



TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

EXP. N.º 9072-2006-PHC/TC

LIMA

GUIDO ENRIQUE LUCIONI
CHIRINOS Y OTRO

SENTENCIA DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

En Lima, a los 16 días del mes de noviembre de 2007, la Sala Segunda del Tribunal Constitucional integrada por los magistrados Mesía Ramírez, Vergara Gotelli y Álvarez Miranda, con el fundamento de voto del magistrado Vergara Gotelli que se adjunta, pronuncia la siguiente sentencia.

ASUNTO

Recurso de agravio constitucional interpuesto por don Luis Alejandro Vivanco Gotelli contra la resolución de la Cuarta Sala Especializada en lo Penal para Procesos con Reos Libres de la Corte Superior de Justicia de Lima, de fojas 265, su fecha 25 de agosto de 2006, que declara improcedente la demanda de autos.

ANTECEDENTES

Con fecha 26 de mayo de 2006 el recurrente interpone demanda de hábeas corpus a favor de don Guido Enrique Lucioni Chirinos y de don José Oscar Pablo Bustamante Pardo; y la dirige contra el Juez Edwin Terrones Dávila, titular del Cuadragésimo Juzgado Penal de Lima. Alega afectación de los derechos de defensa, a la obtención a una resolución judicial fundada en derecho, a la observancia del principio de legalidad procesal y a la tutela procesal efectiva, en conexión con la libertad individual.

Refiere que en el marco del proceso N° 369-02 que se le sigue a los beneficiarios por la presunta comisión del delito de estafa, el juez emplazado, no obstante que el Ministerio Público emitió dictamen opinando por no formular acusación fiscal (solicitando, por tanto, el sobreseimiento de los actuados), dispuso mediante resolución de fecha 25 de agosto de 2005 elevar en consulta el referido dictamen ante el fiscal superior, acto jurisdiccional que considera como un adelanto de opinión, lo que afecta la garantía del debido proceso y la imparcialidad que asisten al desarrollo de todo proceso. Sostiene además que en el marco del proceso N° 397-05 que se sigue contra los favorecidos ante el mismo juzgado penal por la comisión del delito de estafa, se ha emitido auto de apertura de



TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

instrucción con manifiesta vulneración del derecho a la debida motivación de las resoluciones judiciales, debido a que sólo presenta un resumen impreciso de hechos, sin establecer la relación de estos con el delito imputado, el grado de participación de los beneficiarios en la comisión de los hechos delictivos, así como los medios probatorios que indiquen la responsabilidad de los inculpados. Señala también que en la misma resolución cuestionada, el órgano jurisdiccional ha dictado medida cautelar de impedimento de salida del país, la cual carece de fundamento alguno, lo que evidencia aun más la afectación de los derechos fundamentales de los beneficiarios.

Realizada la investigación sumaria el Juez emplazado manifiesta que las resoluciones expedidas por su despacho en los Expedientes N° 369-02 y N° 397-05, han sido emitidas con sujeción al debido proceso y con respeto del derecho de defensa que asiste a todo ciudadano, dentro de las atribuciones conferidas por la ley.

El Vigésimo Quinto Juzgado Penal de Lima, con fecha 28 de junio de 2006, declara fundada en parte la demanda, por considerar que la medida cautelar dictada dentro del auto apertorio de instrucción de fecha 1 de setiembre de 2005 (expediente N° 397-05) no se encuentra debidamente motivada. En consecuencia, declara la nulidad del auto de apertura de instrucción, en el extremo referido al impedimento de salida del país, así como la nulidad de la resolución de fecha 5 de mayo de 2006, que dispone la acumulación.

La recurrida confirma el extremo del auto apertorio referente al impedimento de salida del país. Sin embargo revoca y reforma la apelada en lo referente a la resolución que dispone la acumulación de procesos, declarándola improcedente por considerar que carece de firmeza.

