EXP. N°. 01887-2010-PHC/TC
LIMA
HIPÓLITO GUILLERMO MEJÍA VALENZUELA

SENTENCIA DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

En Lima, a los 24 días del mes de setiembre de 2010, el Pleno del Tribunal Constitucional, integrado por los Magistrados Mesía Ramírez, Beaumont Callirgos, Vergara Gotelli, Calle Hayen, Eto Cruz, Álvarez Miranda y Urviola Hani, pronuncia la siguiente sentencia, con el fundamento de voto del magistrado Calle Hayen que se agrega y el voto singular del magistrado Vergara Gotelli, que también se acompaña

ASUNTO

Recurso de agravio constitucional interpuesto por don Joseph Gabriel Campos Torres, en representación de don Hipólito Guillermo Mejía Valenzuela, contra la resolución emitida por la Sexta Sala Penal para Procesos con Reos en Cárcel de la Corte Superior de Justicia de Lima, su fecha 29 de diciembre de 2009, de fojas 765, que declara infundada la demanda de autos.

ANTECEDENTES

De los hechos en los que se funda la demanda

Con fecha 15 de julio de 2009 doña Yesenia Coronel Huamán interpone demanda de hábeas corpus a favor de Hipólito Guillermo Mejía Valenzuela, la cual dirige contra el Fiscal Provincial Titular de la Cuarta Fiscalía Provincial Penal de Lima, don Enrique Miranda Guardia, con el objeto de que se declare la nulidad de la resolución de inicio de investigación fiscal emitida en la Investigación N.° 38-2007, por considerar que la misma vulnera el derecho fundamental al debido proceso, en su vertiente del *ne bis in idem* en estrecha vinculación con la libertad individual.

Sostiene la recurrente que el representante del Ministerio Público demandado ha iniciado una investigación fiscal sobre la base de imputación de hechos que ya han sido objeto de análisis, investigación y pronunciamiento en anterior investigación fiscal llevada a cabo por el titular de la Décimo Quinta Fiscalía Provincial Penal de Lima, la misma que concluyó declarando no ha lugar a formalizar denuncia y disponiendo el archivo definitivo de la investigación, resultado que fuera confirmado por el titular de la Primera Fiscalía Superior Penal de Lima.

De la investigación sumaria realizada por el juez constitucional

Siendo admitido a trámite el presente proceso constitucional de tutela de la libertad, se tomó la declaración explicativa a don Enrique Miranda Guardia, el que señaló que la investigación fiscal llevada a cabo sobre los mismos hechos por otro

despacho fiscal no genera los efectos de cosa juzgada por ser este efecto uno que generan propiamente las decisiones jurisdiccionales, lo cual permite a cualquier otro órgano fiscal abrir y continuar la investigación contra el favorecido por el presente proceso y otras personas más. Dentro de esta línea de razonamiento el demandado sostiene que decidió reaperturar la investigación porque a su juicio la anterior investigación fiscal fue defectuosamente llevada, en la medida en que durante su tramitación no se alcanzaron a acopiar los elementos de convicción suficientes por la carencia de participación de la parte agraviada.

Resolución de primera instancia

El Juzgado de Primera Instancia declara improcedente la demanda por considerar que ha operado la sustracción de la materia, en la medida en que el Fiscal demandado había expedido, con fecha 10 de septiembre de 2009, la resolución de no ha lugar a formalizar denuncia penal contra el favorecido y otros denunciados en la investigación signada con el N.° 38-2007.

Resolución de segunda instancia

La Sala revisora, revocando la apelada, declaró infundada la demanda por considerar que la investigación llevada a cabo por la Décimo Cuarta Fiscalía Provincial Penal de Lima, no afecta el derecho a la cosa decidida en mérito a que la investigación fiscal anteriormente realizada y concluida fue llevada en forma insipiente, habida cuenta que en ella no se había acopiado el material probatorio que permite sostener la imputación, situación que fue superada con la participación de la Fundación Privada Intervida, quien ha informado sobre nuevos datos que impulsan la investigación.

FUNDAMENTOS

&. Precisión del petitorio

1. La demanda tiene por objeto que se deje sin efecto la resolución fiscal, que dispone el inicio de una investigación preliminar en contra del favorecido por la presunta comisión del delito de apropiación ilícita y otros, así como la nulidad de todos los actos que se deriven de esta decisión fiscal.

&. ¿Es procedente un proceso de hábeas corpus contra investigación fiscal? Un análisis a partir de su tipología

2. Sobre el particular el Tribunal Constitucional ha señalado en reiterada jurisprudencia que las actuaciones desplegadas por los representantes del Ministerio Público no inciden en la esfera de la libertad individual de las personas por ser sólo

de tipo postulatorio, consecuentemente las demandas de hábeas corpus planteadas contra estos funcionarios eran declaradas improcedentes por no constituir ni siquiera amenaza para la libertad individual. (RTC 1653-2010-PHC/TC, 0090-2010-PHC/TC, 3669-2007-PHC/TC, 5308-2007-PHC/TC). Criterio que en los últimos tiempos se ha estado viendo morigerado, orientándose actualmente a aceptar algunos hábeas corpus a partir del análisis del caso concreto.

3. Por esta razón se ha precisado que: "... *la investigación que el Ministerio Público realice puede concluir en la formalización de una denuncia ante el Poder Judicial, la que podría servir de importante indicativo para el juez al momento de decidir sobre la apertura de instrucción penal, el cual podría ser inducido a error sobre la base de una denuncia que esté orientada a conseguir que el presunto autor del hecho delictivo sea procesado y aún encarcelado, lo que representa, evidentemente, una amenaza cierta e inminente del derecho a la libertad individual o algún derecho conexo...*" (STC 2725-2008-PHC/TC).

4. No obstante ello, este Tribunal debe reafirmar que no toda actividad de investigación desplegada dentro del rol constitucionalmente asignado a los representantes del Ministerio Público supone *per se* la afectación de la esfera subjetiva de la libertad personal y se las catalogue de arbitrarias, sino que tal afectación a la libertad personal habrá de ser confirmada y corroborada con elementos objetivos que permitan al operador jurisdiccional suponer, con cierto grado de probabilidad, que la supuesta afectación del citado derecho es tal. Una vez verificado ello, recién quedará habilitado a efectuar un análisis del fondo de la controversia planteada.

