EXP. N.° 02731-2008-PHC/TC
CUSCO
MANUEL JESÚS GAMARRA BOZA

RESOLUCIÓN DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

Lima (Arequipa), 22 de enero de 2009

VISTO

El recurso de agravio constitucional interpuesto por don Manuel Jesús Gamarra Boza, contra la sentencia expedida por la Segunda Sala Penal de la Corte Superior de Justicia de Cusco, de fojas 534, su fecha 16 de abril de 2008, que declaró improcedente la demanda de autos; y,

ATENDIENDO A

1. Que con fecha 8 de enero de 2008 el recurrente interpone demanda de hábeas corpus y la dirige contra la Fiscal de la Fiscalía Provincial Penal de la Convención, don Diego Herrera Torres; el Juez del Juzgado Penal de la Convención, don Carlos Fernández Echea y don Godofredo Gordillo Ramos, el Fiscal José Bejar Quispe, los Vocales Superiores señores Abril Dueñas Niño de Guzmán, Vicente Amador Pinedo Coa e Ignacio Ortega Mateo, los Vocales integrantes de la Sala Mixta Itinerante de la Corte Superior de Justicia de Cusco, señores Dafne Barra Pineda, Miriam Pinares Silva y Jorge Aguinaga Moreno, y contra los Procuradores Públicos del Ministerio Público y del Poder Judicial, a fin de que se declare la nulidad de la denuncia fiscal de fecha 27 de febrero de 2004, así como la nulidad de todo lo actuado en el proceso penal que se le sigue por el delito cobro indebido y otros (Exp. N.° 164-2006), alegando la vulneración de su derecho constitucional a la tutela procesal efectiva, a la defensa, al trabajo, así como al principio de legalidad procesal penal conexos con la libertad individual.

   Refiere que la denuncia fiscal contiene hechos genéricos y totalmente falsos, además que no distingue la supuesta participación de cada uno de los denunciados; no obstante ello, refiere que se le ha aperturado instrucción por los delitos de cobro indebido, colusión y peculado, así como se ha expedido el auto ampliatorio de instrucción por los delitos de concusión y malversación de fondos, los cuáles son una copia repetitiva de la denuncia fiscal y de su ampliación, pues contienen un relato genérico de hechos sin connotaciones ilícitas, además que no se ha tenido en cuenta que tales figuras no se han producido ni consumado, así pues, respecto del delito de peculado señala que tiene dos comportamientos típicos, apropiar o utilizar, los cuáles deben contener ciertos elementos descriptivos para su configuración, y que él en su condición de alcalde no se ha apropiado o utilizado los caudales en beneficio propio. Asimismo, señala que no se ha tenido en cuenta que se produjo un estado de emergencia con ocasión del fenómeno del niño, lo que obligó al jefe de

abastecimiento a contratar con su esposa para utilizar su vehículo a fin de que no se suspenda el suministro del vaso de leche. Y en todo caso, señala que la conducta atribuida nada tiene que ver con las imaginarias apropiaciones o disposiciones de dinero, o los cobros indebidos, la colusión o los delitos contra la administración pública, sino más bien con la figura penal de negociación incompatible, previsto por el artículo 399° del Código Penal. En efecto, refiere, que esta figura jurídica debió constituir la verdadera causa para iniciar la instrucción penal. Señala también que se ha emitido acusación fiscal por los delitos de cobro indebido, colusión y peculado, sin especificar si era doloso, doloso agravado, culposo o peculado de uso, esto es, sin precisar en cuál de las modalidades morfológicas se encuentra adecuada la descripción de su supuesta conducta ilícita. Finalmente, señala que el Tribunal penal pudo rectificar ese hecho tipificándolo como negociación incompatible o peculado culposo, sin embargo, vulnerando el derecho a la defensa, inició el juicio oral por los delitos peculado doloso y peculado agravado, lo cual, además ha dado lugar a que la Sala Mixta Itinerante de la Corte Superior de Justicia de Cusco, sin tener en cuenta que la pena no puede sobrepasar la responsabilidad del hecho, le ha impuesto una pena injusta derivada de una errada tipificación, encontrándose el proceso para dictamen en la Segunda Fiscalía Suprema en lo Penal.

2. Que la Constitución establece expresamente en el artículo 200°, *inciso* 1, que a través del hábeas corpus se protege tanto la libertad individual como los derechos conexos a ella, no obstante no cualquier reclamo que alegue afectación del derecho a la libertad individual o derechos conexos, puede reputarse efectivamente como tal y merecer tutela, pues para ello es necesario analizar previamente si tales actos denunciados vulneran el contenido constitucionalmente protegido del derecho a la libertad personal.