FUNDAMENTOS

Delimitación del petitorio

1. El demandante afirma que la resolución de fecha 25 de agosto de 2005, que dispone elevar en consulta el dictamen fiscal provincial emitido en el proceso N° 369-02, vulnera el derecho al debido proceso de los beneficiarios, por cuanto el órgano jurisdiccional mediante dicho acto emite un adelanto de opinión sobre los hechos materia de investigación, lo que lesiona al principio de imparcialidad. Señala también que el auto de apertura de instrucción de fecha 1 de setiembre de 2005 dictado en el proceso N° 397-05, vulnera el derecho a la debida motivación de las resoluciones judiciales de los beneficiarios, toda vez que no establece cuál es la conexión de los hechos investigados con los cargos imputados, ni tampoco cuáles son los medios probatorios que determinan la culpabilidad de los favorecidos, además de que la medida restrictiva de libertad no se encuentra debidamente fundamentada. Solicita, por tanto: a)



TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

que en el marco del proceso N° 369-02, se declare la nulidad de la mencionada resolución de fecha 25 de agosto de 2006, así como la remisión de todo lo actuado a la Mesa Única de partes de los juzgados penales para reos libres de Lima, a fin de derivarlo hacia un juez para que continúe con el trámite del proceso, y ; b) que dentro del proceso N° 397-05, se declare la nulidad del auto de apertura de instrucción, con la remisión del expediente a Mesa Única de partes de los juzgados penales para reos libres de Lima para su nueva distribución.

2. Es preciso señalar que respecto del extremo de la demanda que cuestiona la medida restrictiva de libertad impuesta a los inculcados, tanto el Vigésimo Quinto Juzgado Penal de Lima (mediante resolución de fojas 120) como la Cuarta Sala Especializada en lo Penal para Reos Libres de la Corte Superior de Justicia de Lima (mediante resolución de fojas 265), órganos de primera y segunda instancia, respectivamente, en el presente proceso de hábeas corpus, ya se han pronunciado favorablemente sobre dicho extremo, por lo que de conformidad con el artículo 202, inciso 2, de la Constitución, concordante con el artículo 18 del Código Procesal Constitucional, carece de objeto pronunciarse sobre dicha pretensión.

Debida motivación del auto de apertura de instrucción

3. En cuanto a la alegada falta de motivación del auto de apertura de instrucción en el proceso N° 397-05, este Tribunal ya ha señalado anteriormente que en caso que dicha resolución no permita al inculcado conocer de manera cierta los cargos que se le imputan, ésta resulta vulneratoria del derecho de defensa [Exp. N° 8125-2005-PHC/TC, General Electric]. Por tanto, no basta la plena individualización de los autores o partícipes si es que en ella no se incluye la conducta concreta que se imputa, ya que dicha exigencia deriva del derecho de defensa, elemento del debido proceso reconocido expresamente en el artículo 139° inciso 14 de la Constitución. En ese sentido, el artículo 77° del Código de Procedimientos Penales consagra como requisitos para el dictado del auto apertorio de instrucción que de los actuados aparezcan indicios suficientes o elementos de juicio reveladores de la existencia de un delito, que se haya individualizado a los inculcados y que la acción penal no haya prescrito o no concurra otra causa de extinción de la acción penal.
4. En el presente caso, mediante el auto de apertura de instrucción N° 397-05 cuestionado (tal como consta de fojas 97 a 100 de autos), se atribuye a los beneficiarios la comisión del delito de estafa, sobre la base de la elaboración de un "Memorándum Informativo", el cual pretendía mostrar la solidez financiera a los agraviados de la empresa GCI (BVI) Ltda. PANAMÁ, empresa constituida por el GRUPO CARSA INC, para que pudieran adquirir los bonos corporativos emitidos por ésta, los cuales serían canjeados por las obligaciones que habría contraído primigeniamente la empresa COLUMBUS FIRST



TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

con los agraviados, en base a un acuerdo previo, sustentando dicha operación comercial con la constitución de un fideicomiso en garantía conformado por el 30% del capital social de la empresa ORION HOLDING S.A., así como por el 30% del capital social de la empresa CORPORACIÓN ANDINA DE DISTRIBUCIÓN S.A. (ambas entidades pertenecientes al mencionado grupo empresarial CARSA), siendo este respaldo económico inexistente, dado que ambas empresas fueron declaradas posteriormente en disolución y liquidación por INDECOPI.