&. El control constitucional de la actividad fiscal

5. El Ministerio Público, en tanto órgano constitucionalmente constituido, le es exigible que el desarrollo de sus actividades las despliegue dentro de los mandatos normativos contenidos en la propia Constitución. Siendo justamente ello lo que le permite a este Colegiado ejercer un control estrictamente constitucional, más no funcional, de su actividad, habiendo en su momento señalado que la actividad del Ministerio Público se encuentra ordenada por el principio de *interdicción de la arbitrariedad* que se alza como un límite a la facultad discrecional que la propia Constitución le ha otorgado.

6. Lo anteriormente expuesto cobra mayor preponderancia si tenemos en cuenta la clave normativa en la que ha sido redactado el artículo 200° inciso 1) de la Constitución, que señala que el proceso de hábeas corpus procede contra cualquier autoridad, funcionario o persona que vulnera o amenaza la libertad individual y sus derechos conexos. Es decir la *legitimidad para obrar pasiva* en este proceso no

efectúa exclusión alguna, pudiendo ser comprendidos, como de hecho ha sucedido en más de una oportunidad, los propios representantes del Ministerio Público.

7. Ello significa que el debido proceso puede ser también afectado por los representantes del Ministerio Público, en la medida en que la garantía de este derecho fundamental no ha de ser solamente entendida como una propia o exclusiva de los trámites jurisdiccionales, sino también frente a aquellos supuestos *pre-jurisdiccionales*, es decir, en aquellos casos cuya dirección compete al Ministerio Público, con la finalidad de evitar cualquier acto de arbitrariedad que vulnere o amenace la libertad individual o sus derechos conexos (STC 1268-2001-PHC/TC, 1268-2001-PHC/TC, 1762-2007-PHC/TC).

8. Por todos los argumentos hasta aquí expuestos queda evidenciada la legitimidad con la que cuenta este Colegiado para efectuar un análisis del fondo de la controversia constitucional planteada.

&. La cosa juzgada y el ne bis in idem en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional

9. Nuestra Constitución ha previsto en su artículo 139° un amplio catálogo de principios, que a juicio de este Colegiado constituyen verdaderos *derechos fundamentales*, los que se erigen como un conjunto de garantías mínimas que el propio constituyente ha creído conveniente incorporar dentro de nuestra *norma normarum* para poder afirmar la *pulcritud jurídica* de las actividades de orden jurisdiccional y prejurisdiccional que realicen las autoridades.

10. Así, en su inciso 2) reconoce el derecho de toda persona que es sometida a proceso judicial a que no se deje sin efecto las resoluciones que han adquirido la autoridad de *cosa juzgada*, disposición constitucional que debe ser interpretada a la luz del *principio de unidad* de la Constitución, de conformidad con el inciso 13 del artículo 139° de la Ley Fundamental, que prescribe "*Son principios y derechos de la función jurisdiccional: ...13. La prohibición de revivir procesos fenecidos con resolución ejecutoriada. La amnistía, el indulto, el sobreseimiento definitivo y la prescripción producen los efectos de cosa juzgada...*".

11. De acuerdo a la jurisprudencia de este Tribunal, mediante el derecho a que se respete una resolución que ha adquirido la autoridad de cosa juzgada "*... se garantiza el derecho de todo justiciable, en primer lugar, a que las resoluciones que hayan puesto fin al proceso judicial no puedan ser recurridas mediante medios impugnatorios, ya sea porque estos han sido agotados o porque ha transcurrido el plazo para impugnarlas; y, en segundo lugar, porque el contenido de las resoluciones que hayan adquirido tal condición no pueda ser dejado sin efecto ni*

modificado, sea por actos de otros poderes públicos, de terceros o, incluso, de los mismos órganos jurisdiccionales que resolvieron el caso en el que se dictó..." (STC 4587-2004-HC/TC).

12. De lo expuesto en el considerando precedente podemos advertir que la eficacia negativa del derecho allí descrito (cosa juzgada) configura lo que en nuestra jurisprudencia hemos denominado el *ne bis in idem*, el cual se erige como una garantía constitucional de carácter implícito, pues forma parte del contenido del debido proceso reconocido en el inciso 3) del artículo 139° de la Constitución.

13. Así, el *ne bis in idem* es un derecho que tiene un doble contenido. Por un lado ostenta un *carácter procesal* y por otro un *carácter material*. Entender a este principio desde su vertiente procesal implica "*...respetar de modo irrestricto el derecho de una persona de no ser enjuiciado dos veces por el mismo hecho...*" o no "*...ser juzgado dos veces por los mismos hechos, es decir que un mismo supuesto fáctico no puede ser objeto de dos procesos penales distintos o si se quiere que se inicien dos procesos penales con el mismo objeto...*" (STC 2050-2002-AA/TC). Mientras que desde su vertiente material "*...expresa la imposibilidad de que recaigan dos sanciones sobre el mismo sujeto por la misma infracción, puesto que tal proceder constituiría un exceso del poder sancionador...*" (STC 2050-2002-AA/TC).

14. Ello supone que un mismo hecho no puede ser objeto de dos procesos distintos, ni merecer persecución penal múltiple. Consecuentemente la protección se vincula a los hechos que fueron materia de un primer pronunciamiento y sobre los cuales no corresponde una nueva revisión.

15. Pero la sola existencia de dos procesos o dos condenas impuestas, o si se quiere dos investigaciones fiscales no pueden ser los únicos fundamentos para activar la garantía del *ne bis in idem*, pues se hace necesario previamente la verificación de la existencia de una ***resolución que tenga la calidad de cosa juzgada o cosa decidida.*** Una vez verificado este requisito previo será pertinente analizar *strictu sensu* los componentes del *ne bis in idem*, esto es: a) Identidad de la persona física o identidad de sujeto; b) Identidad del objeto o identidad objetiva; y, c) Identidad de la causa de persecución o identidad de fundamento.

&. ¿Ostenta la calidad de cosa juzgada un pronunciamiento fiscal de archivo definitivo?

