



## TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

EXP. N.º 08264-2006-HC/TC  
HUÁNUCO  
JORGE ISIDRO MURGA

### SENTENCIA DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

En Lima, a los 24 días del mes de marzo de 2008, la Sala Segunda del Tribunal Constitucional, integrada por los magistrados Mesía Ramírez, Vergara Gotelli y Álvarez Miranda, pronuncia la siguiente sentencia, con el voto en discordia del magistrado Vergara Gotelli, adjunto, y el voto dirimente del magistrado Eto Cruz

#### ASUNTO

Recurso de agravio constitucional interpuesto por don Jorge Isidro Murga contra la sentencia de la Primera Sala Penal de la Corte Superior de Justicia de Huanuco, de fojas 96, su fecha 8 de setiembre de 2006, que declara improcedente la demanda de autos.

#### ANTECEDENTES

Con fecha 12 de julio de 2006 el recurrente interpone demanda de hábeas corpus contra los magistrados de la Segunda Sala Penal de la Corte Superior de Justicia de Huánuco, aduciendo que se ha vulnerado su derecho al debido proceso en conexión con la libertad individual. Sostiene que fue sentenciado por la Sala emplazada con fecha 6 de agosto de 2004, por la comisión del delito de tráfico ilícito de drogas (Exp. N.º 697-2003); que solicitó la adecuación de los hechos tipificados en el artículo 296º-A al tipo penal previsto en el artículo 296º del Código Penal; y que sin embargo dicha pretensión fue declarada improcedente mediante resolución de fecha 29 de mayo de 2006 por la Sala demandada, resolución que -según sostiene- no se encuentra debidamente motivada, por lo que le genera indefensión. Afirma además que ha sido condenado por la conducta de *siembra de marihuana*, la cual a la fecha de producida (24 de mayo de 2003) no se encontraba sancionada penalmente, por lo que solicita se ordene su inmediata excarcelación.

Realizada la investigación sumaria los vocales emplazados manifiestan que la resolución cuestionada se ha emitido conforme a ley, habiendo sido desestimada la adecuación del artículo 296º del Código Penal por parte del Ministerio Público sin que el recurrente realizara observación alguna a dicho pronunciamiento. Asimismo señalan que la sentencia condenatoria de fecha 6 de agosto de 2004 no fue impugnada en su oportunidad, quedando firme y consentida, por lo que no se podría amparar la pretensión del demandante ya que atentaría contra el principio de firmeza e intangibilidad de las resoluciones judiciales. En consecuencia, solicitan que la demanda sea declarada improcedente.



## TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

El Segundo Juzgado Penal de Huánuco, con fecha 11 de agosto de 2006, declara improcedente la demanda por considerar que en el presente caso el recurrente no impugnó la resolución cuestionada, por lo que ésta adquirió firmeza.

La recurrida confirma la apelada por el mismo fundamento.

### FUNDAMENTOS

1. La demanda tiene por objeto impugnar la sentencia de fecha 6 de agosto de 2004 que condena al recurrente por la comisión del delito de tráfico de drogas (Exp. N.º 697-2003), alegándose que ésta no se encuentra debidamente motivada y que los hechos por los cuales fue procesado y condenado (*siembra de marihuana*) no constituían delito al momento de acaecidos (25 de mayo de 2003).
2. Si bien de autos se aprecia que el demandante invoca el derecho a la debida motivación de las resoluciones judiciales, lo cierto es que la denunciada vulneración del derecho aludido se funda en el hecho de que el órgano jurisdiccional presuntamente aplicó en la sentencia condenatoria un tipo penal que a la fecha de la comisión de los hechos investigados no se encontraba vigente. Por lo tanto, en aplicación del principio *iura novit curia* (consagrado en el artículo VIII del Código Procesal Constitucional), este Tribunal considera que la pretensión del demandante debe ser analizada en el sentido de que lo que denuncia únicamente es la afectación del principio de legalidad penal.

#### Principio de legalidad penal

3. El artículo 2.º, inciso 24, literal "d", de la Constitución Política del Perú, establece que: "Toda persona tiene derecho: (...) 24. A la libertad y a la seguridad personales. En consecuencia: (...) Nadie será procesado ni condenado por acto u omisión que al tiempo de cometerse no esté previamente calificado en la ley, de manera expresa e inequívoca, como infracción punible, ni sancionado con pena no prevista en la ley".
4. Con tal tenor se consagra el principio de legalidad penal, el que no sólo se configura como principio propiamente dicho, sino también como derecho subjetivo constitucional de todos los ciudadanos. Como principio constitucional informa y limita los márgenes de actuación de los que dispone el Poder Legislativo y el Poder Judicial al momento de determinar cuáles son las conductas prohibidas, así como sus respectivas sanciones. En tanto que, en su dimensión de derecho subjetivo constitucional, garantiza a toda persona sometida a un proceso o procedimiento sancionatorio que lo prohibido se encuentre previsto en una norma previa, estricta y escrita, y también que la sanción se encuentre contemplada previamente en una norma jurídica [Cfr. STC Exp. N.º 2758-2004-HC/TC].



## TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

5. Así, una de las garantías que dicho principio establece es que los justiciables sean procesados sobre la base de una ley previa a la realización de los hechos delictivos. Ello constituye una exigencia ineludible para el órgano jurisdiccional, quien sólo podrá procesar y condenar tomando como referencia una ley anterior respecto de los hechos materia de investigación (*lex praevia*). Esta proscripción de la retroactividad tiene su excepción en la aplicación retroactiva de la ley penal cuando ésta resulta favorable al procesado, conforme a lo previsto en el artículo 103° de la Constitución.

### Actos de cultivo de *cannabis sativa*-marihuana

6. Conforme a la sentencia condenatoria de fecha 6 de agosto de 2004 (fojas 6 de autos), el recurrente fue condenado sobre la base del artículo 296°-A del Código Penal, siendo el hecho que motivó el proceso el referido a que con fecha 25 de mayo de 2003 personal oficial de la Jefatura Antidrogas de Huánuco ingresó a la propiedad de don Silvestre Isidro Maxi, padre del accionante, descubriendo en él cinco plantones de marihuana con un peso bruto de setecientos gramos, así como huellas correspondientes a doscientos plantones de marihuana recientemente extraídos.
7. El artículo 296°-A, conforme a la Ley N.º 28002, de fecha 17 de junio de 2003, reprime los actos de cultivo de *cannabis sativa*-marihuana:

El que **promueve, favorece, financia, facilita o ejecuta actos de siembra o cultivo de plantas de amapola o adormidera de la especie *papaver somniferum* o marihuana de la especie *cannabis sativa*** será reprimido con pena privativa de libertad no menor de ocho años ni mayor de quince años y con ciento ochenta a trescientos sesenta y cinco días-multa e inhabilitación conforme al artículo 36, incisos 1, 2 y 4 (...) [el subrayado es nuestro].

8. Sin embargo, este Colegiado considera pertinente precisar que dicho enunciado no siempre estuvo presente en nuestra ley penal, toda vez que fue mediante Ley N.º 28002, de fecha 17 de junio de 2003, que se incorporó al Código Penal. Asimismo conviene recordar que el actual Código Penal entró en vigencia con fecha 9 de abril de 1991 y que sufrió una modificación por una *fe de erratas* el 13 de abril del mismo año, modificación que eliminó la conducta de *cultivo* de la redacción del tipo penal base previsto en el artículo 296° del mismo cuerpo normativo.
9. Dicha situación, no obstante, fue variando con el transcurrir del tiempo. Así, mediante Leyes N.ºs 26223 y 26332 se incorporaron al ordenamiento sustantivo el artículo 296°-C (*coacción al cultivo de plantas de coca*) y el artículo 296°-D (*promoción y favorecimiento de los sembríos de amapola*), lo que supuso que el legislador sancionara nuevamente como delito la conducta de cultivo de algunas especies (coca y amapola). Sin embargo, la siembra de marihuana estuvo excluida de dicha tipificación, situación que recién se modificó con la entrada en vigencia de la Ley N.º 28002 (publicada el 17 de junio de 2003), la misma que reintrodujo con



## TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

un nuevo texto el ya mencionado artículo 296°-A al Código Penal.

10. Es preciso recalcar que este Tribunal Constitucional no es competente para analizar si determinada conducta se encuentra subsumida dentro de un tipo penal en particular, toda vez que dicho examen corresponde más bien al órgano jurisdiccional, de conformidad con las funciones encomendadas por la Norma Fundamental. Sin embargo, este Tribunal sí es competente para analizar si la norma que sirvió de base para condenar al recurrente resultaba retroactiva, lo que en caso se compruebe, vulneraría el principio de legalidad penal.

