



TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

EXP. N.º 05090-2008-PHC/TC

LIMA

MANUEL ÁNGEL MARTÍN DEL
POMAR SAETTONNE

RAZÓN DE RELATORÍA

La sentencia recaída en el Expediente N° 05090-2008-PHC/TC es aquella conformada por los votos de los magistrados Vergara Gotelli, Calle Hayen y Álvarez Miranda, que declaran **FUNDADA** la demanda. Se deja constancia que, pese a disentir en sus fundamentos, los votos de los magistrados concuerdan en el sentido del Fallo y alcanzan el quórum suficiente para formar sentencia, como lo prevé el artículo 5°, párrafo cuarto de la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional.

SENTENCIA DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

En Lima, a los 18 días del mes de junio de 2009, la Sala Segunda del Tribunal Constitucional, integrada por los magistrados Vergara Gotelli, Landa Arroyo y Álvarez Miranda, pronuncia la siguiente sentencia, con el voto en discordia del magistrado Landa Arroyo, que se agrega, y el voto dirimente del magistrado Calle Hayen, que también se acompaña.

ASUNTO

Recurso de agravio constitucional interpuesto por don Manuel Ángel Martín Del Pomar Saettonne contra la resolución de la Tercera Sala Especializada en lo Penal para Procesos con Reos en Cárcel de la Corte Superior de Justicia de Lima, de fojas 200, su fecha 13 de junio de 2008, que declara improcedente la demanda de autos.

ANTECEDENTES

Con fecha 28 de enero de 2008 el recurrente interpone demanda de hábeas corpus contra la Fiscal de la Cuadragésima Segunda Fiscalía Provincial Penal de Lima, doña Galinka Soledad Meza Salas, por violación del derecho al debido proceso conexas con la libertad individual, al haber formalizado la denuncia N° 557-2006-42 FPPL, de fecha 12 de febrero de 2008, no obstante que con anterioridad y por los mismos hechos que fueron materia de esta denuncia fiscal, había sido objeto de otras cuatro denuncias que fueron presentadas ante igual número de fiscalías (Denuncias N° 218-06 ante 4° FPPL, N° 192 ante la 16° FPPL y N° 69-06 ante la 36 FPPL).

Alega el actor que las cuatro denuncias antes mencionadas, por tratarse de los mismos hechos en opinión de los respectivos fiscales, fueron acumuladas ante la Trigésima Sexta Fiscalía Provincial Penal de Lima, cuyo titular resolvió, con fecha 6 de marzo de 2007, no ha lugar a formalizar denuncia penal archivando definitivamente los



TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

actuados, y si bien esta decisión de archivamiento fue objeto de queja, la Octava Fiscalía Superior, con fecha 27 de agosto de 2007, rechazó la queja confirmando el archivamiento definitivo. Acota el demandante que, con fecha 3 de agosto de 2007, la fiscal emplazada dispuso remitir su denuncia (N° 557-2006) a la Trigésima Sexta Fiscalía Provincial Penal de Lima para su acumulación por considerar que se trataba de los mismos hechos investigados por las otras cuatro fiscalías, acumulación que no se produjo por cuanto los actuados de este incidente se hallaban en la Octava Fiscalía Superior Penal de Lima para efectos de resolver la queja antes mencionada, por lo que su denuncia le fue devuelta, decidiendo por último la fiscal emplazada formalizar irrazonablemente la denuncia penal, puesto que por los antecedentes antes descritos nada hacía suponer la formalización de esta denuncia.

Realizada la investigación sumaria, el accionante rinde su declaración ante el Juez investigador, ratificando los términos de su demanda, agregando que luego de más de un año de investigación policial ordenada por la propia fiscal demandada, en la que no se halló indicios de la comisión del delito que se le imputaba, arbitrariamente ésta decidió formalizar denuncia penal en su contra. Por su parte, la fiscal penal emplazada rinde su declaración explicativa y afirma que los hechos que conoció su Despacho y por los que formalizó denuncia penal contra el accionante eran diversos a los que fueron materia de archivamiento, habiendo actuado con estricta sujeción a la Constitución y a su ley orgánica.

Con fecha 31 de marzo de 2008, el Cuarto Juzgado Penal para Procesos Ordinarios con Reos en Cárcel de Lima, declaró improcedente la demanda de hábeas corpus por estimar que si bien los hechos que han sido materia de denuncia por la fiscal emplazada guardan relación con los que fueron materia de análisis por la Trigésima Sexta Fiscalía Provincial Penal de Lima, desde que el demandante es uno de los denunciados, no se puede afirmar que se trate de los mismos hechos, por lo que la fiscal penal demandada ha procedido conforme a sus atribuciones.

La Sala Superior competente confirmó la apelada, por los mismos fundamentos.

Por los fundamentos que a continuación se exponen, el Tribunal Constitucional, con la autoridad que le confiere la Constitución Política del Perú

HA RESUELTO

Declarar **FUNDADA** la demanda.

SS.