16. La Comisión Interamericana de Derechos Humanos ha precisado que: "*...La decisión del Fiscal no promoviendo la acción penal mediante la denuncia o*

requerimiento de instrucción correspondientes, al estimar que los hechos que se le pusieron en su conocimiento no constituyen delito es un acto de esencia típicamente jurisdiccional –como toda actividad del Ministerio Público en el proceso- que adquiere el carácter de inmutable e irreproducible surtiendo los efectos de la cosa juzgada, una vez firme. De este modo, al igual que una decisión judicial recaída, es definitiva y en consecuencia trasciende en sus efectos con caracteres prohibitivos para procesos futuros basados en los mismos hechos materia de decisión..." (Informe Nº 1/95, relativo al caso 11.006 del 7 de febrero de 1995).

17. Este criterio ha sido asumido por el Tribunal Constitucional a través de diversos fallos en los que ha señalado que: "... *las resoluciones que declaran no ha lugar a formalizar denuncia penal, que en el ejercicio de sus funciones pudieran emitir los representantes del Ministerio Público, no constituyen en estricto cosa juzgada, pues esta es una garantía exclusiva de los procesos jurisdiccionales. No obstante ello, este Colegiado les ha reconocido el status de inamovible o cosa decidida, siempre y cuando se estime en la resolución, que los hechos investigados no configuran ilícito penal...*" (STC 2725-2008-PHC/TC). A *contrario sensu*, no constituirá *cosa decidida* las resoluciones fiscales que no se pronuncien sobre la no ilicitud de los hechos denunciados, teniendo abierta la posibilidad de poder reaperturar la investigación si es que se presentan los siguientes supuestos: a) Cuando existan nuevos elementos probatorios no conocidos con anterioridad por el Ministerio Público; o, b) Cuando la investigación ha sido deficientemente realizada.

18. Esta forma de razonamiento asumida por el Tribunal Constitucional tiene como fundamento el principio de seguridad jurídica; principio que forma parte consustancial del Estado Constitucional de Derecho y está íntimamente vinculado con el principio de interdicción de la arbitrariedad. Así este principio constituye la garantía que informa a todo el ordenamiento jurídico, siendo una "... *norma de actuación de los poderes públicos, que les obliga a hacer predecible sus decisiones y a actuar dentro de los márgenes de razonabilidad y proporcionalidad, y en un derecho subjetivo de todo ciudadano que supone la expectativa razonable de que sus márgenes de actuación, respaldados por el derecho, no serán arbitrariamente modificados...*" (STC 5942-2006-PA/TC).

19. En tal sentido, el principio de seguridad jurídica es la garantía constitucional del investigado que no puede ser sometido a un doble riesgo real de ser denunciado y sometido a investigaciones por hechos o situaciones que en su oportunidad han sido resueltos y absueltos por la autoridad pública. Por ello, al ser el Ministerio Público un órgano constitucional constituido y por ende sometido a la Constitución, su actividad no puede ser ejercida, irrazonablemente, con desconocimiento de los principios y valores constitucionales, ni tampoco al margen del respeto de los

derechos fundamentales, como el principio y el derecho del *ne bis in idem* o la no persecución múltiple.

20. Es pertinente aquí precisar que sí de la resolución que puso fin a la primera investigación, esto es la llevada por el titular de la Décimo Quinta Fiscalía Provincial Penal de Lima, se deriva indubitablemente que dicho funcionario se ha pronunciado por la falta de ilicitud de los hechos reputados como antijurídicos e imputados al favorecido, este Colegiado podrá asumir que dicho pronunciamiento tiene la condición de cosa decidida (con los efectos de cosa juzgada), procediéndose a analizar los elementos que configuran el *ne bis in idem*.

&. Análisis del caso concreto

a) La verificación del requisito previo

21. Como se ha dejado dicho en el considerando vigésimo segundo de la presente sentencia, constituye un requisito *sine qua non* para analizar el *ne bis in idem* la previa verificación de la existencia de una resolución que ostente la condición jurídica de cosa juzgada o cosa decidida.

22. Así, analizada la resolución emitida por la Décimo Quinta Fiscalía Provincial Penal de Lima, esto es, la que resuelve la primera investigación realizada en contra del favorecido, se observa que el pronunciamiento Fiscal es claro al manifestar que los hechos denunciados no constituyen delito, es decir no tienen contenido típico y antijurídico que merece ser sancionado, pues el actuar del favorecido no ha sido irregular.

23. Y es que respecto a la imputación del delito de estafa el representante de la Décimo Quinta Fiscalía Provincial Penal de Lima concluye afirmando que: "...*no existe ningún uso indebido, ni lucro o enriquecimiento de parte de ninguna persona de los fondos recaudados por la citada Fundación...no advirtiéndose los elementos constitutivos del delito de estafa*...", sobre los mismo el titular de la Primera Fiscalía Superior Penal de Lima asevera que: "... *dicho delito no concurre en autos*...".
Asimismo con respecto a la imputación del delito de asociación ilícita para delinquir el Fiscal Provincial señala que "... *no se ha dado en el presente caso*...", por su parte el Superior establece que "... *se ha descartado la comisión del delito, pues no existen elementos configurativos del tipo penal invocado*...".
Continuando con el análisis los representantes del Ministerio Público señalan, respecto a la imputación del delito de fraude en la administración de personas jurídicas – contabilidad paralela, que "... *no existen excedentes significativos de Fundación Privada Intervida, por los cuales los inculpados, hayan hecho uso indebido de los mismos, corroborando que la existencia de dichos excedentes se*

aplica al plan anual del año siguiente de dicha Fundación...", por su parte el Superior señala que: "... *Tampoco se da en el presente caso... asimismo, se ha descartado la existencia de doble contabilidad y/o contabilidad paralela conforme...*".

Respecto del delito de apropiación ilícita, la Décimo Quinta Fiscalía Provincial Penal de Lima señala que "... *no se ha advertido indicios de que los denunciados se hayan procurado un beneficio económico indebido...*"; respecto del mismo el Superior señala que: "... *se ha descartado la existencia de los elementos constitutivos del delito penal invocado...*".

Al emitir pronunciamiento sobre la imputación de la comisión del delito de defraudación tributaria el Fiscal Provincial señala que habiendo sido dichas empresas fiscalizadas por la SUNAT de manera regular concluye que de dicho control no se verifica que los imputados hayan cometido algún ilícito contra la administración tributaria; por su parte el Fiscal Superior señala que estando dichas instituciones sometidas al permanente control de la SUNAT y dicha institución no ha advertido nada irregular en su actuación, no siendo por tanto las conductas constitutivas de dicho delito.