   Tal es la previsión contenida en el artículo 5° del Código Procesal Constitucional establece que "*No proceden los procesos constitucionales cuando: 1. Los hechos y el petitorio de la demanda no están referidos en forma directa al contenido constitucionalmente protegido del derecho invocado (...)*".

   De ello se infiere que la admisión a trámite de una demanda de hábeas corpus sólo procede cuando los hechos denunciados se encuentren directamente relacionados con el agravio al derecho de la libertad individual.

   De otro lado el Código Procesal Constitucional en el artículo 4°, segundo párrafo, prevé la revisión de una resolución judicial vía proceso de hábeas corpus siempre que se cumpla con ciertos presupuestos vinculados a la libertad de la persona humana. Así taxativamente precisa: "El hábeas corpus procede cuando una resolución judicial firme vulnera en forma manifiesta la libertad individual y la tutela procesal efectiva".

   De ello se infiere que la admisión a trámite de una demanda de hábeas corpus que cuestiona una resolución judicial sólo procede cuando:
   a) Exista resolución judicial firme.

b) Exista vulneración MANIFIESTA.
c) Y que dicha vulneración agravie la libertad individual y la tutela procesal efectiva.

Por tanto, el hábeas corpus es **improcedente** (rechazo liminar) cuando:

Los hechos denunciados no se encuentren directamente relacionados con el agravio al derecho de la libertad individual.

Del mismo modo, el hábeas corpus contra una resolución judicial es **improcedente** (rechazo liminar) cuando:

a) La resolución judicial no es firme,
b) La resolución judicial no vulnera en forma manifiesta el derecho a la libertad individual, o si
c) No se agravia la tutela procesal efectiva.

Por otra parte el artículo 2° exige para la amenaza en hábeas corpus (libertad individual) la evidencia de ser cierta y de inminente realización, es decir que en cualquier momento pueda convertirse en una violación real.

3. Que de los hechos de la demanda se aprecia que lo que en realidad se pretende mediante el presente hábeas corpus es que en sede constitucional se declare: **i**) la nulidad de la denuncia fiscal, **ii**) la nulidad del auto de apertura de instrucción, **iii**) la nulidad de la acusación fiscal, y **iv**) la nulidad de la sentencia condenatoria, alegándose con tal propósito la supuesta afectación a los derechos a la tutela procesal efectiva, de defensa, al trabajo y al principio de legalidad procesal penal en conexidad con el derecho a la libertad individual.

4. Que en ese orden de cosas, de acuerdo a la Constitución, el Ministerio Público es un órgano autónomo, cuya función principal es promover la realización de la función jurisdiccional con arreglo al principio de legalidad, en defensa de los intereses públicos tutelados por el derecho. Bajo tal perspectiva se entiende que el Fiscal no decide sino que más bien pide que el órgano jurisdiccional juzgue, vale decir, que realiza su función, persiguiendo el delito con denuncias y acusaciones, pero no juzga ni decide, toda vez que la administración de justicia es atribución del Poder Judicial.

5. Que siendo así cabe recordar que este Colegiado en reiterada jurisprudencia ha precisado que si bien la actividad del Ministerio Público en la investigación preliminar, al *formalizar la denuncia* o al emitir la *acusación fiscal*, se encuentra vinculada al principio de interdicción de la arbitrariedad y al debido proceso, también lo es que dicho órgano no tiene facultades para coartar la libertad individual toda vez que sus actuaciones son postulatorias y en ningún caso decisorias sobre lo que la judicatura resuelva. Por consiguiente, en lo que respecta al cuestionamiento constitucional de las actividades del Ministerio Público la demanda debe ser

declarada improcedente por falta de conexidad con la libertad personal en aplicación del inciso 1) del artículo 5º del Código Procesal Constitucional.

6. Que de otro lado en cuanto a la pretendida nulidad de la sentencia condenatoria de fecha 5 de setiembre de 2007, no se advierte de los autos que aquella cumplan con el requisito de firmeza exigido en los procesos de la libertad, esto es, que se hayan agotado los recursos que otorga la ley para impugnar la resolución judicial que agravaría el derecho reclamado [Cfr. STC 4107-2004-HC/TC, caso *Leonel Richie Villar de la Cruz*]. En efecto, se aprecia que a fojas 225 obran las constancias que dan cuenta que contra ésta resolución se interpuesto recurso de nulidad y se encuentra pendiente de pronunciamiento judicial. Por consiguiente, este extremo de la demanda resulta improcedente en aplicación del mencionado artículo 4° del Código Procesal Constitucional.