### Análisis del caso

11. Conforme consta del auto de apertura de instrucción de fecha 7 de junio de 2003 (fojas 12 del cuadernillo del Tribunal Constitucional), el actor fue procesado sobre la base del primer párrafo del artículo 296° del Código Penal, norma vigente al momento de la ocurrencia de los hechos delictivos. Asimismo, conforme a la acusación fiscal de fecha 14 de junio de 2004 (fojas 16 del cuadernillo del Tribunal Constitucional) fue acusado sobre la base del artículo 296-A del Código Penal, modificado por Ley N.° 28002, opinándose, asimismo, que no había mérito a acusar sobre la base de lo previsto en el artículo 296 del Código Penal. Dicha calificación jurídica de los hechos es asumida igualmente en el auto de enjuiciamiento (fojas 18 del cuadernillo del Tribunal).
12. Asimismo, en la sentencia condenatoria de fecha 6 de agosto de 2004 (fojas 6 de autos), se advierte igualmente que el autor fue condenado sobre la base del artículo 296°-A del Código Penal, estableciéndose que con fecha 25 de mayo de 2003 personal oficial de la Jefatura Antidrogas de Huánuco ingresó a la propiedad de don Silvestre Isidro Maxi, padre del accionante, descubriéndose allí cinco plantones de marihuana con un peso bruto de setecientos gramos, así como huellas correspondientes a doscientos plantones de marihuana recientemente extraídos.
13. En tal sentido, habiendo acontecido los hechos materia de investigación y condena el 25 de mayo de 2003, la condena por el tipo penal previsto en el artículo 296°-A del Código Penal (cuya entrada en vigencia se produjo en junio de 2003) resulta retroactiva, lo que atenta contra el principio de legalidad penal. Por otro lado, considerando que la interdicción de retroactividad tiene como excepción que ésta sea favorable al procesado, el órgano jurisdiccional no ha señalado de qué modo la aplicación del artículo 296-A del Código Penal resultaría más beneficiosa para el recurrente y, en tal sentido, legítima.
14. En atención a lo expuesto la pretensión debe estimarse y, por ello, debe dejarse sin efecto lo actuado en el proceso penal seguido al recurrente hasta el momento de producido el agravio, declarándose la nulidad de la sentencia condenatoria y todo lo actuado en el proceso hasta el auto de enjuiciamiento, así como la insubsistencia de la acusación fiscal.



## TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

15. Finalmente es preciso subrayar que si bien el recurrente solicita su inmediata libertad, en el presente caso la estimación de la pretensión no implica la excarcelación, pues es ese un asunto que no compete disponer al Tribunal Constitucional. Y es que, al reponerse las cosas al estado anterior al agravio, el efecto de ello sería que se deje sin efecto la sentencia condenatoria, resolución en la que se funda la restricción de la libertad que sufre el recurrente, debiendo el órgano jurisdiccional pronunciarse sobre la medida restrictiva de la libertad aplicable.

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

### HA RESUELTO

1. Declarar **FUNDADA** la demanda de hábeas corpus; en consecuencia **NULO** todo lo actuado en el proceso penal N.º 697-2003 seguido contra el recurrente por ante la Segunda Sala Penal de la Corte Superior de Justicia de Huánuco por la comisión del delito de tráfico ilícito de drogas, hasta la acusación fiscal, a cuyo estado debe reponerse la causa.
2. Disponer que, en el día, el juez de la causa se pronuncie sobre la medida cautelar personal aplicable, teniendo en cuenta lo resuelto en el presente proceso.

Publíquese y notifíquese.

SS.

**MESÍA RAMÍREZ  
ÁLVAREZ MIRANDA  
ETO CRUZ**

Lo que certifico:

Dr. Daniel Figallo Rivadenayra  
SECRETARIO RELATOR (F)



TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

EXP. N.º 08264-2006-HC/TC  
HUÁNUCO  
JORGE ISIDRO MURGA

### VOTO DE LOS MAGISTRADOS MESÍA RAMÍREZ Y ÁLVAREZ MIRANDA

Visto el recurso de agravio constitucional interpuesto por don Jorge Isidro Murga contra la sentencia de la Primera Sala Penal de la Corte Superior de Justicia de Huánuco, de fojas 96, su fecha 8 de setiembre de 2006, que declara improcedente la demanda de autos, los magistrados firmantes emiten el siguiente voto:

#### ANTECEDENTES

Con fecha 12 de julio de 2006 el recurrente interpone demanda de hábeas corpus contra los magistrados de la Segunda Sala Penal de la Corte Superior de Justicia del Huánuco, alegando que se ha vulnerado su derecho al debido proceso en conexión con la libertad individual. Alega que fue sentenciado por la sala superior emplazada con fecha 6 de agosto de 2004, por la comisión del delito de tráfico ilícito de drogas (Exp. N.º 697-2003); que solicitó la adecuación de los hechos tipificados en el artículo 296º-A al tipo penal previsto en el artículo 296º del Código Penal; y que, sin embargo, dicha pretensión fue declarada improcedente mediante resolución de fecha 29 de mayo de 2006 por la sala demandada, la misma que -según sostiene- no se encuentra debidamente motivada, por lo que le genera indefensión. Afirma además que ha sido condenado debido a la conducta de *siembra de marihuana*, la misma que a la fecha de acontecida (24 de mayo de 2003) no se encontraba sancionada penalmente, por lo que solicita se ordene su inmediata excarcelación.