Finalmente, respecto del delito de falsificación de documentos y falsedad genérica, la Décimo Quinta Fiscalía, luego de efectuar un análisis de los hechos denunciados, concluye que no se acredita que los imputados hayan alterado la verdad.

24. Todo lo anteriormente señalado lleva a este Colegiado a concluir que la resolución evacuada por el titular de la Décimo Quinta Fiscalía Provincial Penal de Lima y confirmada por el representante de la Primera Fiscalía Superior Penal de Lima ostenta la condición de cosa decidida, es decir tiene el carácter de inamovible y por ende le resulta aplicable la garantía de la cosa juzgada. Pero como se dejó dicho, la sola existencia de dicha resolución no constituye la afirmación de la vulneración de este derecho, sino que habrá que verificar la afectación de su contenido mismo.

b) Elementos del ne bis in idem

25. El primer requisito a ser cumplido para que opere el principio que nos ocupa es el de ***identidad de sujeto***, lo que significa que la persona física a la cual se le persigue tenga que ser necesariamente la misma. Entendida así esta exigencia, debemos sostener que dicho requisito se cumple a plenitud, pues es perfectamente verificable que tanto en la investigación fiscal efectuada por el titular de la Décimo Quinta Fiscalía Provincial Penal en la denuncia identificada con el número de registro de denuncia 452-2004 (primera investigación) como la reaperturada por el representante de la Décimo Cuarta Fiscalía Provincial Penal de Lima a la cual se le asignó el número de registro 038-2007 (segunda investigación) figura el favorecido como investigado, esto es la persona de **Hipólito Guillermo Mejía Valenzuela** aparece como sujeto pasivo de la investigación.

26. En cuanto al segundo requisito, esto es la ***identidad objetiva*** o identidad de los hechos, que no es más que la estricta identidad entre los hechos que sirvieron de fundamento para la apertura tanto una como otra investigación, es decir, se debe tratar de la misma conducta material, sin que se tenga en cuenta para ello su calificación legal. Así, del tenor literal de la resolución evacuada en la investigación fiscal signada con el número de registro 452-2004 se tiene que los hechos materia de imputación e investigación fueron los siguientes: "... *Que de los hechos denunciados se deriva que la parte denunciante José Luis Zevallos Sotomayor sostiene que el denunciado ... Hipólito Guillermo Mejía Valenzuela han utilizado indebidamente las recaudaciones de donaciones que se captan en España a través de la Fundación Privada INTERVIDA para darle un destino no acorde a los fines para los que fueron reunidos, aseverando que al tener 300,000 padrinos, los mismos que aportan US$ 30.00 cada uno, lo cual totalizaría US$ 9'000,000 mensuales; señalando que dicho dinero es mal aplicado toda vez que no informan de ello al Protectorado Generalitat de Catalunya, de la realización de programas, proyectos y/o actividades; señalando además que con dinero proveniente de tales donaciones formaron las empresas ROURE CONSTRUCCIONES SAC, ARGENTA INMOBILIARIA SAC, GENÉRICOS FARMA AHORROS SAC, PRODUCTOS LACTEOS SAC, CONSULTORA LATINA Y ASUNTOS LEGALES...*".

27. Por su parte la resolución que inicia la segunda investigación señala que los hechos que sirven de imputación son los siguientes: "... *Que la Unidad de Cooperación Judicial Internacional y Extradiciones del Ministerio Público, haciendo mención al Oficio Nº. 373-MP-FN-GG-GECIL cursado por el Gerente Central de Imagen Institucional del Ministerio Público, adjunta copia fotostática de una publicación periodística aparecida en el Diario Expreso, donde se indica que una Fiscal Anticorrupción y dos Oficiales del Grupo de Delitos Económicos de la Brigada Central de la Policía Judicial y de la Jefatura Superior de Barcelona – España, llegaron al Perú para participar en el interrogatorio a un grupo de directivos y altos empleados de la Fundación INTERVIDA en nuestro país, porque según la misma versión periodística refiere que ciertos funcionarios entre 1999 y 2001 se habrían camuflado bajo el título de "gastos de apadrinamiento" más de 60 millones de dólares y, según sospechas, fueron trasmitidas a sociedades inmobiliarias como ASOCIACIÓN SOLARIS PERÚ, EDPYPAME RAIZ, ROURE CONSTRUCCIONES, ARGENTA INMOBILIARIA, GENÉRICOS FARMA – AHORROS, ENRIQUECIDOS LÁCTEOS y que los directivos de dichas empresas son a su vez directivos de INTERVIDA por versión de fuentes españolas...*".

28. Analizados los hechos que sirven de imputación en ambas investigaciones, este Colegiado se encuentra en la posibilidad de afirmar con grado de certeza de que ambas investigaciones se sustentan en los mismos sucesos fácticos, pues se

mantiene la estructura básica de la hipótesis incriminatoria, esto es, tanto la investigación llevada a cabo por el representante de la Décimo Cuarta Fiscalía Provincial Penal como la efectuada por la Décimo Quinta Fiscalía Provincial Penal tienen como objeto determinar el desvío indebido de las donaciones captadas en España para el apadrinamiento de niños, a través de la supuesta formación, inversión y mantenimiento de empresas, celebración de contratos simulados y realización de gastos innecesarios, lo cual ya fue objeto de pronunciamiento.

29. De lo hasta aquí expuesto se desprende la necesidad para este Colegiado de afirmar que el hecho de haber dejado abierta la posibilidad de reimpulsar una investigación deficientemente llevada (tesis que le sirve al demandado para llevar a cabo la misma) no significa que este Colegiado haya instituido una *patente de corso* para la comisión de arbitrariedades, pues dicha medida no significa, desde ningún punto de vista, que la determinación de ineficiencia en la investigación quede al libre albedrío o a la entera disposición subjetiva de los órganos encargados de la persecución del delito, pues para que opere ello es necesario que el representante del Ministerio Público cuente, cuando menos, con algún elemento objetivo que permita y valide la afectación del derecho de un ciudadano a la autoridad de la cosa decidida.