7. Que finalmente respecto a la pretensa nulidad del auto de apertura de instrucción en Sede Constitucional debo manifestar ciertas precisiones:

   El auto de apertura de instrucción dictado por Juez competente *no* puede constituir una resolución judicial firme que "vulnere manifiestamente la libertad individual" toda vez que dicho pronunciamiento judicial no incide de manera negativa y directa sobre éste derecho fundamental al constituirse como autónomo de la resolución (contenida en el mismo) que decreta la medida cautelar de carácter personal. Ambos institutos jurídicos (el auto que abre la instrucción y la resolución que impone el mandato de detención) son disímiles en su naturaleza, en los bienes jurídicos que pretenden asegurar, en sus efectos jurídicos, en la finalidad procesal que persiguen y en los presupuestos legales que los sustentan, contexto jurídico por el que no puede concebirse a la medida cautelar de la libertad dictada de manera autónoma como un presupuesto de procedibilidad para el análisis del auto de apertura de instrucción mediante el hábeas corpus, máxime si el mandato de detención tiene prevista su vía legal recursiva para su eventual cuestionamiento.

   Asimismo, tampoco puede permitirse que los actores de la justicia ordinaria pretendan el análisis de cualquier resolución judicial que no resulte conveniente a sus intereses aduciendo un supuesto agravio a la libertad individual y pretextando que como en el proceso penal que se le sigue se ha dictado una medida restrictiva de la libertad en su contra procede su análisis en este excepcional proceso de tutela de urgencia del derecho de la libertad personal, despropósito jurídico que agravia los derechos de la libertad de los demás justiciables que legítimamente recurren a este proceso libertario con auténticas demandas de la libertad, actitud que ocasiona un grave daño al orden objetivo constitucional, en tanto persisten demandas manifiestamente improcedentes, en tanto constituye obstáculo a la labor de los órganos encargados de administrar justicia por mandato constitucional.

8. Que por lo expuesto, no encontrando que los hechos y el petitorio estén referidos al contenido constitucionalmente protegido de acuerdo al inciso 1) artículo 5º del Código Procesal Constitucional la demanda debe ser desestimada.

Por estas consideraciones, el Tribunal Constitucional, con la autoridad que le confiere la Constitución Política del Perú, y con el fundamento de voto del magistrado Álvarez Miranda, que se agrega, así como del magistrado Eto Cruz

RESUELVE

Declarar **IMPROCEDENTE** la demanda de hábeas corpus de autos.

Publíquese y notifíquese.

SS.

VERGARA GOTELLI
ETO CRUZ
ÁLVAREZ MIRANDA

Lo que certifico:

Dr. ERNESTO FIGUEROA BERNARDINI
SECRETARIO RELATOR

EXP. N.º 2731-2008-PHC/TC
CUSCO
MANUEL JESÚS GAMARRA BOZA

FUNDAMENTO DE VOTO DEL MAGISTRADO ERNESTO ÁLVAREZ MIRANDA

1. Con el debido respeto por la opinión de los demás magistrados integrantes de Sala, suscribo la presente resolución porque estoy de acuerdo con el sentido de la decisión, esto es, en el sentido de declarar la improcedencia de la demanda, aunque por las consideraciones que expongo a continuación, razón por la que emito el presente fundamento de voto para dejar constancia de ello y, por tanto, a salvo mi opinión.

2. Con fecha 8 de enero de 2008, el recurrente interpone demanda de hábeas corpus, y la dirige contra la fiscal de la Fiscalía Provincial Penal de la Convención, don Diego Herrera Torres; el juez del Juzgado Penal de la Convención, don Carlos Fernández Echea y don Godofredo Gordillo Ramos; el fiscal José Bejar Quispe; los Vocales Superiores, señores Abril Dueñas Niño de Guzmán, Vicente Amador Pinedo Coa e Ignacio Ortega Mateo; los Vocales integrantes de la Sala Mixta Itinerante de la Corte Superior de Justicia de Cusco, señores Dafne Barra Pineda, Miriam Pinares Silva y Jorge Aguinaga Moreno; y, contra los Procuradores Públicos del Ministerio Público y del Poder Judicial, a fin de que se declare la nulidad de la denuncia fiscal de fecha 27 de febrero de 2004, así como la nulidad de todo lo actuado en el proceso penal que se le sigue por el delito cobro indebido y otros (Exp. N.º 164-2006), alegando la vulneración de su derecho constitucional a la tutela procesal efectiva, a la defensa, al trabajo, así como al principio de legalidad procesal penal conexos con la libertad individual.