5. En ese sentido se advierte que el hecho delictivo que se le atribuye a Guido Enrique Lucioni Chirinos (en calidad de Presidente Ejecutivo del Grupo CARSA INC) y a José Oscar Bustamante Pardo (como apoderado de la empresa GCI), consiste en la elaboración de un "Memorándum Informativo", instrumento financiero que fue utilizado para que los acreedores tuvieran una errónea percepción de la realidad, lo que permitió que novaran sus obligaciones primigenias y que adquirieran los bonos corporativos emitidos por la empresa GCI del grupo CARSA INC., hecho que, según el auto de apertura de instrucción, configura el engaño típico del delito de estafa. De manera tal que el auto de apertura cuestionado sí determina la conexión de los hechos investigados con el delito que se les imputa.
6. Por otro lado, respecto de lo señalado en el sentido de que el auto de apertura de instrucción no especifica qué medios probatorios son los que determinan la culpabilidad de los beneficiarios, la responsabilidad penal en la comisión de los hechos materia de investigación no es un asunto que se determine *prima facie* con el auto de apertura de instrucción. Todo lo contrario, la propia configuración del proceso penal coadyuva a que la asignación de responsabilidad sea resultado de un análisis detallado y preciso, realizado por el órgano jurisdiccional, contando con la efectiva participación de las partes y en especial, del inculpado, cuya autoría sobre los hechos recién se establece con la expedición de la sentencia. Por tanto, este Colegiado considera que este extremo de la demanda debe ser desestimado.

Dictamen fiscal elevado en consulta

7. Respecto al extremo de la demanda en el que se cuestiona que en el proceso N° 369-02, una vez que se emitió el dictamen no acusatorio del fiscal provincial, el juzgado haya dispuesto elevar los autos en consulta al fiscal superior, es preciso indicar que si bien este Tribunal anteriormente ha señalado que de acuerdo con el principio acusatorio, no es impugnabile el auto de sobreseimiento emitido en conformidad con el dictamen absolutorio del Fiscal Provincial que hubiera sido elevado en consulta por el órgano jurisdiccional y con la opinión aprobatoria del Fiscal Superior (Exp. N.º 2005-2006-PHC/TC), ello no implica que todo dictamen no acusatorio tenga que comportar necesariamente el sobreseimiento de la causa.



TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

8. Este Tribunal considera que la posibilidad de elevar en consulta el referido dictamen no atenta contra el principio acusatorio, por cuanto no implica una injerencia indebida en las atribuciones del Ministerio Público como titular de la acción penal. Y es que el ordenamiento procesal ofrece diversas opciones al juzgador ante la posibilidad de que el Ministerio Público, en un primer momento, decida, en virtud de sus atribuciones, no acusar. En este sentido, el artículo 220° del Código de Procedimientos Penales establece que ante el dictamen en el cual el fiscal se pronuncia por no emitir acusación, el órgano jurisdiccional puede: **a)** disponer el archivamiento del expediente; **b)** ordenar la ampliación de la instrucción; y **c)** elevar directamente la instrucción al Fiscal Supremo.
9. Por tanto, si bien en la precitada sentencia recaída en el Expediente N.º 2005-2006-PHC/TC se determinó la afectación del debido proceso, se llegó a dicha conclusión debido a que el órgano jurisdiccional concedió el recurso de apelación a un auto que sobreescribía la causa, después de emitido el dictamen absolutorio del Fiscal Provincial con la opinión aprobatoria del Fiscal Superior; es decir, no existía intención alguna por parte del Ministerio Público (en ninguna de sus instancias), como titular de la acción penal, de acusar.
10. Del estudio de autos se advierte que si bien el dictamen emitido por la Tercera Fiscalía Provincial Penal (que consta de fojas 44 a 46) tiene contenido absolutorio, dicho pronunciamiento no es suficiente para concluir el proceso, ya que el órgano jurisdiccional se encuentra facultado legalmente a elevar en consulta lo actuado al órgano fiscal superior para un análisis detallado, a partir de la investigación realizada por la instancia inferior. En consecuencia, este Colegiado considera que no se ha vulnerado el principio acusatorio, por lo que este extremo de la demanda también debe ser desestimado.