30. En el caso de autos se observa, conforme a la propia aseveración efectuada por el demandado en su declaración explicativa, que dicho elemento objetivo habría estado representado por la falta de identificación de los agraviados, situación que resulta a todas luces desproporcionada y ajena a la realidad, pues si se denuncia la comisión del delito de fraude en la administración de personas jurídicas y otros que suponen un detrimento patrimonial, resulta obvio que es la propia persona jurídica supuestamente perjudicada la agraviada. Sin perjuicio de lo afirmado, es menester precisar que la protección del *ne bis in idem* alcanza a los hechos y son estos los que constituyen delito o no. Además, del propio tenor de la resolución evacuada por el titular de la Décimo Quinta Fiscalía Provincial de Lima en la investigación fiscal signada con el número 452-2004, se advierte sin lugar a dudas que quien interpone la denuncia, y posterior queja de derecho ante un resultado adverso, es el abogado de quien fuera representante legal de una de las agraviadas, por lo que dicho argumento carece de todo tipo de racionalidad que dote de objetividad a dicha consideración, por lo que dicha fundamentación debe ser rechazada.

31. Finalmente, concluyendo con el análisis del *ne bis in idem*, debemos verificar la concurrencia del elemento de ***identidad de la causa de persecución***, lo cual se presenta en el caso de autos, por cuanto el fundamento de los ilícitos supuestamente realizados por el demandado están referidos por igual a bienes jurídicos de la administración pública (estafa, asociación ilícita para delinquir, fraude en la administración de personas jurídicas, apropiación ilícita, receptación) que fuera

materia de denuncia de parte y de las resoluciones que al respecto se dictaran en sede fiscal.

32. Verificada hasta aquí la concurrencia de todos y cada uno de las exigencias requeridas para la materialización del principio del *ne bis in idem* es necesario amparar la demanda por afectación del referido derecho fundamental.

Por estas consideraciones, el Tribunal Constitucional, con la autoridad que le confiere la Constitución Política del Perú

HA RESUELTO

1. Declarar **FUNDADA** la demanda de habeas corpus planteada a favor de Hipólito Guillermo Mejía Valenzuela por haberse comprobado la afectación del derecho al debido proceso en su vertiente de *ne bis in idem*.

2. En consecuencia **NULA** la resolución de fecha 1 de octubre de 2008, por medio de la cual la Décimo Cuarta Fiscalía Provincial Penal de Lima resuelve iniciar investigación preliminar fiscal y **NULOS** todos los actos posteriores derivados del inicio de la citada investigación; además **ORDENA** al Ministerio Público se abstenga de iniciar investigación sobre la base de los hechos que ya han merecido pronunciamiento fiscal.

Publíquese y notifíquese.

SS.

MESÍA RAMÍREZ
BEAUMONT CALLIRGOS
CALLE HAYEN
ETO CRUZ
ÁLVAREZ MIRANDA
URVIOLA HANI

Lo que certifico:

VICTOR ANDRES ALZAMORA CARDENAS
SECRETARIO RELATOR

FUNDAMENTO DE VOTO DEL MAGISTRADO CALLE HAYEN

Con el debido respeto que me merecen la opinión de mis distinguidos colegas, y no obstante compartir con los fundamentos expuestos por la mayoría, expongo los siguientes fundamentos:

1. Sostiene la Judicatura Ordinaria tanto en Primera como en Segunda Instancia, que el archivamiento de los distintos delitos imputados al favorecido obedeció a que, por el estado incipiente de la investigación, existía insuficiencia de elementos de prueba para sostener las imputaciones; agrega además que la desestimación de los delitos en aquella ocasión no se dedujo exclusivamente de los recaudos que en ese momento se tenían.

2. Que a fojas 652 a 655, corre la Resolución de fecha 6 de octubre del 2004 emitida por la Décima Quinta Fiscalía Provincial Penal de Lima, advirtiéndose de sus considerandos que el magistrado antes de llegar a determinar No Haber Mérito para formular denuncia contra el favorecido ha procedido a efectuar un análisis integral de los hechos, pronunciándose por cada uno de los ilícitos, no apareciendo de la evaluación efectuada que el archivamiento sea por déficit o falta de elementos de prueba. Tampoco ha dejado abierta la posibilidad que de existir nuevos elementos probatorios, no conocidos con anterioridad por el Ministerio Público, permitiría al titular de la acción penal reabrir la investigación preliminar.

3. Que en efecto el Fiscal de la Décimo Quinta Fiscalia Provincial precisó que "no existe indicios de que los denunciados hayan alterado la verdad en algún documento, ni tampoco han alterado la verdad intencionalmente y menos aún han ocasionado perjuicio alguno a la Fundación Privada INTERVIDA, ya que no ha existido ninguna observación a los informes de los Auditorias que obran en la presente denuncia"; ello no se puede interpretar como que las pruebas son insuficientes, máxime si para cada uno de los ilícitos existe una motivación detallada que llevan a concluir por que no existe mérito para aperturar denuncia penal; máxime si el pronunciamiento estuvo sustentado en mérito a las pruebas documentales que obran en la investigación; desvaneciéndose la posibilidad de una conducta ilícita por parte del beneficiario.

4. En cuanto al Ne bis In Idem ; compulsados los hechos históricos que fueron materia de decisión para el archivo definitivo, plasmada en la Resolución Fiscal de fecha 6 de octubre de 2004, emitida por la Décimo Quinta Fiscalía Provincial Penal de Lima, confirmada por la Primera Fiscalía Superior Penal de Lima, mediante

Resolución de fecha 28 de enero del 2005, se puede advertir de manera objetiva que se tratan de los mismos hechos históricos, por lo que existiendo identidad fáctica entre aquellos en razón a que provienen de un mismo acontecimiento histórico, no advirtiéndose que concurran nuevos elementos que permitan reabrir la cosa decidida, no resulta procedente reabrir investigación en contra del beneficiario.

5. Que a mayor abundamiento el Tribunal Constitucional en la STC N° 2725-2008-HC, viene sentando jurisprudencia, estableciendo que el principio de la interdicción de la persecución penal múltiple, conocido como " Ne bis In Ídem" igualmente rige los dictámenes expedidos por los señores Fiscales, esto es que el Fiscal, no puede investigar el mismo hecho, cuando ha emitido un pronunciamiento de fondo, considerando primigeniamente que el hecho denunciado "no constituye delito", pues ello constituiría un flagrante atentado al Principio del "Nen Bis In Ídem"; pues si bien es cierto el Ministerio Público, ostenta el monopolio del ejercicio público de la acción penal, es quien finalmente decide qué persona debe ser llevada ante los tribunales por la presunta comisión de un delito, por lo que sus decisiones aún y cuando tienen la naturaleza de "cosa decidida", no es menos cierto que deben estar revestidos de seguridad jurídica, acorde con las reglas del debido proceso.