VERGARA GOTELLI
CALLE HAYEN
ÁLVAREZ MIRANDA

Lo que certifico:

Dr. ERNESTO FIGUEROA BERNARDINI
SECRETARIO RELATOR



TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

EXP. N.º 05090-2008-PHC/TC
LIMA
MANUEL ÁNGEL MARTÍN DEL POMAR
SAETTONNE

VOTO DIRIMENTE DEL MAGISTRADO CALLE HAYEN

Emito el presente voto dirimente, con el respeto debido a lo sostenido por mis colegas magistrados, por los siguientes fundamentos:

1. La presente demanda de hábeas corpus ha sido interpuesta contra la denuncia fiscal formalizada por la Titular de la Cuadragésima Segunda Fiscalía Provincial Penal de Lima, doña Galinka Soledad Meza Salas (Nº 557-2006-42 FPPL), con fecha 12 de febrero de 2008, por la supuesta comisión de delitos contra la administración pública atribuidos al demandante, no obstante que -aduce el actor- estos mismos habían sido materia de otras cuatro denuncias fiscales (Denuncias Nº 218-06 ante la 4º FPPL, Nº 192 ante la 16º FPPL y Nº 69-06 ante la 36º FPPL), que fueron acumuladas ante la Trigésima Sexta Fiscalía Provincial Penal de Lima, instancia que con fecha 6 de marzo de 2007, declaró no ha lugar a formalizar denuncia penal archivando definitivamente los actuados, decisión que fue confirmada por la Octava Fiscalía Superior, con fecha 27 de agosto de 2007. Alega el recurrente que tal situación vulneraría sus derechos constitucionales al debido proceso y a la libertad personal.
2. En primer término, considero necesario precisar que dado que la reclamación constitucional está referida a un acto inconstitucional generado por la actividad del Ministerio Público, tal cuestionamiento carece de conexidad con la libertad personal, por lo que la demanda *ab initio* se debió tramitar como una de amparo; no obstante, en virtud de los principios de celeridad y economía procesal, y a fin de evitar dilaciones innecesarias que conllevarían a que el accionante tramite nuevamente su demanda por la vía judicial, resulta pertinente emitir pronunciamiento sobre el fondo del asunto, habida cuenta que los presupuestos procesales establecidos para la tramitación de los procesos constitucionales permanecen inalterables.
3. La cuestionada denuncia fiscal es objeto de la presente reclamación constitucional, porque se fundamenta en hechos sobre los que con anterioridad el Ministerio Público no halló mérito para formular denuncia penal habiendo dispuesto, en doble grado fiscal, su archivamiento definitivo. Planteado así el caso, tal situación comprometería la observancia del principio *ne bis in idem*, garantía que forma parte del derecho al debido proceso (previsto en el artículo 139, inciso 3, de la Constitución).



TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

4. En este contexto, entonces, se aprecia que la controversia gira en torno a la legitimidad misma de la denuncia fiscal interpuesta contra el demandante por implicar ésta una doble persecución penal que vulnera la garantía fundamental del *ne bis in ídem*. Debe precisarse que el Tribunal Constitucional, en casos precedentes y mediante el proceso constitucional de hábeas corpus, ha configurado los contornos de esta garantía fundamental desde la perspectiva del *test de triple identidad*, que ahora considero pertinente aplicar al caso:
 - a) En cuanto al primer elemento de la ***identidad de la persona perseguida penalmente (identidad subjetiva)***, en varios procesos, se aprecia que se trata del mismo imputado (Manuel Ángel Martín Del Pomar Saettonne). Esto es, que el demandante, en su calidad de ex Alcalde Municipal del Distrito de Barranco, aparece comprendido en diversas denuncias fiscales, las mismas que fueron objeto de acumulación y ulteriormente archivadas en forma definitiva por el Ministerio Público, pero, no obstante, esta clausura de la persecución penal resultó finalmente denunciado por la demandada Cuadragésima Segunda Fiscalía Penal de Lima.
 - b) El elemento denominado ***identidad del objeto de persecución (identidad objetiva)***, consiste en que la segunda persecución penal debe referirse "al mismo hecho" que el perseguido en el primer proceso (o actividad investigatoria fiscal), es decir, se debe tratar de la misma conducta material, sin que se tenga en cuenta para ello su calificación legal.

En el presente caso, si bien la fiscal demanda aduce que no opera la aplicación del principio *ne bis ídem*, al señalar que. ***"Los hechos que mi Despacho conoció y por los que se formalizó denuncia penal son diversos a los hechos investigados por la Trigésima Sexta Fiscalía Penal"***, es decir, que no existiría identidad del objeto de persecución penal, sin embargo, cabe precisar que compulsados los hechos que fueron materia de la decisión de clausura definitiva plasmada en la resolución fiscal de fecha 6 de marzo de 2007 (36° FPPL), confirmada por la Octava Fiscalía Superior Penal -en las que se estableció la no delictuosidad de las conductas imputadas al accionante- con los actos presuntamente ilícitos que ha denunciado la Cuadragésima Segunda Fiscalía Provincial Penal de Lima, se puede afirmar que sí existe identidad fáctica, pues se trata de los mismos hechos, es decir, los hechos provienen de un mismo acontecimiento histórico.

La identidad del *factum* en el presente caso, podemos resumirla de la siguiente manera:

- i. Tanto las denuncias acumuladas que fueron objeto de archivo definitivo como la denuncia que fuera formalizada por la fiscalía penal emplazada se centran en hechos supuestamente ilícitos que se habrían cometido en diversos procesos de aprobación, adjudicación y contratación, mediante los cuales la Municipalidad Distrital de



TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

Barranco otorgó la concesión de varios proyectos a ejecutarse en las playas de su jurisdicción.