Realizada la investigación sumaria, los vocales emplazados manifiestan que la resolución cuestionada se ha emitido conforme a ley, habiendo sido desestimada la imputación del artículo 296º del Código Penal por parte del Ministerio Público, sin que el recurrente realizara observación alguna a dicho pronunciamiento. Asimismo, señalan que la sentencia condenatoria de fecha 6 de agosto de 2004 no fue impugnada en su oportunidad, quedando firme y consentida, por lo que no se podría amparar la pretensión del demandante ya que atentaría contra el principio de firmeza e intangibilidad de las resoluciones judiciales. En consecuencia, solicitan que la demanda sea declarada improcedente.

El Segundo Juzgado Penal de Huánuco, con fecha 11 de agosto de 2006, declara improcedente la demanda, por considerar que en el presente caso el recurrente no impugnó la resolución cuestionada, por lo que ésta habría adquirido firmeza.

La recurrida confirma la apelada por el mismo fundamento.

E.



## TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

### FUNDAMENTOS

1. La demanda tiene por objeto impugnar la sentencia de fecha 6 de agosto de 2004, que condena al recurrente por la comisión del delito de tráfico de drogas (Exp. N.º 697-2003), alegándose que ésta no se encuentra debidamente motivada, y que los hechos por los cuales fue procesado y condenado (*siembra de marihuana*) no constituían delito al momento de acaecidos (25 de mayo de 2003).
2. Si bien de autos se aprecia que el demandante invoca el derecho a la debida motivación de las resoluciones judiciales, lo cierto es que la denunciada vulneración del derecho aludido se funda en el hecho de que el órgano jurisdiccional presuntamente aplicó en la sentencia condenatoria un tipo penal que a la fecha de la comisión de los hechos investigados no se encontraba vigente. Por lo tanto, en aplicación del principio *iura novit curia* (consagrado en el artículo VIII del Código Procesal Constitucional), consideramos que la pretensión del demandante deberá ser analizada en el sentido de que lo que alega únicamente es la afectación del principio de legalidad penal.

### Principio de legalidad penal

3. El artículo 2.º, inciso 24, literal "d", de la Constitución Política del Perú, establece que: "Toda persona tiene derecho: (...) 24. A la libertad y a la seguridad personales. En consecuencia: (...) Nadie será procesado ni condenado por acto u omisión que al tiempo de cometerse no esté previamente calificado en la ley, de manera expresa e inequívoca, como infracción punible, ni sancionado con pena no prevista en la ley".
4. Con tal tenor se consagra el principio de legalidad penal, el que no sólo se configura como principio propiamente dicho, sino también como derecho subjetivo constitucional de todos los ciudadanos. Como principio constitucional informa y limita los márgenes de actuación de los que dispone el Poder Legislativo y el Poder Judicial al momento de determinar cuáles son las conductas prohibidas, así como sus respectivas sanciones. En tanto que, en su dimensión de derecho subjetivo constitucional, garantiza a toda persona sometida a un proceso o procedimiento sancionatorio que lo prohibido se encuentre previsto en una norma previa, estricta y escrita, y también que la sanción se encuentre contemplada previamente en una norma jurídica [Cfr. STC Exp. N.º 2758-2004-HC/TC].
5. Así, una de las garantías que dicho principio establece es que los justiciables sean procesados sobre la base de una ley previa a la realización de los hechos delictivos. Ello constituye una exigencia ineludible para el órgano jurisdiccional, quien sólo podrá procesar y condenar tomando como referencia una ley anterior respecto de los hechos materia de investigación (*lex praevia*). Por otro lado, esta proscripción de la retroactividad tiene su excepción en la aplicación retroactiva de la ley penal cuando



## TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

ésta resulta favorable al procesado, conforme a lo previsto en el artículo 103° de la Constitución.