6. Sin embargo este principio no alcanza cuando la decisión del Fiscal que dispone el archivamiento, ha obedecido a razones de deficiencia o falta de elementos de prueba, por cuanto la existencia de nuevos elementos probatorios, no conocidos con anterioridad por el Ministerio Público, permitiría al titular de la acción penal reabrir la investigación preliminar, hecho que no ha sucedido en la presente causa, por lo que procede estimar la pretensión del beneficiario.

7. Por las consideraciones expuestas mi VOTO también es porque se declare **FUNDADA** la demanda de habeas corpus.

Sr.

CALLE HAYEN

Lo que certifico:

VICTOR ANDRES ALZAMORA CARDENAS
SECRETARIO RELATOR

Exp. N° 01887-2010-PHC/TC
LIMA
HIPOLITO GUILLERMO MEJÍA VALENZUELA

VOTO SINGULAR DEL MAGISTRADO VERGARA GOTELLI

Emito el presente voto singular por los fundamentos siguientes:

1. Con fecha 15 de julio de 2009 doña Yesenia Coronel Huamán interpone demanda de hábeas corpus a favor de don Hipólito Guillermo Mejía Valenzuela y la dirige contra el Fiscal de la Cuarta Fiscalía Provincial Penal de Lima, señor Enrique Miranda Guardia, con la finalidad de que se disponga la nulidad de la Resolución Fiscal de fecha 1 de octubre 2008, emitida en la Investigación N° 38-2007, considerando que se está vulnerando el derecho al debido proceso por afectación al principio *ne bis in idem* vinculado con el derecho a la libertad individual del favorecido.

   Refiere que el representante del Ministerio Público ha iniciado una investigación fiscal sobre hechos que ya fueron objeto de análisis, investigación y de pronunciamiento fiscal anterior en el que se declaró no ha lugar a formalizar denuncia en contra del beneficiario y se dispuso el archivamiento definitivo.

2. En el presente caso el objeto de la demanda es que se declare la nulidad de la resolución fiscal que dio inicio a la investigación preliminar en contra del actor. Con tal propósito se sostiene que existe un anterior pronunciamiento fiscal por los mismos hechos en el que se declaró *no ha lugar a formalizar denuncia penal* en su contra, por lo tanto la tramitación de la investigación preliminar que se cuestiona vulneraría el principio *ne bis in ídem* en conexidad con el derecho a la libertad individual.

3. La Constitución establece expresamente en su artículo 200°, inciso 1 que el hábeas corpus procede cuando se vulnera o amenaza el derecho a la libertad individual o sus derechos constitucionales conexos. Ello implica que para que proceda el hábeas corpus el Hecho denunciado de inconstitucional debe necesariamente redundar en una afectación directa y concreta en el derecho a la libertad individual o, dicho de otro modo, la afectación a sus derechos constitucionales conexos debe incidir de manera negativa en el derecho a la libertad individual. Es por ello que el Código Procesal Constitucional prevé en su artículo 5° que "*no proceden los procesos constitucionales cuando*: [inciso] 1) *los hechos y el petitorio de la demanda no están referidos en forma directa al contenido constitucionalmente protegido del derecho invocado*".

4. En relación a la temática planteada en la demanda se debe destacar como queda dicho que el Tribunal Constitucional viene subrayando en su reiterada jurisprudencia que las actuaciones del Ministerio Público son postulatorias y en ningún caso decisorias sobre lo que la judicatura resuelva en cuanto a la imposición de las medidas coercitivas de la libertad [Cfr. RTC 07961-2006-PHC/TC, RTC 05570-2007-PHC/TC y RTC 01626-2010-PHC/TC, entre otras], resultando que los pronunciamientos judiciales que coartan la libertad individual si pueden ser objeto de un control constitucional a través del hábeas corpus por comportar un agravio directo a la libertad individual, claro está, siempre que cumplan con el requisito de firmeza que exige este proceso libertario.

5. En este orden de ideas cabe insistir en lo expresado por este Tribunal en la sentencia recaída en el Expediente N.° 03782-2008-PHC/TC en sentido de que *el proceso constitucional de hábeas corpus se habilita de manera excepcional respecto de actos o pronunciamientos que inciden de manera directa y negativa en el derecho a la libertad personal*, por lo que mal puede pretenderse la procedencia del proceso de la libertad individual contra todo acto judicial o fiscal pretextándose que *en el proceso penal o investigación fiscal que se sigue al actor se ha dictado una medida restrictiva de* [su] *libertad personal.*

   Entonces al tener la denuncia o acusación fiscal carácter eminentemente postulatorio en el proceso penal no puede constituir *en sí misma* una amenaza y menos la violación del derecho a la libertad individual. En sentido contrario, afirmar que la denuncia o acusación fiscal es indefectiblemente 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 calificándolo como un simple receptor pasivo, significando tal asunto un despropósito que solo busca configurar en la actuación fiscal que se cuestiona determinado nexo con el derecho a la libertad individual para así lograr encuadrar su pretensión dentro del marco de tutela del hábeas corpus. Por todo esto es que una denuncia o acusación fiscal de modo alguno puede llevar a condicionar las restricciones al derecho a la libertad individual cuya apreciación compete al Juez penal, por lo que su análisis de fondo en la vía del hábeas corpus excede su ámbito de tutela, en todo caso la vulneración a los derechos fundamentales que no resultan conexos a la libertad personal pueden ser materia de tutela a través del amparo reparador.

6. De otro lado es oportuno señalar que pretender llevar al ámbito de tutela del hábeas corpus limitaciones de menor grado, como lo son por ejemplo las perturbaciones o incomodidades que puedan ocasionar las citaciones fiscales (llámese por los justiciables injustificadas citaciones fiscales), es significar la procedencia de este proceso constitucional a una manera antojadiza con distinta finalidad a la que la ley le ha asignado. En cambio distinto es el tratamiento constitucional de un caso excepcional en el que de modo singular el fiscal haya ordenado la detención de una persona y ésta se haya ejecutado, o cuando se aprecie de manera manifiesta que los hechos de la demanda y las instrumentales que la acompañan presentan reiteradas

citaciones fiscales carentes de razonamiento y proporcionalidad con efectos que causen un perjuicio en la libertad de la persona humana, claro está que estos supuestos extravagantes pueden ser susceptibles de un análisis de fondo atendiendo a la particularidad del manifiesto agravio al derecho a la libertad individual y no por el sólo hecho de su narración en la demanda, pues en todo caso éste último supuesto de hábeas corpus restringido constituiría una limitación a la libertad en menor grado que debe ser mínimamente acreditado por el actor (tanto en su configuración como en el agravio al derecho constitucional reclamado) a fin crear convicción de *verosimilitud* en el juzgador constitucional.