Como prueba de las imputaciones efectuadas por la Cuadragésima Segunda Fiscalía Penal de Lima contra el demandante, aparece el Informe Especial N° 158-2006-CG/ORLC titulado *"Adjudicación irregular de las concesiones Playa Las Sombrillas Complejo Turístico y Playa Barranco Complejo Turístico-Rústica Acuática". Examen Especial a la Municipalidad Distrital de Barranco. Periodo 1993- 2006. La indicada fiscalía deriva de dicho informe las siguientes imputaciones: "serias irregularidades por parte de los funcionarios que conocieron el trámite de aprobación de la concesión directa a la empresa Capital Properties SAC, titular de la iniciativa privada del proyecto denominado 'Playa Las Sombrillas complejo turístico' (...) 'serias irregularidades en la adquisición a la empresa Administradora de Franquicias Perú SAC, la concesión para la ejecución del proyecto denominado 'Playa Barranco complejo turístico-Rústica Acuática'".*

Cabe precisar que la delictuosidad de estos mismos hechos fue desestimada en la resolución de archivo definitivo (f. 28) emitida por la Octava Fiscalía Superior de Lima por considerar que "dichos actos [son] de carácter administrativo, dejando a salvo el derecho de los denunciantes de acudir a la vía respectiva a efectos de resolver dichas controversias sobre los Acuerdos de Concejo cuestionados". Esta fiscalía superior confirmó la resolución de archivamiento definitivo dictada por la Trigésimo Sexta Fiscalía Provincial Penal de Lima, respecto a hechos que fueron idénticos a los que finalmente denunció la fiscalía penal demandada, como se aprecia de los fundamentos "vigésimo" y "vigésimo primero" de la resolución de clausura (f. 23).

Distinto hubiera sido el caso, si el motivo de archivamiento fiscal de la denuncia de autos, se hubiese decidido por déficit o falta de elementos de prueba, pues ello hubiese permitido a la fiscal emplazada, al aportar nuevos elementos probatorios, reabrir la investigación preliminar, siempre que se hubiese revelado la necesidad de una investigación del hecho punible y que el delito no hubiera prescrito (Cfr. Exp. N° 2725-2008-PHC/TC, caso Roberto Boris Chauca Temoche. (fundamento 19))"

- ii. La investigación policial, que ordenó la propia fiscal cuestionada, sobre los actos supuestamente ilícitos atribuidos al demandante, descartó la responsabilidad penal del demandante en los siguientes términos: *"...atendiendo a las declaraciones e investigaciones desarrolladas a lo largo de la presente investigación no ha sido factible determinar responsabilidad penal en los denunciados por la comisión de los delitos imputados, dado que su conducta se ha ajustado a la normatividad vigente al momento del desempeño de sus funciones en los cargos públicos que*



TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

han ocupado" (f. 240). Es decir, la citada conclusión policial resulta coherente con las resoluciones de archivo definitivo dictadas por la Trigésimo Sexta Fiscalía Penal de Lima y la Octava Fiscalía Superior de Lima, que desestimó la delictuosidad de los actos atribuidos al demandante, lo que permite inferir que los hechos que fueron de conocimiento de dichas instancias persecutoras del delito, eran idénticos a los que fueron objeto de la cuestionada denuncia fiscal materia de autos.

- c) Por último, la *identidad de la causa de persecución* es un presupuesto que resulta también verificado en el presente caso, por cuanto el fundamento de los ilícitos supuestamente realizados por el denunciado está referido por igual a bienes jurídicos de la Administración Pública, como así se aprecia de los delitos (colusión, negociación incompatible, aprovechamiento indebido del cargo, omisión, rehusamiento o demora de actos funcionales) que fueron materia de las denuncias de parte, y de las resoluciones que al respecto se dictaron en sede fiscal.
5. En consecuencia, soy de la opinión que, en el presente caso, la demanda debe ser estimada, al haberse acreditado la vulneración del principio constitucional *ne bis in idem* en agravio del demandante, resultando de aplicación el artículo 2º del Código Procesal Constitucional.
6. Estimo también que no habiéndose acreditado que la fiscal emplazada actuó con dolo, no resulta aplicable el artículo 8º del Código Procesal Constitucional.

Por estas razones, mi voto es por:

1. Declarar **FUNDADA** la demanda de hábeas corpus.
2. Declarar **NULA** la resolución dictada por la Cuadragésima Segunda Fiscalía Provincial Penal de Lima, de fecha 12 de febrero de 2008, respecto del demandante Manuel Ángel Martín Del Pomar Saettonne.

Sr.

CALLE HAYEN

Lo que certifico:

Dr. ERNESTO FIGUEROA BERNARDINI
SECRETARIO RELATOR



TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

EXP. N.º 05090-2008-PHC/TC

LIMA

MANUEL ÁNGEL MARTÍN DEL
POMAR SAETTONNE

VOTO DEL MAGISTRADO ÁLVAREZ MIRANDA

Visto el recurso de agravio constitucional interpuesto por don Manuel Ángel Martín Del Pomar Saettonne contra la resolución de la Tercera Sala Especializada en lo Penal para Procesos con Reos en Cárcel de la Corte Superior de Justicia de Lima, de fojas 200, su fecha 13 de junio de 2008, que declara improcedente la demanda de autos, el magistrado firmante emite el siguiente voto:

ANTECEDENTES

Con fecha 28 de enero de 2008, el recurrente interpone demanda de hábeas corpus contra la Fiscal de la Cuadragésima Segunda Fiscalía Provincial Penal de Lima, doña Galinka Soledad Meza Salas, por violación del derecho al debido proceso conexo con la libertad individual, al haber formalizado la denuncia N° 557-2006-42 FPPL, de fecha 12 de febrero de 2008, no obstante que con anterioridad y por los mismos hechos que fueron materia de esta denuncia fiscal, el accionante había sido objeto de otras cuatro denuncias que fueron presentadas ante igual número de fiscalías (Denuncias N° 218-06 ante 4° FPPL, N° 192 ante la 16° FPPL y N° 69-06 ante la 36 FPPL).