Por estos fundamentos, el Tribunal Constitucional, con la autoridad que le confiere la Constitución Política del Perú

HA RESUELTO

Declarar **INFUNDADA** la demanda de autos.

Publíquese y notifíquese.

SS.

**MESÍA RAMÍREZ
VERGARA GOTELLI
ÁLVAREZ MIRANDA**

Lo que certifico:

Dr. Daniel Figallo Rivadeneyra
SECRETARIO RELATOR (r.)



TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

EXP. N° 9072-2006-PHC/TC

LIMA

GUIDO ENRIQUE LUCIONI CHIRINOS Y OTRO

FUNDAMENTO DE VOTO DEL MAGISTRADO VERGARA GOTELLI

Emito el presente fundamento de voto por los fundamentos siguientes:

1. Con fecha 26 de mayo de 2006 el recurrente interpone demanda de habeas corpus a favor de Don Guido Enrique Lucioni Chirinos y de don José Oscar Pablo Bustamante Pardo contra el Juez Titular del Cuadragésimo Juzgado Penal de Lima, Don Edwin terrones Davila, sosteniendo que en el marco del proceso penal N° 369-02 que se le sigue por el delito de Estafa, el Juez emplazado, no obstante que el Ministerio Público emitió dictamen opinando por no formular denuncia fiscal, dispuso mediante resolución de fecha 25 de agosto de 2005 elevar en consulta el referido dictamen ante el fiscal superior, acto jurisdiccional que considera como adelanto de opinión, lo que afecta la garantía del debido proceso y la imparcialidad que asisten al desarrollo de todo proceso. Sostiene también que en el marco del proceso N° 397-2005 que se sigue en contra de los favorecidos ante el mismo juzgado penal por la comisión del delito de estafa, se ha emitido el auto de apertura de instrucción con manifiesta vulneración del derecho a la debida motivación de las resoluciones judiciales, debido a que sólo presenta un resumen impreciso de hechos, sin establecer la relación de éstos con el delito imputado, el grado de participación de los beneficiarios en la comisión de los hechos delictivos, así como los medios probatorios que indiquen la responsabilidad de los inculpados. Señala también que en dicha resolución, el órgano jurisdiccional ha dictado medida cautelar de impedimento de salida del país, la cual carece de fundamento alguno, lo que evidencia aun mas la afectación de los derechos fundamentales de los beneficiarios. Por ultimo señala que el juez demandado ha dispuesto la acumulación de ambos procesos lo que también afecta el debido proceso
2. Debo agregar respecto a la solicitud del demandante para que se declare la nulidad del auto de apertura de instrucción que tratándose de una resolución, obviamente dictado ab initio de un proceso que debe o se espera ser "debido" - en expectativa ordinaria, normal, común o racional -, no puede medirse por la posibilidad legal del cuestionamiento directo e inmediato a través de remedios o recursos, sino a través de la contradicción o defensa que constituye el ingrediente principal de la tutela judicial efectiva. Y es que el proceso penal se instaura frente al conflicto que implica la denuncia de la concurrencia de una conducta, atribuida a una persona determinada, que contraviene una norma que previamente ha calificado de ilícito tal comportamiento en



TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

sede penal y que ha causado un doble daño que es menester castigar y reparar, daño concreto, inmediato y directo que tiene como agraviado al directamente afectado y daño abstracto, mediato e indirecto a la sociedad. El proceso se abre para ello, para solucionar dicho conflicto, constituyendo así solo el instrumento del que se sirve el Estado para decir el derecho al momento de la solución.