7. Ahora, si bien este Tribunal Constitucional en casos concretos ha ingresado al fondo de una demanda de hábeas corpus para ***i)*** determinar que las resoluciones fiscales deben estar debidamente motivadas conforme a lo establecido por el inciso 5 del artículo 139.° de la Constitución (STC 6204-2006-PHC/TC) o ***ii)*** para proscribir la duración indefinida de una investigación fiscal (STC 5228-2006-PHC/TC), tanto así que el análisis del fondo no configuró *per se* la estimación de la demanda, antes bien en la sentencia recaída en el Expediente N.° 6204-2006-PHC/TC se precisó que la actuación fiscal en el caso *no* se configura una afectación concreta a la libertad personal.

   En esta línea de limitación y control del poder público y privado el Pleno de este Tribunal en la reciente sentencia recaída en el Expediente N.° 02748-2010-PHC/TC ha reconocido el marco de tutela del hábeas corpus ***respecto al derecho al plazo razonable de la investigación preliminar***, ello en atención a la proscripción de investigaciones fiscales *sine die* y por considerarlas *en sí mismas* limitativas del derecho a la libertad individual del investigado, obviamente que para dicho control se requiere que el investigado tenga sujeción al cuestionado proceso en sede fiscal en el cual se viene limitando su libertad personal o derechos constitucionales conexos (Vgr. el derecho a la libertad de tránsito), puesto que si el actor no tiene sujeción al proceso fiscal cuya nulidad pretende entonces ello quiere decir que no se viene perturbando u obstaculizando la libertad física o de locomoción, lo que comporta el rechazo de la demanda.

8. En el presente caso se alega que el favorecido fue investigado en sede fiscal en una anterior oportunidad en la que se dispuso *no ha lugar a lugar formalizar denuncia* en su contra, sin embargo el emplazado lo viene volviendo a investigar por los mismos hechos antes investigados, lo que presuntamente afectaría su derecho a la libertad individual. Entonces, el agravio a los derechos del actor se encuentran subsumidos en la resolución fiscal que lo denunció penalmente, actuación fiscal la cuestionada que como hemos venido sosteniendo NO AFECTA DE MANERA CONCRETA Y DIRECTA el derecho constitucional materia del hábeas corpus.

   Dicho de otro modo, si el Juez penal sobresee un proceso penal contra una persona y posteriormente se abre un proceso penal (o se vuelve a abrir el sobreseído) con comparecencia simple imputando al actor los mismos hechos y bajo los mismos

fundamentos. En tal caso, no es cierto que la demanda constitucional que corresponde es una de amparo? ___ Claro, por evidente falta de conexidad con el derecho a la libertad individual. Entonces, si en el presente caso se cuestiona el pronunciamiento fiscal que dio origen a la investigación preliminar -presuntamente afectando el principio ne bis in ídem- ¿cómo ello puede afectar de manera directa y concreta el derecho a la libertad personal para así configurar la procedencia del hábeas corpus? ___ Pues, de igual modo al anterior señalado no se aprecia la incidencia directa en el derecho a la libertad individual, menos aún si conforme a la normativa penal del caso sub materia el fiscal en ningún caso puede cortar el derecho que la materia del hábeas corpus.

De lo anteriormente expuesto se tiene que conforme a la reiterada jurisprudencia del Tribunal Constitucional la afectación al principio *ne bis in ídem* en sede fiscal no configura la procedencia del hábeas corpus ya que dicha arbitrariedad no manifiesta un agravio directo en el derecho a la libertad personal. Asimismo se debe advertir que el Pleno de este alto Tribunal no ha variado su criterio jurisprudencial en cuanto a esta temática (expresando la presunta incidencia directa y concreta de la mera investigación preliminar que vulnere el principio *ne bis in ídem* respecto al contenido constitucionalmente protegido del derecho a la libertad individual). **En consecuencia, considero que la demanda debe ser rechazada por no existir en los hechos denunciados una incidencia directa en el derecho a la libertad individual que pueda dar lugar a la procedencia del hábeas corpus**.

9. Sin perjuicio de lo anteriormente expuesto debo manifestar que la Constitución ha asignado al Ministerio Público (artículo 159°, inciso 5) una serie de funciones constitucionales entre las cuales destaca la facultad de conducir desde su inicio la investigación del delito y ejercitar la acción penal ya sea de oficio o a pedido de parte. Si bien es una facultad discrecional reconocida por el poder constituyente al Ministerio Público, es obvio que esta facultad, en tanto que el Ministerio Público es un órgano constitucional constituido y por ende sometido a la Constitución, no puede ser ejercida, irrazonablemente, con desconocimiento de los principios y valores constitucionales, ni tampoco al margen del respeto de los derechos fundamentales.

   En este sentido se tiene que la arbitrariedad denunciada en la presente demanda es susceptible de ser tutelada a través del proceso constitucional de amparo, por lo que este Colegido *excepcionalmente* podría emitir un pronunciamiento del fondo de la controversia, sin embargo se advierte que la demanda de autos fue postulada el día 15 de julio de 2009 cuando el plazo para su interposición –teniéndose a la resolución fiscal cuya nulidad se pretende– ya había prescrito, conforme a lo establecido por los artículos 44° y 5°, inciso 10 del Código Procesal Constitucional (C.P.Const.), presupuesto de procedibilidad que el Pleno del Tribunal Constitucional ha dejado establecido para la conversión excepcional del proceso de hábeas corpus a uno de amparo [Cfr. STC 05761-2009-PHC/TC]. En este sentido, en tanto la prescripción prevista en la norma es un presupuesto formal y no *de contenido constitucional*, se

tiene que el análisis del fondo de la presunta afectación al principio *ne bis in ídem* en abstracto por parte de este Colegiado –en mayoría– constituye un pronunciamiento para el caso concreto y no que se esté variando el reiterado criterio jurisprudencial de la materia ya establecido por el Tribunal Constitucional.