Alega el actor que las cuatro denuncias antes mencionadas, por tratarse de los mismos hechos en opinión de los respectivos fiscales, fueron acumuladas ante la Trigésima Sexta Fiscalía Provincial Penal de Lima, cuyo titular resolvió, con fecha 6 de marzo de 2007, no ha lugar a formalizar denuncia penal archivando definitivamente los actuados, y si bien esta decisión de archivamiento fue objeto de queja, la Octava Fiscalía Superior, con fecha 27 de agosto de 2007, rechazó la queja confirmando el archivamiento definitivo. Acota el demandante que, con fecha 3 de agosto de 2007, la fiscal emplazada dispuso remitir su denuncia (N° 557-2006) a la Trigésima Sexta Fiscalía Provincial Penal de Lima para su acumulación por considerar que se trataba de los mismos hechos investigados por las otras cuatro fiscalías, acumulación que no se produjo por cuanto los actuados de este incidente se hallaban en la Octava Fiscalía Superior Penal de Lima para efectos de resolver la queja antes mencionada, por lo que su denuncia le fue devuelta, decidiendo por último la fiscal emplazada formalizar irrazonablemente la denuncia penal, puesto que por los antecedentes antes descritos nada hacía suponer la formalización de esta denuncia.

Realizada la investigación sumaria, el accionante rinde su declaración ante el Juez investigador, ratificando los términos de su demanda, agregando que luego de más de



TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

un año de investigación policial ordenada por la propia fiscal demandada, en la que no se halló indicios de la comisión del delito que se le imputaba, arbitrariamente ésta decidió formalizar denuncia penal contra su persona. Por su parte, la fiscal penal emplazada rinde su declaración explicativa y afirma que los hechos que conoció su Despacho y por los que formalizó denuncia penal contra el accionante eran diversos a los que fueron materia de archivamiento, habiendo actuado con estricta sujeción a la Constitución y a su ley orgánica.

Con fecha 31 de marzo de 2008, el Cuarto Juzgado Penal para Procesos Ordinarios con Reos en Cárcel de Lima, declaró improcedente la demanda de hábeas corpus por estimar que si bien los hechos que han sido materia de denuncia por la fiscal emplazada guardan relación con los que fueron materia de análisis por la Trigésima Sexta Fiscalía Provincial Penal de Lima, desde que el demandante es uno de los denunciados, no se puede afirmar que se trate de los mismos hechos, por lo que la fiscal penal demandada ha procedido conforme a sus atribuciones.

La Sala Superior competente confirmó la apelada, por los mismos fundamentos.

FUNDAMENTOS

1. El accionante pretende que el Tribunal Constitucional ordene la nulidad de la resolución fiscal en cuanto formalizó denuncia penal contra él y otros por la presunta comisión de delito contra la administración pública en las modalidades típicas de negociación incompatible y omisión, rehusamiento o demora de los actos funcionales, porque se fundamentan en hechos que anteriormente fueron investigados por el Ministerio Público, que no halló mérito para formular denuncia penal contra él, y consecuentemente dispuso, en doble grado fiscal, su archivamiento definitivo.
2. Tal situación a la luz de lo expuesto en la demanda comprometería la observancia del principio *ne bis in idem*, garantía que forma parte del derecho al debido proceso (previsto en el artículo 139, inciso 3 de la Constitución). No obstante, antes de determinar si se ha lesionado dicha garantía constitucional, es preciso señalar que siendo la reclamación constitucional que se cuestiona un acto inconstitucional derivado de la actividad del Ministerio Público, carece ésta de conexidad con la libertad personal, por lo que el juez debió tramitar la demanda como una de amparo. Siendo así, considero que, atendiendo a los principios de celeridad y economía procesal, y a fin de evitar dilaciones innecesarias que acarrearían un nuevo tránsito por la vía judicial, es pertinente pronunciarse sobre el real contenido de la demanda, habida cuenta que los presupuestos procesales establecidos para la tramitación de los procesos constitucionales permanecen inalterables.



TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

3. Del examen de la demanda y de los recaudos que obran en el expediente estimo que la controversia, en el presente caso, gira, fundamentalmente, en torno a la legitimidad para la formalización de la denuncia fiscal interpuesta en cuanto se dirige contra el demandante la resolución de fecha 12 de febrero de 2008, no obstante que los hechos que fundamentaron esta imputación fueron denunciados anteriormente ante otras fiscalías, y que luego de producirse una acumulación por la conexidad existente entre ellas se desestimó la incriminación al no hallarse indicios razonables de la comisión de los delitos denunciados ni la responsabilidad de los presuntos autores, entre ellos el demandante, ordenándose el archivamiento definitivo en doble instancia, por el Ministerio Público.
4. Ahora bien verificar la vulneración de la garantía fundamental del *ne bis in idem* en términos de doble persecución penal, como se infiere de autos, pasa por examinar el caso desde la perspectiva del test de triple identidad.:
 - a) En cuanto al primer elemento de la **identidad de la persona perseguida penalmente (identidad subjetiva)** en varios procesos, se aprecia que *se trata del mismo imputado*: Manuel Angel Martín Del Pomar Saettonne. Esto es, que el demandante, en su calidad de ex Alcalde Municipal del Distrito de Barranco, aparece comprendido en diversas denuncias promovidas por la Contraloría General de la República y la indicada corporación municipal, las mismas que fueron objeto de acumulación y ulteriormente archivadas en forma definitiva por el Ministerio Público, pero, no obstante esta clausura de la persecución penal, resulta finalmente denunciado nuevamente por la demandada Cuadragésima Segunda Fiscalía Penal de Lima.
 - b) El elemento denominado **identidad del objeto de persecución (identidad objetiva)**, consiste en que la segunda persecución penal debe referirse "al mismo hecho" que el perseguido en el primer proceso (o actividad investigatoria fiscal), es decir, se debe tratar de la misma conducta material, sin que se tenga en cuenta para ello su calificación legal.

En el presente caso, si bien la fiscal demandada aduce que no opera la aplicación del principio *ne bis in idem*, al señalar que: "**Los hechos que mi Despacho conoció y por los que se formalizó denuncia penal son diversos a los hechos investigados por la Trigésima Sexta Fiscalía Penal**", es decir, que no existiría identidad del objeto de persecución penal, sin embargo compulsados los hechos que fueron materia de la decisión de clausura definitiva plasmada en la resolución fiscal de fecha 6 de marzo de 2007 (36° FPPL), confirmada por la Octava Fiscalía Superior Penal -en las que se estableció la no delictuosidad de las conductas imputadas al accionante- con los actos presuntamente ilícitos que ha denunciado la Cuadragésima Segunda Fiscalía Provincial Penal de Lima, considero que sí existe identidad fáctica, pues se trata de los mismos hechos, es decir, provienen de un mismo acontecimiento histórico.



TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

La identidad del *factum* en el presente caso podemos resumirla de la siguiente manera:

- i. Tanto las denuncias acumuladas que fueron objeto de archivo definitivo como la denuncia que fuera formalizada por la fiscalía penal emplazada se centran en los mismos supuestos ilícitos penales imputados en diversos procesos de aprobación, adjudicación y contratación, mediante los cuales la Municipalidad Distrital de Barranco otorgó la concesión de varios proyectos a ejecutarse en las playas de su jurisdicción, como así se desprende del **Informe Especial N° 158-2006-CG/4RLC titulado "Adjudicación irregular de las concesiones Playa Las Sombrillas Complejo Turístico y Playa Barranco Complejo Turístico-Rústica Acuática". Examen Especial a la Municipalidad Distrital de Barranco. Periodo 1993- 2006**. Este documento, si bien fue utilizado como prueba de las imputaciones efectuadas por la Cuadragésima Segunda Fiscalía Penal de Lima contra el demandante, sin embargo, como fluye de las resoluciones fiscales de archivo en las que se analizaron las denuncias penales interpuestas por la Procuraduría de la Contraloría General de la República (se infiere que en base al mismo documento de control anteriormente mencionados) por hechos supuestamente típicos descritos así en este Informe Especial; que al final fueron totalmente desvirtuados;
 - ii. En el presente caso se comprueba la identidad del objeto de persecución por cuanto la fiscal penal demandada imputa al demandante supuestas irregularidades en la concesión directa a la empresa Capital Properties SAC, del Proyecto denominado "Playa Las Sombrillas Complejo Turístico", así como también en la adjudicación a la empresa Administradora de Franquicias Perú SAC, la concesión para la ejecución del Proyecto denominado "Playa Barranco Complejo Turístico Rústica Acuática", no obstante que, con anterioridad a esta imputación, la delictuosidad de estos mismos hechos fue desestimada en doble instancia fiscal, disponiéndose el archivamiento definitivo de la denuncia, conforme se puede apreciar de fojas 23 y 28-32 del expediente constitucional;
 - iii. La investigación preliminar que ordenó la propia fiscal cuestionada sobre los actos presuntamente ilícitos atribuidos al demandante, descartó la existencia de indicios razonables de la comisión de delitos, al igual que las fiscalías que ordenaron el archivo definitivo de las denuncias interpuestas contra el actor y otros, lo que permite inferir que el objeto de investigación al que se habían avocado dichas instancias persecutoras del delito, resultaban idénticas.
- c. Por último, la **identidad de la causa de persecución** es un presupuesto que resulta también verificado en el presente caso, por cuanto el fundamento de los ilícitos supuestamente realizados por los denunciados están referidos por igual a bienes jurídicos de la Administración Pública, como así se aprecia de la calificación de los delitos (colusión, negociación incompatible, aprovechamiento indebido del cargo, omisión, rehusamiento o demora de actos funcionales) que fueron materia e las denuncias de parte y de las resoluciones que al respecto se dictaron en sede fiscal.



TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

5. En tal sentido, luego de un análisis de los hechos en su conjunto, llego a la conclusión de que la pretensión demandada debe ser estimada, al haberse acreditado la vulneración del derecho constitucional del demandante, referido al principio constitucional *ne bis in idem*, resultando de aplicación el artículo 2° del Código Procesal Constitucional.

