda claro entonces que en el nuevo modelo procesal penal es fundamental la idea de control en el ejercicio del ius puniendi estatal”*.

6.5.- Por Decreto Supremo N° 010-2018-JUS, (publicado el 25.08. 2018), se aprobó un conjunto de nuevos protocolos que reemplazan a los aprobados en el año 2014 entre ellos el Protocolo de actuación interinstitucional específico de reconocimientos que señala lo siguiente: *La persona que va a efectuar el reconocimiento, previamente a realizar dicha diligencia, debe describir en sus declaraciones a la(s) persona(s) aludida(s), indicando sus rasgos físicos, edad aproximada, sexo, características personales, estatura, contextura, color de piel..... señas particulares, señales o tatuajes en el cuerpo, entre otros. Las descripciones que se efectúen también deben detallarse en el acta de reconocimiento. (...) Si en la diligencia de reconocimiento participa una persona detenida, debe participar su abogado/a defensor/a. (...) El grupo de personas seleccionadas para ser puestas a la vista junto a la persona a ser reconocida, en la medida de lo posible deben tener aspecto exterior semejante a ésta última, asignándoles números visibles y correlativos*

³ CUBAS VILLANUEVA, Víctor; El nuevo proceso penal peruano: Teoría y práctica de su implementación; Lima – Perú, Palestra Editores, 1ª Edición, 2009, p. 210/211

VIII.- ANALISIS JURIDICO Y FACTICO DE LA RECURRIDA:

7.1.- De inicio señalaremos que la finalidad esencial de la audiencia de tutela es la protección, resguardo y consiguiente efectividad de los derechos del imputado reconocidos por la Constitución Política del Estado y las leyes; es por ello, que el Juez de la Investigación Preparatoria 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 producido la vulneración de uno o varios de sus derechos reconocidos específicamente por el artículo 71º del CPP, responsabilizando al Fiscal o a la Policía del agravio. En otras palabras, su finalidad esencial consiste en que el Juez determine, desde la instancia y actuación de las partes, la vulneración al derecho o garantía constitucional prevista en la citada norma y realice un acto procesal dictando una medida de tutela correctiva, reparadora o protectora⁴.

7.2.- En ese orden de ideas de los cuestionamientos esgrimidos por la defensa técnica, se tiene que el acta de reconocimiento físico de personas realizado por el agraviado Florencio Pacheco García, (respecto del investigado Rafael Merejildo Titto), se aprecia, que se deja constancia de la participación de la representante del Ministerio Público vía WhatsApp, luego de lo cual se pregunta a la persona que va a reconocer si requiere la presencia de su abogado obteniendo respuesta negativa, para en la segunda pregunta indicarle que precise si las personas que se le pone a vista que responden a los nombres (...) son los que participaron en el robo ocurrido el 09 de febrero del 2020 a las 4.30 horas; de lo que se evidencia que al momento de efectuar el reconocimiento físico de persona se ha incumplido lo previsto por el artículo 189 del Código Procesal Penal, así como lo dispuesto en el protocolo interinstitucional específico de reconocimientos que señala expresamente que *La persona que va a efectuar el reconocimiento, previamente a realizar dicha diligencia, debe describir en sus declaraciones a la(s) persona(s) aludida(s), indicando sus rasgos físicos, edad aproximada, sexo, características personales, estatura, contextura, color de piel, señas particulares, señales o tatuajes en el cuerpo, entre otros.* Lo cual se evidencia no se ha observado en el acta de la cual se requiere su exclusión.

7.3.- De lo expuesto precedentemente, se advierten irregularidades o vicios procesales en el acta de reconocimiento físico de persona efectuada por el

⁴ Acuerdo Plenario 4-2010/CJ-116 de fecha de fecha 16 de noviembre de 2010, fundamento jurídico 11 (Audiencia de Tutela de Derechos)

agraviado Florencio Pacheco García, respecto del investigado Rafael Merejildo Titto, sin perjuicio de que tal reconocimiento fue realizado con la participación a través de WhatsApp de la representante del Ministerio Público, debiendo recalcar que no se cumplieron con las formalidades que se han resaltado precedentemente (previamente describir las características físicas del presunto autor del hecho delictivo investigado); con lo cual se vulnerarían garantías constitucionales de carácter procesal; razones por las cuales el cual debe acogerse este agravio.

7.4.- En cuanto al argumento del impugnante que en dicha diligencia de reconocimiento participo el abogado del investigado, el cual no ejerció una defensa eficaz, en ese sentido se tiene que precisar, que al estar presente el abogado designado por el investigado este como especialista sabe la estrategia que va a desarrollar durante la investigación y el proceso, de tal suerte que no se ha vulnerado el derecho de defensa; que si esta es formal o eficaz no cabe en este estadio ser calificada por este superior colegiado.

7.5.- En cuanto al argumento que existe una falta de motivación, al respecto debemos señalar que el juez ha sustentado su resolución en los argumentos que ha considerado para emitir la resolución que hoy es materia de impugnación, que si bien ese criterio no es compartido por este colegiado superior, también es cierto que el Tribunal Constitucional en reiterada jurisprudencia ha señalado que no es necesario que la motivación sea extensa.

En conclusión se debe proceder a declarar fundada la tutela de derechos en cuanto al acta de reconocimiento físico de persona efectuada por el agraviado Florencio Pacheco García, debiendo ser excluida en la presente investigación.

DECISIÓN:

Por tales fundamentos, los Magistrados integrantes de la Primera Sala Penal de Apelaciones de Juan de Lurigancho de la Corte Superior de Justicia de Lima Este,

RESUELVE:

1.- DECLARAR, fundado en parte el recurso de apelación interpuesto por la defensa del investigado Rafael Merjildo Titto.

2.- REVOCAR la resolución N° 02 de fecha 01.12.2020, emitida por el Juez del Segundo Juzgado de Investigación Preparatoria de San Juan de Lurigancho- Sede Santa Rosa, que resolvió declarando infundado el pedido de tutela de derechos solicitada por la defensa técnica del investigado Rafael Merejildo Titto, sobre el acto

de investigación consistente en el Acta de Reconocimiento Físico de Personas realizado por el agraviado Florencio Pacheco García.

3.- DECLARAR fundada la tutela de derechos solicitada por la defensa técnica del investigado Rafael Merejildo Titto, sobre el acto de investigación consistente en el Acta de Reconocimiento Físico de Personas realizado por el agraviado Florencio Pacheco García, en consecuencia exclúyase del material probatorio recabado por la Fiscalía a cargo del caso, específicamente del Acta de Reconocimiento Físico de Personas realizado por el agraviado Florencio Pacheco García (en relación al investigado Rafael Merejildo Titto).

Notifíquese conforme a Ley y lo devolvieron.

SS.

CORNEJO LOPERA

CHARAPAQUI POMA

NAKANO ALVA