10. A mayor abundamiento, cabe señalar que en la sentencia en mayoría traída a mi Despacho se señala en su fundamento 6 que "(...) el artículo 200 inciso 1) de la Constitución, [] señala que el proceso de hábeas corpus procede contra cualquier autoridad, funcionario o persona que vulnera o amenaza la libertad individual y sus derechos Conexos. Es decir la legitimidad para obrar pasiva en este proceso no efectúa exclusión alguna, pudiendo ser comprendidos, como de hecho ha sucedido en mas de una oportunidad, los propios representantes del Ministerio Público.". Respecto a dicha afirmación considero necesario expresar que no es del todo precisa, puesto que dentro del citado dispositivo constitucional encontramos que procede el hábeas corpus, a) contra cualquier autoridad, funcionario o persona; y b) siempre que el sujeto pasivo vulnere o amenace el derecho a la libertad individual y derechos conexos. Ello significa que si bien no se excluye al Ministerio Publico como sujeto pasivo capaz de afrontar una demanda de hábeas corpus, ésta solo será procedente siempre y cuando dicho ente haya afectado el derecho a la libertad individual o sus derechos conexos (Vgr. La disposición fiscal de la conducción compulsiva del imputado, testigos, etc.), lo que indica *contrario sensu*, que de no existir una incidencia negativa en el derecho a la libertad individual y sus derechos conexos no procederá el proceso de hábeas corpus.

11. No obstante lo expresado debo señalar que en causa anterior este Colegiado conoció el proceso de hábeas corpus N° 05761-2009-PHC/TC en el que emití un voto singular dejando constancia que el propósito del cuestionado auto rogatorio no es más que el pedido de asistencia judicial en materia penal en el marco normativo del Tratado vigente celebrado entre la República del Perú y el Reino de España, y no que a través de él se esté imputando delitos o procesando a los actores.

Así, en dicho proceso se pretendía "(...) ***a)*** *la nulidad del Auto de fecha 29 de enero de 2009, emitido por el Juzgado Central de Instrucción Número Cinco, Audiencia Nacional Madrid, a cargo del magistrado español Baltasar Garzón en el extremo que incorpora al proceso penal a los favorecidos, e* ***b)*** *ineficaz cualquier acto en el Perú o extranjero derivado de dicho pronunciamiento judicial, toda vez que viola los principios del juez natural, territorialidad y soberanía del Estado peruano ya que se investiga en otro Estado el supuesto delito que se habría cometido en el Perú y por peruanos* [siendo] *competente*[s] *los tribunales nacionales.*

(...)

[Se cuestionó que el emplazado al] *ordenar que se investigue a los favorecidos por la presunta comisión del delito de estafa y otros, dentro del proceso seguido en España, viol*[ó] *los principios alegados además de la garantía de la cosa juzgada y*

del principio ne bis in ídem ya que en el Perú existió una investigación sobre los mismos hechos en el que la fiscalía resolvió su archivo definitivo."

En dicho voto singular mencioné que *del Dictamen Superior de fecha 28 de enero de 2005, con cuya existencia los favorecidos alegan la vulneración del principio ne bis in ídem, se aprecia que la declaratoria fiscal de no haber mérito para formalizar denuncia penal y la disposición del archivo definitivo se circunscribe a favor de don* ***Hipólito Guillermo Mejía Valenzuela*** *(uno de los beneficiarios de la presente demanda), en los que los hechos son distintos al crimen que constituiría los procesos arbitrales realizados en el Perú, que son el sustento de la resolución judicial española que se cuestiona.* ***Por tanto no se configuraría la vulneración del principio ne bis in ídem. En cuanto a esto último se debe agregar que el doble pronunciamiento fiscal de "no ha lugar ha formalizar denuncia penal" genera un status de inamovible respecto a los hechos investigados y no de cosa juzgada en tanto en sede fiscal no hay juzgamiento****, sin embargo dicho status decae cuando* ***i)*** *aparecen nuevos elementos probatorios no conocidos con anterioridad por el Ministerio Público, o* ***ii)*** *se acredite de manera manifiesta irregularidad en la investigación fiscal primigenia.* (Éstos supuestos pueden operar aún cuando el pronunciamiento fiscal en doble instancia haya señalado que lo actuado no constituye delito, lo que debe ser analizado caso por caso). *No obstante, si de la demanda se acusa la configuración de la vulneración al principio ne bis in ídem con una denuncia fiscal o la mera imputación de un ilícito penal en sede judicial (esto último porque así lo considera el demandante), entonces tal* demanda constitucional *ha desbordado el ámbito de tutela del hábeas corpus toda vez que ni la* formalización de una investigación fiscal *ni la mera* denuncia fiscal o la *imputación de un ilícito penal* a través del *auto de apertura de instrucción* penal *inciden* en sí mismas *de manera negativa y directa en el derecho a la libertad individual, que si bien pueden ser tutelados a través de la vía excepcional del amparo reparador, en presente caso no se cumple los presupuestos para su procedibilidad.*

12. En tal sentido reitero mi posición esbozada en dicho voto singular, reafirmándome respecto a que el hecho de que el fiscal emita dictamen de "*No ha Lugar a formalizar denuncia penal*" no constituye cosa juzgada, puesto que en sede fiscal no hay juzgamiento. No obstante ello de presentarse nuevos elementos probatorios no conocidos con anterioridad por el ente fiscal o de acreditarse irregularidades en la investigación preliminar y, como consecuencia de ello, se iniciase o reabriera una investigación fiscal tampoco procedería el proceso de hábeas corpus, puesto que conforme hemos señalado, el inicio de la investigación fiscal cuestionada no genera un agravio directo y concreto al derecho a la libertad individual de don Hipólito Guillermo Mejía Valenzuela que pueda dar lugar a la procedencia de la demanda.

13. Por consiguiente al no existir afectación directa en el derecho a la libertad individual, la demanda debe ser rechazada en aplicación del inciso 1 del artículo 5° del Código Procesal Constitucional.

Por lo expuesto mi voto es porque se declare **IMPROCEDENTE** la demanda de hábeas corpus.

Sr.
VERGARA GOTELLI

Lo que certifico:

VICTOR ANDRES ALZAMORA CARDENAS
SECRETARIO RELATOR