3. Esto me lleva a considerar que el auto de apertura de instrucción dictado por el Juez competente, previa denuncia del Fiscal adscrito a tal competencia, como su nombre lo indica, no puede ser la “resolución judicial firme” que vulnere manifiestamente la libertad individual que, precisamente, con la resolución que cuestiona el demandante en sede Constitucional, recién comienza.

Por ello también, en mi voto singular evacuado en el proceso de Habeas Corpus iniciado por demanda de Jeffrey Immelt y Otros, STC N.º 8125-2005-PHC, expresé que:

(...)

“El Código Procesal Constitucional, Ley 28237, en el Artículo 4º, segundo párrafo, prevé la revisión de una resolución judicial vía proceso de habeas corpus siempre que se cumplan 2 presupuestos: 1) que se trate de una resolución judicial firme y 2) que la vulneración a la libertad individual y a la tutela procesal efectiva sea de forma manifiesta.

Consecuentemente, para legitimar el ingreso del Tribunal Constitucional a la revisión de una resolución judicial que en este caso constituye la expresión misma de la autonomía del Juez y la independencia del Poder Judicial debe acreditarse fehacientemente el cumplimiento de dichos presupuestos, caso contrario estaremos convirtiendo a este Supremo Tribunal en una suprainstancia capaz de revisar todos los autos de apertura de instrucción evacuados por la jurisdicción ordinaria a nivel nacional.

Debemos tener en cuenta primero que tratándose del cuestionamiento al auto que abre instrucción con el argumento de una indebida o deficiente motivación, la pretensa vulneración no puede ser conocida a través del habeas corpus sino del amparo puesto que el auto de apertura, en puridad, no está vinculado directamente con la medida cautelar de naturaleza personal que se dicta al interior de dicha resolución, medida contra la que la ley procesal permite la apelación. Este mandato se emite en función a otros presupuestos procesales, señalando el Artículo 135 del Código Procesal Penal, taxativamente, los requisitos mínimos que deben concurrir para su procedencia, que no son los mismos que los exigidos para el auto que abre instrucción establecidos en el Artículo 77º del Código de Procedimientos Penales. En consecuencia considero que si se denuncia que el juez ordinario, abusando de sus facultades, abre instrucción contra determinada persona cometiendo con ello una arbitrariedad manifiesta, se estaría acusando la violación del debido proceso ya sea este formal o sustantivo, para lo que resulta vía idónea la del amparo reparador. La medida coercitiva de naturaleza personal sí incide directamente sobre la libertad; empero, contra esta medida existen medios impugnatorios previstos en la ley procesal penal que tendrían que agotarse para obtener



TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

la firmeza de la resolución en lo referente a la detención preventiva u otras limitaciones a la libertad personal.

Sin perjuicio de lo anterior creo pertinente considerar que si bien es cierto la normatividad procesal penal no ha previsto expresamente un medio impugnatorio para cuestionar el auto de apertura de instrucción, también lo es que de existir vacíos en el tratamiento por dicho ordenamiento procesal, éste se rige supletoriamente por el Código Procesal Civil, en cuanto le sea aplicable, según la previsión de la Primera Disposición Complementaria y Final del aludido Código que a la letra dice: “las disposiciones de este Código se aplican supletoriamente a los demás ordenamientos procesales, siempre que sean compatibles con su naturaleza”. Si esto es así, encontramos que en el Artículo 171° del referido complejo legal se prevé que la nulidad de un acto procesal “... puede declararse cuando el acto procesal careciera de los requisitos indispensables para la obtención de su finalidad”.