3. Aduce el actor que la denuncia fiscal contiene hechos genéricos y totalmente falsos, además que no distingue la supuesta participación de cada uno de los denunciados; no obstante ello, refiere que se le ha aperturado instrucción por los delitos de cobro indebido, colusión y peculado, así como se ha expedido el auto ampliatorio de instrucción por los delitos de concusión y malversación de fondos, los cuáles son una copia repetitiva de la denuncia fiscal y de su ampliación, pues contienen un relato genérico de hechos sin connotaciones ilícitas, además que no se ha tenido en cuenta que tales figuras no se han producido ni consumado, así pues, respecto del delito de peculado señala que tiene dos comportamientos típicos, apropiar o utilizar, los cuáles deben contener ciertos elementos descriptivos para su configuración, y que él en su condición de alcalde no se ha apropiado o utilizado los caudales en beneficio propio. Asimismo, sostiene que no se ha tenido en cuenta que se produjo un estado de emergencia con ocasión del fenómeno del niño, lo que obligó al jefe de abastecimiento a contratar con su esposa para utilizar su vehículo a fin de que no se

suspenda el suministro del vaso de leche. En todo caso, señala que la conducta atribuida nada tiene que ver con las imaginarias apropiaciones o disposiciones de dinero, o los cobros indebidos, la colusión o los delitos contra la administración pública, sino más bien con la figura penal de negociación incompatible, previsto por el artículo 399° del Código Penal, expresando que dicha figura jurídica debió constituir la verdadera causa para iniciar la instrucción penal.

4. Manifiesta también el recurrente que se ha emitido acusación fiscal por los delitos de cobro indebido, colusión y peculado, sin especificar si era doloso, doloso agravado, culposo o peculado de uso, esto es, sin precisar en cuál de las modalidades morfológicas se encuentra adecuada la descripción de su supuesta conducta ilícita. Finalmente, señala que el Tribunal penal pudo rectificar ese hecho tipificándolo como negociación incompatible o peculado culposo; sin embargo, vulnerando el derecho a la defensa, inició el juicio oral por los delitos peculado doloso y peculado agravado, lo cual, además ha dado lugar a que la Sala Mixta Itinerante de la Corte Superior de Justicia de Cusco, sin tener en cuenta que la pena no puede sobrepasar la responsabilidad del hecho le ha impuesto una pena injusta derivada de una errada tipificación, encontrándose el proceso para dictamen en la Segunda Fiscalía Suprema en lo Penal.

5. La Constitución establece expresamente en el artículo 200°, inciso 1, que a través del hábeas corpus se protege tanto la libertad individual como los derechos conexos a ella; no obstante, no cualquier reclamo que alegue afectación del derecho a la libertad individual o derechos conexos, puede reputarse efectivamente como tal y merecer tutela, pues para ello es necesario analizar previamente si tales actos denunciados vulneran el contenido constitucionalmente protegido del derecho tutelado por el hábeas corpus.

6. Del análisis de lo expuesto en la demanda, así como de la instrumental que corre en autos se advierte que lo que en puridad pretende el recurrente es que este Tribunal declare: **i**) la nulidad de la denuncia fiscal, **ii**) la nulidad del auto apertorio de instrucción, **iii**) la nulidad de la acusación fiscal, y **iv**) la nulidad de la sentencia condenatoria, actuaciones que, a su criterio, afectan su derecho a la tutela procesal efectiva, a la defensa, al trabajo, así como al principio de legalidad procesal penal conexos con la libertad individual.

7. En ese orden de cosas, cabe recordar que este Tribunal en reiterada jurisprudencia ha precisado que si bien la actividad del Ministerio Público en la investigación preliminar, al formalizar la denuncia o al emitir la acusación fiscal se encuentra vinculada al principio de interdicción de la arbitrariedad y al debido proceso, también lo es, que dicho órgano autónomo no tiene facultades coercitivas para restringir o limitar la libertad individual. Las actuaciones del Ministerio Público son postulatorias y en ningún caso decisorias sobre lo que la judicatura resuelva, por lo que en estos extremos la demanda debe ser declarada improcedente, en aplicación

del artículo 5°, inciso 1, del Código Procesal Constitucional.

