EXP. N.° 05036-2009-PHC/TC
AYACUCHO
JOSÉ SEGUNDO GUTIÉRREZ HERRADA

SENTENCIA DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

En Lima, a los 17 días del mes de marzo de 2010, la Sala Segunda del Tribunal Constitucional, integrada por los magistrados Mesía Ramírez, Beaumont Callirgos y Eto Cruz, pronuncia la siguiente sentencia

ASUNTO

Recurso de agravio constitucional interpuesto por don José Segundo Gutiérrez Herrada contra la resolución de la Primera Sala Penal de la Corte Superior de Justicia de Ayacucho, de fojas 337, su fecha 31 de agosto de 2009, que declaró infundada la demanda de hábeas corpus de autos.

ANTECEDENTES

Con fecha 21 de julio de 2009, don José Segundo Gutiérrez Herrada interpone demanda de hábeas corpus y la dirige contra el fiscal de la Primera Fiscalía Supraprovincial Especializada en Derechos Humanos y Terrorismo de Ayacucho, señor Andrés Avelino Cáceres Ortega, a fin de que se deje sin efecto la denuncia fiscal y se ordene su inmediata libertad en el proceso penal que se le sigue por la supuesta comisión del delito de homicidio calificado –ejecución extrajudicial- en agravio de don Claudio Palomino Curo y otros (Expediente N.° 01454-2007), pues considera que la denuncia fiscal vulnera su derecho a la libertad individual y el principio del *ne bis in ídem*.

Refiere que el juez del Segundo Juzgado Supraprovincial Especializado en Derechos Humanos y Terrorismo de Ayacucho, en mérito a la denuncia fiscal N.° 005-2007, dictó auto de apertura de instrucción contra su persona y otros, imponiéndose mandato de detención, mediante Resolución N.° 04, de fecha 19 de noviembre de 2007. Al respecto, alega que la privación de su libertad es injusta y arbitraria por cuanto los mismos hechos, materia de juzgamiento, ya tuvieron un pronunciamiento en el fuero privativo militar, dictándose con fecha 10 de julio de 1990, auto de sobreseimiento a su favor y de otros, la que fue confirmada mediante ejecutoria de fecha 24 de julio de 1990. Asimismo, cuestiona que la calificación de los hechos denunciados se encuadre en el delito de *homicidio calificado –ejecución extrajudicial–* porque tal tipo penal no existe en la legislación penal, lo que vulnera el principio de legalidad.

Realizada la investigación sumaria el demandante, a fojas 106, se ratifica en su demandada, señalando, además, que la sentencia dictada en el fuero privativo militar no fue anulada por la Corte Suprema de Justicia ni por Organismos Internacionales, por lo que sigue vigente en la actualidad. Por su parte, el fiscal demandado, en su declaración

explicativa obrante a fojas 120, señala que una vez analizados los actuados en la investigación preliminar formuló denuncia en su contra y otros coprocesados, ejerciendo en estricto sus funciones y conforme a los artículos del Código Penal, a la doctrina internacional de los derechos humanos, y a la jurisprudencia uniforme y reiterada emitida por el Tribunal Constitucional y los organismos internacionales. Agrega que el recurrente y los demás coprocesados han deducido medios técnicos de defensa (excepción de cosa juzgada, entre otros) que fueron desestimados por las instancias correspondientes, por lo que el proceso no es irregular, siendo que en la fecha se encuentra con acusación fiscal.

El Juzgado Especializado en Derecho Constitucional de Huamanga, con fecha 30 de julio de 2009, declaró infundada la demanda, por considerar que la resolución de sobreseimiento y su confirmatoria, dictadas en el fuero privativo militar, carecen de efecto jurídico, pues el fuero militar es incompetente para juzgar delitos contra la vida el cuerpo y la salud, dentro de los cuales se encuentra el homicidio calificado *–ejecución extrajudicial–*.

La Primera Sala Penal de la Corte Superior de Justicia de Ayacucho, con fecha 31 de agosto de 2009, confirmó la apelada por el mismo fundamento.

FUNDAMENTOS

1. El objeto de la presente demanda es que se deje sin efecto la Denuncia Fiscal N.º 005-2007, y se ordene la inmediata libertad del recurrente por vulneración de su derecho a la libertad individual y de los principios de *ne bis in ídem* y *legalidad penal*.