4. Por las razones expuestas considero pertinente se tenga presente lo manifestado, ya que de lo contrario esto acarrearía que cualquier acto procesal realizado por cualquier juez pueda ser cuestionado, como en el presente caso, en el que se cuestiona el auto de apertura de instrucción que es una resolución con la que recién se inicia el proceso, no significando ello la vulneración del principio de presunción de inocencia ni de ningún derecho constitucional, puesto que el proceso recién se inicia.

En consecuencia respecto a este punto la demanda debe ser desestimada, por los fundamentos expuestos.

SR.

JUAN FRANCISCO VERGARA GOTELLI

Lo que certifico:

Dr. Daniel Figallo Rivadeneyra
SECRETARIO RELATOR (r)

EXP. N° 9072-2006-PHC/TC

LIMA

GUIDO ENRIQUE LUCIONI CHIRINOS Y
OTRO

FUNDAMENTO DE VOTO DEL MAGISTRADO VERGARA GOTELLI

Emito el presente fundamento de voto por los fundamentos siguientes:

1. Con fecha 26 de mayo de 2006 el recurrente interpone demanda de habeas corpus a favor de Don Guido Enrique Lucioni Chirinos y de don José Oscar Pablo Bustamante Pardo contra el Juez Titular del Cuadragésimo Juzgado Penal de Lima, Don Edwin terrones Davila, sosteniendo que en el marco del proceso penal N° 369-02 que se le sigue por el delito de Estafa, el Juez emplazado, no obstante que el Ministerio Publico emitió dictamen opinando por no formular denuncia fiscal, dispuso mediante resolución de fecha 25 de agosto de 2005 elevar en consulta el referido dictamen ante el fiscal superior, acto jurisdiccional que considera como adelanto de opinión, lo que afecta la garantía del debido proceso y la imparcialidad que asisten al desarrollo de todo proceso. Sostiene también que en el marco del proceso N° 397-2005 que se sigue en contra de los favorecidos ante el mismo juzgado penal por la comisión del delito de estafa, se ha emitido el auto de apertura de instrucción con manifiesta vulneración del derecho a la debida motivación de las resoluciones judiciales, debido a que sólo presenta un resumen impreciso de hechos, sin establecer la relación de éstos con el delito imputado, el grado de participación de los beneficiarios en la comisión de los hechos delictivos, así como los medios probatorios que indiquen la responsabilidad de los inculpados. Señala también que en dicha resolución, el órgano jurisdiccional ha dictado medida cautelar de impedimento de salida del país, la cual carece de fundamento alguno, lo que evidencia aun mas la afectación de los derechos fundamentales de los beneficiarios. Por ultimo señala que el juez demandado ha dispuesto la acumulación de ambos procesos lo que también afecta el debido proceso
2. Debo agregar respecto a la solicitud del demandante para que se declare la nulidad del auto de apertura de instrucción que tratándose de una resolución, obviamente dictado ab initio de un proceso que debe o se espera ser "debido" - en expectativa ordinaria, normal, común o racional -, no puede medirse por la posibilidad legal del cuestionamiento directo e inmediato a través de remedios o recursos, sino a través de la contradicción o defensa que constituye el ingrediente principal de la tutela judicial efectiva. Y es que el proceso penal se instaura frente al conflicto que implica la denuncia de la concurrencia de una conducta, atribuida a una persona determinada, que contraviene una norma que previamente ha calificado de ilícito tal

comportamiento en sede penal y que ha causado un doble daño que es menester castigar y reparar, daño concreto, inmediato y directo que tiene como agraviado al directamente afectado y daño abstracto, mediato e indirecto a la sociedad. El proceso se abre para ello, para solucionar dicho conflicto, constituyendo así solo el instrumento del que se sirve el Estado para decir el derecho al momento de la solución.

3. Esto me lleva a considerar que el auto de apertura de instrucción dictado por el Juez competente, previa denuncia del Fiscal adscrito a tal competencia, como su nombre lo indica, no puede ser la “resolución judicial firme” que vulnere manifiestamente la libertad individual que, precisamente, con la resolución que cuestiona el demandante en sede Constitucional, recién comienza.