Por estas razones mi voto es por:

1. Declarar **FUNDADA** la demanda, entendida como amparo y no como de hábeas corpus.
2. Declarar **NULA** la resolución dictada por la Cuadragésima Segunda Fiscalía Provincial Penal de Lima, de fecha 12 de febrero de 2008, respecto al demandante Manuel Ángel Martín Del Pomar Saettonne y, en consecuencia, cese todo acto persecutorio derivado de ésta respecto a su persona, debiendo continuar el proceso penal, si lo hubiere, contra los otros que estuvieran imputados, según su estado.

Sr.

ÁLVAREZ MIRANDA

Lo que certifico:

Dr. ERNESTO FIGUEROA BERNARDINI
SECRETARIO RELATOR



TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

EXP. N.º N° 05090-2008-PHC/TC
LIMA
MIGUEL ÁNGEL MARTÍN DEL POMAR
SAETTONE

VOTO DEL MAGISTRADO VERGARA GOTELLI

Si bien concuerdo con el sentido del fallo del voto del magistrado Álvarez Miranda, debo manifestar los fundamentos por los cuales concluyo estimando la demanda:

1. Con fecha 29 de febrero de 2008 el recurrente interpone demanda de hábeas corpus con el objeto de que se declare la nulidad de la Resolución Fiscal N.º 557-2006-42-FPPL, de fecha 11 de febrero de 2008, por la que se formalizó denuncia penal en su contra. Con tal propósito se acusa la vulneración del principio constitucional *ne bis in idem*.
2. El Tribunal Constitucional ha señalado en su reiterada jurisprudencia que las actuaciones del Ministerio Público son postulatorias y en ningún caso decisorias sobre lo que la judicatura resuelva, pues si bien su actividad (en el marco de la investigación preliminar así como la formalización de la denuncia o acusación) se encuentra vinculada al principio de interdicción de la arbitrariedad y al debido proceso, no obstante *no* tiene, desde sus legales facultades de acción, la posibilidad de coartar la libertad individual, contexto por el que el examen constitucional de las actuaciones del representante del Ministerio Público resulta manifiestamente incompatible con la naturaleza de proceso constitucional de la libertad.
3. A ello podemos agregar que teniendo la denuncia fiscal un carácter eminentemente postulatorio en el proceso penal, no puede constituir por sí misma una amenaza y menos violación del derecho a la libertad individual.
4. En sentido contrario, afirmar que la denuncia fiscal es vinculante al juez o que lo puede inducir a error, es una afirmación atrevida que no solo rebasa lo racional sino que desmerece al juez penal como un simple receptor pasivo, significando tal asunto un despropósito que solo busca encontrar en la actuación fiscal que cuestiona determinado nexo con el derecho a la libertad individual para así lograr encuadrar su pretensión dentro de la vulneración a dicho derecho fundamental de primer orden, que cuenta ya con un ámbito de protección constitucional.

Por esto afirmamos que en la hipótesis de que una denuncia fiscal podría condicionar la apertura de instrucción en contra de una persona, esa denuncia tampoco incidiría de manera directa y negativa en el derecho a la libertad individual, toda vez que el auto que inicia el proceso penal es totalmente autónomo del mandato de detención contenido en dicha resolución del juez –y no del fiscal– resultando evidente que ambos institutos jurídicos (el auto que abre la instrucción y la



TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

resolución que impone el mandato de detención) son distintos 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, tanto más en si el vigente modelo procesal peruano estos institutos jurídicos han quedado plenamente delimitados al concederle al juez la competencia de restringir eventualmente la libertad personal del imputado y, de otro lado, al fiscal la potestad de disponer la formalización y la continuación de la investigación preparatoria. Por todo esto es que considero que una denuncia fiscal de modo alguno puede llevar a vincular y menos a condicionar las reglas de restricción a la libertad individual por parte del juez penal, por lo que su análisis en la vía del hábeas corpus excede su ámbito de tutela.

5. Sin embargo el Tribunal Constitucional no podría excluirse del control constitucional de las actuaciones del Ministerio Público a efectos de verificar su legitimidad constitucional en sus actuaciones en cada caso, pues el fiscal, cualquiera sea su grado, no puede así quedar convertido en funcionario del Estado sin límites y sin controles. Tal es el criterio adoptado por el Tribunal Constitucional al señalar en su jurisprudencia que la toma de decisiones del representante del Ministerio Público puede afectar de una u otra forma situaciones jurídicas de relevancia, lo que supone su vinculación al principio de interdicción de la arbitrariedad [Cfr. STC N.º 1407-2007-PA/TC]. En tal sentido la denuncia constitucional de una violación manifiesta al principio *ne bis in ídem*, sin incidencia directa en la libertad personal, es perfectamente susceptible de tutela por el proceso de amparo, contexto por el que la demanda de autos debió ser tramitada en atención a las particularidades del caso en concreto.
6. Es así que examinados los fundamentos fácticos que sustentan la demanda, la particularidad del procedimiento que se desarrolló por el hábeas corpus, las instrumentales necesarias para el análisis de fondo y atendiendo a: i) los fines esenciales de los procesos constitucionales; ii) los principios constitucionales dentro de los que encontramos el apotegma *iura novit curia* y el finalismo procesal que enuncia que el “Juez y el Tribunal Constitucional deben adecuar la exigencia de las formalidades previstas en este Código al logro de los fines de los procesos constitucionales”; iii) los principios de celeridad y economía procesal en la solución de controversias; y iv) la situación particular del caso en concreto que evidencia que el recurrente acudió erróneamente al proceso de hábeas corpus ya que está acreditado que la demanda interpuesta se encontraba dentro del plazo para interponer el amparo, concluyo en que debe realizarse un pronunciamiento excepcional de fondo, teniendo la causa como de amparo y no como de hábeas corpus.
7. Por todo lo dicho es que, en cuanto a la ponencia, suscribo los siguientes argumentos:



TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

- a) Mediante la cuestionada resolución fiscal se atribuye a don Miguel Ángel Martín Del Pomar Saettonne la comisión de ilícitos penales por haber presuntamente realizado irregularidades en la concesión directa del proyecto de iniciativa privada “Playa las Sombrillas Complejo Turístico” y “Playa Barranco Complejo Turístico – Rústica Acuática”. En cuanto a los Hechos de la concesión directa del proyecto de iniciativa privada “Playa las Sombrillas Complejo Turístico”, advierto que ya fue materia de evaluación en un anterior pronunciamiento fiscal que resolvió por “NO ha lugar formalizar denuncia penal” (considerando Vigésimo Primero), lo que fue confirmado por el superior en grado en su momento. Respecto a los Hechos de la adjudicación de la iniciativa privada “Playa Barranco Complejo Turístico – Rústica Acuática”, encuentro que la anterior resolución fiscal expresó en su considerando Vigésimo y en su parte resolutive que no existía a través de la investigación elementos en los que objetivamente pudiera sostenerse la formalización de la denuncia penal. En ese sentido es que se configura la identidad de sujeto y hechos investigados.
- b) Por otra parte, en cuanto al elemento de la *identidad de fundamento*, como presupuesto para la configuración del *ne bis in idem*, tenemos que la resolución fiscal cuestionada atribuye al actor la conducta delictiva de aprovechamiento indebido del cargo mientras que la anterior resolución fiscal también versó sobre este mismo ilícito, y en ambas se refiere a las presuntas *irregularidades* en la adjudicación de las mencionadas iniciativas privadas. De otro lado, se aprecia que la conducta delictiva de omisión, rehusamiento o demora de actos funcionales atribuida al actor en la resolución fiscal cuya nulidad se pretende *no* fue materia de la anterior resolución fiscal; sin embargo se verifica de manera objetiva que la conducta reprochada al actor se reduce a las mismas presuntas irregularidades en la adjudicación de la iniciativa privada “Playa Barranco Complejo Turístico – Rústica Acuática”. Por tanto también se configura este presupuesto del *ne bis in idem*.

Por esto resulta necesario precisar que aún cuando el nuevo fiscal atribuya legalmente un distinto delito al que fue materia de una anterior investigación con archivamiento, la sustanciación en cambio versa sobre los mismos hechos y el mismo reproche de conducta antijurídica del actor (como lo es en el presente caso en el que se atribuye al recurrente presuntas irregularidades en la adjudicación de una iniciativa privada). Entonces la declaración de “NO ha lugar a formalizar denuncia penal” arribada por el Fiscal anterior permanece incólume en sus efectos de cosa decidida.

Por esto es que habiendo sido investigados por el Fiscal anterior los supuestos hechos constitutivos de un delito penal y habiéndose arribado a la conclusión de “NO ha lugar a formalizar denuncia penal” resulta inconstitucional que se porfie en su judicialización con la retórica de variar la tipificación calificando la misma conducta pero adecuándola a tipos penales distintos que el código sustantivo prevé. Y es que una vez investigada una persona por ciertos hechos, bajo un



TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

determinado fundamento de reproche y llegándose a la conclusión de la inexistencia de indicios razonables de la comisión de un delito, la persona investigada cuenta ya con la seguridad jurídica de que tal investigación fiscal constituye cosa decidida a su favor.

Sin embargo los casos de excepción para una nueva investigación que desconozca la sanción determinada a la que se hace referencia, tendrían que señalarse con precisión determinada en resolución expresa que fundamente la remoción del *status* de cosa decidida, lo que no se da en el caso sub materia.

8. En este sentido y por los fundamentos que dejo expuestos considero que la demanda debe ser estimada, como amparo y no como hábeas corpus.

Sr.

VERGARA GOTELLI

Lo que certifico:

Dr. ERNESTO FIGUEROA BERNARDINI
SECRETARIO FISCAL



TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

EXP. N.º 05090-2008-PHC/TC
LIMA
MIGUEL ÁNGEL DEL POMAR SAETONNE

**VOTO SINGULAR DEL MAGISTRADO
LANDA ARROYO**

Con el debido respeto a la opinión vertida por mis colegas magistrados, discrepo respetuosamente de la fundamentación y el sentido de la decisión de la ponencia, por los argumentos que expongo a continuación:

Petitorio de la demanda

1. Don Manuel Ángel Martín del Pomar Saettone interpone demanda de hábeas corpus contra la fiscal de la 42º Fiscalía Provincial Penal de Lima, doña Galinka Soledad Meza Salas, con el objeto de que se declare la nulidad de la denuncia fiscal N° 557-2006 de 11 de febrero del 2008, formalizada en su contra por el presunto delito de negociación incompatible y otro, alegando la violación de su derecho constitucional al debido proceso, más concretamente, el principio *ne bis in ídem* en conexión con la libertad personal.
2. Refiere que ha sido denunciado cuatro veces por el delito contra la administración pública, y que por tratarse de los mismos hechos las denuncias fueron acumuladas ante la 36º Fiscalía Provincial Penal de Lima, la que resolvió no ha lugar a formalizar denuncia penal en su contra, decisión debidamente confirmada por la 8º Fiscalía Superior Penal de Lima; no obstante ello, refiere que la fiscal emplazada ha decidido formalizar denuncia en su contra por el presunto delito contra la administración pública (negociación incompatible y otro), lo cual, además, resulta incongruente e irrazonable.