2. Que de acuerdo al artículo 159º, incisos 1 y 5 de la Constitución Política del Perú, al Ministerio Público le corresponde promover de oficio, o a petición de parte, la acción judicial; también debe tenerse en consideración que la sola denuncia fiscal no es suficiente para acreditar la existencia de un ilícito. Este Tribunal ya ha señalado que la función del Ministerio Público es requiriente; es decir, postulante y, en ningún caso, decisoria ni sancionatoria, pues no posee facultades coactivas ni de decisión directa para el inicio del proceso penal. Por ello, la Denuncia Fiscal N.º 005-2007, cuestionada en autos, no constituye vulneración del derecho a la libertad personal. En consecuencia, es de aplicación al caso el artículo 5º, inciso 1) del Código Procesal Constitucional.

3. En la STC 0010-2002-AI/TC, este Tribunal sostuvo que el principio de legalidad exige que por ley se establezcan los delitos y que las conductas prohibidas estén claramente delimitadas previamente por la ley. Como tal, garantiza la prohibición de la aplicación retroactiva de la ley penal (*lex praevia*), la prohibición de la aplicación de otro derecho que no sea el escrito (*lex scripta*), la prohibición de la analogía (*lex stricta*) y de cláusulas legales indeterminadas (*lex certa*).

4. Por tanto, el derecho a la legalidad penal no puede estar al margen del ámbito de los derechos protegidos por la justicia constitucional frente a supuestos como la creación judicial de delitos o faltas y sus correspondientes supuestos de agravación

o, incluso, la aplicación de determinados tipos penales a supuestos no contemplados en ellos. El derecho a la legalidad penal vincula también a los jueces penales, y su eventual violación posibilita obviamente su reparación mediante este tipo de procesos de tutela de las libertades fundamentales.

5. Como regla general, la tipificación penal y la subsunción de las conductas ilícitas no son ni deberían ser objeto de revisión en estos procesos. Solo excepcionalmente se puede efectuar un control constitucional sobre una resolución judicial por afectación del principio de legalidad penal y, en concreto, en aquellos casos en los que, al aplicar un tipo penal o imponer una sanción, el juez penal se aparte del tenor literal del precepto o cuando la aplicación de un determinado precepto obedezca a pautas interpretativas manifiestamente extravagantes o irrazonables, incompatibles con el ordenamiento constitucional y su sistema material de valores.

6. Respecto al cuestionamiento referido a que el delito de homicidio calificado por *ejecución extrajudicial* no se encontraría tipificado en la legislación penal, según se aprecia en el Trigésimo Noveno Considerando (fojas 214) del auto de apertura de instrucción, se tiene que el Juez del Segundo Juzgado Supraprovincial Especializado en Derechos Humanos y Terrorismo de Ayacucho calificó los hechos imputados al recurrente en el delito de homicidio calificado *para ocultar otro delito*, conforme al artículo152° del Código Penal de 1924, vigente en la época que ocurrieron los hechos; no existe, por tanto, vulneración del principio invocado.

7. El Tribunal Constitucional ya ha señalado que el *ne bis in ídem* es un principio que informa la potestad sancionadora del Estado, el cual impide –en su formulación material- que una persona sea sancionada o castigada dos (o más veces) por una misma infracción cuando exista identidad de sujeto, hecho y fundamento. En su vertiente procesal, en cambio, tal principio comporta que *nadie pueda ser juzgado dos veces por los mismos hechos*, es decir, que un mismo hecho no pueda ser objeto de dos procesos distintos o, si se quiere, que se inicien dos procesos con el mismo objeto. Con ello se impide, por un lado, la dualidad de procedimientos, y, por otro, el inicio de un nuevo proceso cuando concurra la referida triple identidad entre ambos procesos (Cfr. Expediente N.° 2050-2002- HC/TC, Carlos Ramos Colque, fundamento 19).

8. Asimismo, este Tribunal Constitucional ha desarrollado el concepto de *ne bis in ídem*, precisando que en aquellos casos en los que el primer proceso seguido contra el procesado fue declarado nulo, no existiría tal vulneración del derecho. En efecto, dado que la exigencia primaria y básica de la dimensión procesal del *ne bis in ídem* es impedir que el Estado arbitrariamente persiga criminalmente a una persona por más de una vez, este Tribunal considera que tal arbitrariedad no se genera en aquellos casos en lo que la instauración y realización de un proceso penal se efectúa como consecuencia de haberse declarado la nulidad del primer proceso, tras constatarse que éste último se realizó por una autoridad jurisdiccional que carecía de competencia *ratione materiae* para juzgar un delito determinado. Y es que la garantía al interés constitucionalmente protegido por este derecho no opera por el sólo hecho de que se le oponga la existencia fáctica de un primer proceso, sino que

es preciso que éste sea jurídicamente válido (Expediente N.° 4587-2004-AA/TC; caso Santiago Martín Rivas, fundamento 74).