Por ello también, en mi voto singular evacuado en el proceso de Habeas Corpus iniciado por demanda de Jeffrey Immelt y Otros, STC N.º 8125-2005-PHC, expresé que:

(...)

“El Código Procesal Constitucional, Ley 28237, en el Artículo 4º, segundo párrafo, prevé la revisión de una resolución judicial vía proceso de habeas corpus siempre que se cumplan 2 presupuestos: 1) que se trate de una resolución judicial firme y 2) que la vulneración a la libertad individual y a la tutela procesal efectiva sea de forma manifiesta.

Consecuentemente, para legitimar el ingreso del Tribunal Constitucional a la revisión de una resolución judicial que en este caso constituye la expresión misma de la autonomía del Juez y la independencia del Poder Judicial debe acreditarse fehacientemente el cumplimiento de dichos presupuestos; caso contrario estaremos convirtiendo a este Supremo Tribunal en una suprainstancia capaz de revisar todos los autos de apertura de instrucción evacuados por la jurisdicción ordinaria a nivel nacional.

Debemos tener en cuenta primero que tratándose del cuestionamiento al auto que abre instrucción con el argumento de una indebida o deficiente motivación, la pretensa vulneración no puede ser conocida a través del habeas corpus sino del amparo puesto que el auto de apertura, en puridad, no está vinculado directamente con la medida cautelar de naturaleza personal que se dicta al interior de dicha resolución, medida contra la que la ley procesal permite la apelación. Este mandato se emite en función a otros presupuestos procesales, señalando el Artículo 135 del Código Procesal Penal, taxativamente, los requisitos mínimos que deben concurrir para su procedencia, que no son los mismos que los exigidos para el auto que abre instrucción establecidos en el Artículo 77º del Código de Procedimientos Penales. En consecuencia considero que si se denuncia que el juez ordinario, abusando de sus facultades, abre instrucción contra determinada persona cometiendo con ello una arbitrariedad manifiesta, se estaría acusando la violación del debido proceso ya sea este formal o sustantivo, para lo que resulta vía idónea la del amparo reparador. La medida coercitiva de naturaleza personal sí incide directamente sobre la libertad; empero, contra esta medida existen medios impugnatorios previstos en la ley procesal penal que tendrían que agotarse para obtener la

firmeza de la resolución en lo referente a la detención preventiva u otras limitaciones a la libertad personal.

Sin perjuicio de lo anterior creo pertinente considerar que si bien es cierto la normatividad procesal penal no ha previsto expresamente un medio impugnatorio para cuestionar el auto de apertura de instrucción, también lo es que de existir vacíos en el tratamiento por dicho ordenamiento procesal, éste se rige supletoriamente por el Código Procesal Civil, en cuanto le sea aplicable, según la previsión de la Primera Disposición Complementaria y Final del aludido Código que a la letra dice: “las disposiciones de este Código se aplican supletoriamente a los demás ordenamientos procesales, siempre que sean compatibles con su naturaleza”. Si esto es así, encontramos que en el Artículo 171º del referido complejo legal se prevé que la nulidad de un acto procesal “... puede declararse cuando el acto procesal careciera de los requisitos indispensables para la obtención de su finalidad”.

4. Por las razones expuestas considero pertinente se tenga presente lo manifestado, ya que de lo contrario esto acarrearía que cualquier acto procesal realizado por cualquier juez pueda ser cuestionado, como en el presente caso, en el que se cuestiona el auto de apertura de instrucción que es una resolución con la que recién se inicia el proceso, no significando ello la vulneración del principio de presunción de inocencia ni de ningún derecho constitucional, puesto que el proceso recién se inicia.

En consecuencia respecto a este punto la demanda debe ser desestimada, por los fundamentos expuestos.

SR.

JUAN FRANCISCO VERGARA GOTELLI

EPB