8. En cuanto a los argumentos dirigidos a cuestionar el auto apertorio de instrucción (fojas 25), alegando una supuesta irresponsabilidad penal, así como denunciando supuesta indebida subsunción de la conducta en un determinado tipo penal, pues, señala el recurrente que no se ha tenido en cuenta que se produjo un estado de emergencia con ocasión del fenómeno del niño, lo que obligó al jefe de abastecimiento a contratar con su esposa para utilizar su vehículo a fin de no suspender el suministro del vaso de leche, y que en su condición de alcalde no se ha apropiado o utilizado los caudales en beneficio propio. Asimismo, que debió aperturarse proceso penal por el delito de negociación incompatible o peculado culposo y no por el delito de cobro indebido, colusión, peculado y malversación de fondos.

9. Ante ello, cabe recordar que este Colegiado también ha establecido que no es función del juez constitucional, proceder a la subsunción de la conducta en un determinado tipo penal, determinar la inocencia o responsabilidad penal del imputado, así como al reexamen o revaloración de los medios probatorios incorporados en el proceso penal, pues, ello es tarea exclusiva del juez ordinario, que escapa a la competencia del juez constitucional, por tanto, lo pretendido resulta manifiestamente incompatible con la naturaleza del proceso constitucional de hábeas corpus, por lo que en este extremo, la demanda también debe ser declarada improcedente, en aplicación del artículo 5°, inciso 1, del Código Procesal Constitucional.

10. De otro lado, el Código Procesal Constitucional establece en su artículo 4° que el proceso constitucional de hábeas corpus procede cuando una resolución judicial firme vulnera en forma manifiesta la libertad personal y la tutela procesal efectiva; por lo tanto, no procede cuando dentro del proceso penal que dio origen a la resolución que se cuestiona, no se han agotado los recursos que otorga la ley para impugnarla o que habiéndola apelado, esté pendiente de pronunciamiento judicial.

11. De las instrumentales que obran en autos, si bien a fojas 32 obra la sentencia condenatoria de fecha 5 de setiembre de 2007, recaída en el Exp. N.° 164-2006, que impone al recurrente tres (3) años de pena privativa de la libertad suspendida por el delito de peculado doloso; también lo es, que a fojas 225, obran las constancias que dan cuenta que la referida sentencia ha sido impugnada mediante recurso de nulidad; de lo que se colige que la resolución cuestionada no ha obtenido pronunciamiento judicial en segunda instancia. Por consiguiente, dado que la citada resolución carece del requisito de firmeza, su impugnación en sede constitucional resulta improcedente, siendo de aplicación el artículo 4°, segundo párrafo, del Código Procesal Constitucional.

12. En consecuencia, es por estas consideraciones que, a mi juicio, debe declararse la **IMPROCEDENCIA** de la demanda.

SS.

ÁLVAREZ MIRANDA

Lo que certifico:

Dr. ERNESTO FIGUEROA BERNARDINI
SECRETARIO RELATOR

EXP. Nº. 02731-2008-PHC/TC
CUSCO
MANUEL JESÚS GAMARRA BOZA

FUNDAMENTO DE VOTO DEL MAGISTRADO ETO CRUZ

Estando conforme con el fallo emitido en la presente resolución, esto es declarar improcedente la demanda de autos; sin embargo no estoy de acuerdo con algunos de los argumentos vertidos en dicha sentencia, por lo que en las líneas venideras fundamentaré mi posición respecto del tema.

1.- Es doctrina jurisprudencial de éste Colegiado Constitucional el considerar que el *auto apertorio de instrucción*, es una resolución que no puede ser objeto de cuestionamiento, más que en el extremo que impone la medida coercitiva de carácter personal, por ello es que se admite la interposición de procesos constitucionales contra este tipo de resoluciones. Y es que dicha facultad ha sido también reconocida por el propio artículo 4º del Código Procesal Constitucional el cual en su segundo párrafo ha señalado que: "... *El hábeas corpus procede cuando una resolución judicial firme vulnera en forma manifiesta la libertad individual y la tutela procesal efectiva*...".

2.- Analizando el caso se puede advertir que el demandante ha sido condenado a 3 años de pena privativa de libertad suspendida en su ejecución, sentencia que, conforme obra en autos, fue recurrida ante la Corte Suprema de Justicia vía recurso de nulidad.

3.- Que así las cosas podemos afirmar que el requisito de firmeza que exige el segundo párrafo del artículo 4º del Código Procesal Constitucional, no se ha cumplido por lo que deviene en inexorable que la demanda sea declarada improcedente

Por estas consideraciones y en aplicación de lo previsto en el artículo 4 del Código Procesal Constitucional la demanda debe ser declarada improcedente.

SS.

ETO CRUZ.

Lo que certifico:

Dr. ERNESTO FIGUEROA BERNARDINI
SECRETARIO RELATOR