Improcedencia de la demanda de hábeas corpus

3. Sobre el particular, el Tribunal Constitucional en reiterada jurisprudencia ha precisado que si bien es cierto que la actividad del Ministerio Público a nivel de la investigación preliminar del delito, al formalizar la denuncia, o al formular 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 pues postulatorias y en ningún caso decisorias sobre lo que la judicatura resuelva (STC 4052-2007-PHC/TC; STC 5773-2007-PHC/TC; STC 2166-2008-PHC/TC, entre otras).
4. Y es que, dado el carácter eminentemente postulatorio de la denuncia fiscal en el proceso penal, ésta no constituye *per se* una restricción, sea como amenaza o como violación al derecho a la libertad personal; y ello es así porque, cuando el juez recibe una denuncia,



TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

puede devolverla para que el fiscal la reformule y/o la precise; o puede abrir instrucción con mandato de comparencia simple, y en tal caso, tampoco se advierte una restricción tal a la libertad individual, o simplemente puede resolver no ha lugar a abrir instrucción; sostener lo contrario, y afirmar que la denuncia fiscal es vinculante para al juez, y que por tanto, éste debe dictar en todos los casos el auto de apertura de instrucción, supone concebir la actuación de los jueces como absolutamente receptora y pasiva, opuesta al diseño constitucional y legal establecido, ello en la medida que los jueces administran justicia conforme a la Constitución y a las leyes. Ahora bien, qué duda cabe que el juez puede resolver abrir instrucción acompañada de una medida restrictiva de la libertad personal; en tal caso, la que incidirá de manera negativa sobre la libertad será ésta, sin que por ello resulte *per se* inconstitucional, y no la denuncia fiscal.

5. En tal virtud, conforme a la línea jurisprudencial del Tribunal Constitucional, en el presente caso la demanda de hábeas corpus debe ser declarada improcedente.

Sobre la reconversión del presente hábeas corpus al proceso de amparo

6. Dado que en el presente caso la sentencia de mayoría se pronuncia sobre el fondo del asunto haciendo uso de la figura de la *reconversión* al proceso de amparo, como se señala en el punto del fallo, resulta pertinente señalar cuál es la línea jurisprudencial de este Tribunal sobre la materia.
7. En la STC 7873-2006-PC este Tribunal ha tenido la oportunidad de señalar ciertas reglas para proceder a la figura de la *reconversión* en los procesos constitucionales, siendo una de las más importantes la extrema urgencia en la necesidad de emitir pronunciamiento sobre el fondo. Y en ese sentido se han venido resolviendo algunos casos, como por ejemplo: i) una persona que fue sentenciada en el año 1971 por un hecho que no constituía delito, lo cual le imposibilitaba acceder a la carrera judicial, y además comprometía otros derechos fundamentales como el trabajo, etc. (STC 5328-2006-PHC); ii) una mujer embarazada integrante de la Escuela Superior Técnica de la Policía Nacional, que fue separada de la institución por su gravidez, en cuyo caso se tuvo en cuenta la dimensión de la discriminación contra la mujer como un problema social que aún pervive en nuestra sociedad, lo cual vulnera no sólo el derecho a la igualdad real y efectiva entre los sexos, sino el derecho al libre desarrollo de la personalidad de las mujeres y constituye una amenaza contra los derechos a la salud y a la vida de las mujeres embarazadas (STC 5527-2008-PHC).
8. Sin embargo, en aquellos casos donde no se cumplió el requisito de la extrema urgencia de pronunciamiento, este Tribunal ha optado por declarar la nulidad de lo actuado y remitir la causa al juez competente para que la demanda sea admitida y tramitada según el criterio establecido. Sin lugar a dudas, podría decirse que ésta ha sido la doctrina predominante de



TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

este Tribunal, tal como se puede apreciar de los siguientes casos sobre hábeas corpus: STC 0017-2000-HC/TC; STC 1120-2002-HC/TC; STC 1120-2002-HC/TC; STC 1641-2002-HC/TC; STC 0695-2004-HC/TC; STC 3539-2004-HC/TC; STC 4067-2005-PHC/TC; STC 6453-2007-HC/TC, entre otros.

9. Ahora, si bien en el presente caso la mayoría ha decidido reconvertir la demanda de hábeas corpus en amparo, considero que no se configura el requisito de la extrema urgencia para que este Tribunal en sede de instancia emita un pronunciamiento sobre el fondo, por lo que en todo caso debería declararse nulo todo lo actuado y remitir los autos al juez competente para que la demanda sea admitida y tramitada en el proceso de amparo.

Por estas razones, soy de la opinión que la demanda de hábeas corpus de autos debe ser declarada **IMPROCEDENTE**.

Sr.

LANDA ARROYO

Lo que certifico:

Dr. ERNESTO FIGUEROA BERNARDINI
SECRETARIO RELATOR