9. La competencia del fuero militar, de acuerdo al artículo 173° de la Constitución Política del Perú, se encuentra limitada para los delitos de función en los que incurran los miembros de las fuerzas armadas y policiales. Este Tribunal Constitucional se ha pronunciado, respecto del concepto de delito de función, señalando en la sentencia recaída en el Expediente N.° 0017-2003-AI/TC, que se trata de infracciones cometidas por miembros de las Fuerzas Armadas y Policiales en servicio, en las que la conducta que se imputa debe haber sido cometida con ocasión de actos de servicio. Asimismo, en la sentencia precitada se determinó la exigencia de que la infracción afecte "(...) bienes jurídicos de las Fuerzas Armadas o de la Policía Nacional tutelados por el ordenamiento jurídico, y que estén relacionados con el cumplimiento de los fines constitucionales y legales que se les encargan"; añadiéndose que ello implica, básicamente, la "(...) infracción de una obligación funcional, por la cual el efectivo estaba constreñido a mantener, o a realizar, un comportamiento a favor de la satisfacción de un interés considerado institucionalmente como valiosos por la ley, además la forma y modo de su comisión debe ser incompatible con los principios y valores consagrados en el texto fundamental de la República (deber militar)".

10. Este Tribunal ya ha señalado que los delitos contra el bien jurídico "vida" no pueden ser competencia del fuero militar, pues no constituye un bien institucional, propio o particular de las fuerzas armadas, ni la Constitución ha establecido un encargo específico a su favor, tal como ocurre con algunos contenidos del bien jurídico "defensa nacional". De este modo, el bien jurídico "vida" no puede ser protegido por el Código de Justicia Militar sino por la legislación ordinaria. (Cfr. Expediente N.° 0012-2006-PI/TC, fundamento 38). Es por ello que el delito de homicidio no puede constituir un delito de función y, en consecuencia, no puede ser competente el fuero militar para su juzgamiento.

11. En el presente *caso constitucional,* compulsadas las resoluciones que abrieron instrucción tanto en el fuero privativo militar (Resolución de fecha 4 de octubre de 1985, f. 3) como en el proceso penal (Expediente N.° 2007-1454, Resolución de fecha 19 de noviembre de 2007, f. 189), este Tribunal aprecia que en ambas se imputa al recurrente el delito de homicidio calificado al *haber detenido a nueve personas presuntamente vinculadas al Partido Comunista "Sendero Luminoso", quienes al permanecer varios días detenidos y sometidos a interrogatorios bajo tortura, fueron trasladados hasta el paraje de Pucuyacu, a las afueras de la ciudad de Huanta (Carretera Huanta –Huancayo), siendo victimados con arma de fuego en la cabeza por el Sub Oficial de Tercera José Segundo Gutiérrez Herrada y posteriormente inhumados clandestinamente*; y contra los mismos agraviados, los difuntos Claudio Palomino Curo, Gerardo Palomino Ricra, Esperanza Ruiz Soto, Gregorio Cunto Guillén, Faustino Cunto Tincopa, Alejandro Cunto Yaranga, Dionisa Villarroel Villanueva, María Elena Cavaría Jorge y Teodolfina Cavaría Jorge.

12. Sin embargo, conforme lo antes expuesto, habiendo el Tribunal Constitucional determinado que no resulta vulneratorio del *ne bis in ídem* el doble juzgamiento si el primer proceso se llevó a cabo ante un juez incompetente *ratione materiae*; en el presente caso, en tanto el fuero militar era incompetente para conocer del homicidio que se le imputa al accionante, el nuevo juzgamiento ante el fuero común de los mismo hechos no constituye vulneración del *ne bis in ídem*, por lo que la demanda debe ser desestimada.

13. En consecuencia, respecto a lo señalado en los fundamentos 3 a 9, es de aplicación, *contrario sensu*, el artículo 2º del Código Procesal Constitucional.

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

HA RESUELTO

1. Declarar **IMPROCEDENTE** la demanda en el extremo que cuestiona la Denuncia Fiscal N.º 005-2007.

2. Declarar **INFUNDADA** la demanda porque no se ha acreditado la vulneración del derecho a la libertad individual ni de los principios de *ne bis in ídem* y de legalidad.

Publíquese y notifíquese.

SS.

MESÍA RAMÍREZ
BEAUMONT CALLIRGOS
ETO CRUZ

Lo que certifico:

DR. VICTOR ANDRES ALZAMORA CARDENAS
SECRETARIO RELATOR