### Actos de cultivo de *cannabis sativa*-marihuana

6. Conforme a la sentencia condenatoria de fecha 6 de agosto de 2004 (fojas 6 de autos), advertimos que el recurrente fue condenado sobre la base del artículo 296°-A del Código Penal, siendo el hecho que motivó el proceso el referido a que con fecha 25 de mayo de 2003 personal oficial de la Jefatura Antidrogas de Huánuco ingresó a la propiedad de don Silvestre Isidro Maxi, padre del accionante, descubriendo en él cinco plántones de marihuana con un peso bruto de setecientos gramos, así como huellas correspondientes a doscientos plántones de marihuana recientemente extraídos.

7. El artículo 296°-A, conforme a la Ley 28002, de fecha 17 de junio de 2003, reprime los actos de cultivo de *cannabis sativa*-marihuana:

El que promueve, favorece, financia, facilita o ejecuta actos de siembra o cultivo de plantas de amapola o adormidera de la especie *papaver somniferum* o marihuana de la especie *cannabis sativa* será reprimido con pena privativa de libertad no menor de ocho años ni mayor de quince años y con ciento ochenta a trescientos sesenta y cinco días-multa e inhabilitación conforme al artículo 36, incisos 1, 2 y 4 (...) [el subrayado es nuestro].

8. Sin embargo, consideramos pertinente señalar que dicho enunciado no siempre estuvo presente en nuestra ley penal, toda vez que fue mediante Ley N.º 28002, de fecha 17 de junio de 2003 que se incorporó al Código Penal. Asimismo, conviene recordar que cuando el actual Código Penal recién entró en vigencia con fecha 9 de abril de 1991, y que sufrió una modificación por una "fe de erratas" el 13 de abril del mismo año, la misma que eliminó la conducta de "cultivo" de la redacción del tipo penal base previsto en el artículo 296° del mismo cuerpo normativo.

9. Dicha situación, no obstante, fue variando con el transcurrir del tiempo. Así, mediante Leyes N.ºs 26223 y 26332 se incorporaron al ordenamiento sustantivo el artículo 296°-C (*coacción al cultivo de plantas de coca*) y el artículo 296°-D (*promoción y favorecimiento de los sembríos de amapola*), lo que conllevó a que el legislador sancionara nuevamente como delito la conducta de cultivo de algunas especies (coca y amapola). Sin embargo, la siembra de marihuana estuvo excluida de dicha tipificación, situación que recién se modificó con la entrada en vigencia de la Ley N.º 28002 (publicada el 17 de junio de 2003), la misma que reintrodujo con un nuevo texto el ya mencionado artículo 296°-A al Código Penal.

10. Es preciso recalcar que este Tribunal Constitucional no es competente para analizar si determinada conducta se encuentra subsumida dentro de un tipo penal en particular, toda vez que dicho examen corresponde más bien al órgano



## TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

jurisdiccional, de conformidad con las funciones encomendadas por la Norma Fundamental. Sin embargo, creemos que sí es competente para apreciar si la norma que sirvió de base para condenar al recurrente resultaba retroactiva, lo que vulneraría el principio de legalidad penal.

### Análisis del caso

11. En el presente caso, conforme consta del auto de apertura de instrucción de fecha 7 de junio de 2003 (fojas 12 del cuadernillo del Tribunal Constitucional), el actor fue procesado sobre la base del primer párrafo del artículo 296° del Código Penal, norma vigente al momento de la ocurrencia de los hechos delictivos. Asimismo, conforme a la acusación fiscal de fecha 14 de junio de 2004 (a fojas 16 del cuadernillo del Tribunal Constitucional) fue acusado sobre la base del artículo 296-A del Código Penal, modificado por Ley N.º 28002, opinándose, asimismo, que no había mérito a acusar sobre la base de lo previsto en el artículo 296 del Código Penal. Dicha calificación jurídica de los hechos es asumida igualmente en el auto de enjuiciamiento (fojas 18 del cuadernillo del Tribunal).
12. Asimismo, en la sentencia condenatoria de fecha 6 de agosto de 2004 (fojas 06 de autos), se advierte igualmente que el autor fue condenado sobre la base del artículo 296°-A del Código Penal, estableciéndose que con fecha 25 de mayo de 2003 personal oficial de la Jefatura Antidrogas de Huánuco ingresó a la propiedad de don Silvestre Isidro Maxi, padre del accionante, descubriéndose allí cinco plantones de marihuana con un peso bruto de setecientos gramos, así como huellas correspondientes a doscientos plantones de marihuana recientemente extraídos.
13. En tal sentido, habiendo acontecido los hechos materia de investigación y condena el 25 de mayo de 2003, la condena por el tipo penal previsto en el artículo 296°-A del Código Penal (cuya entrada en vigencia se produjo en junio de 2003) resulta retroactiva, lo que atenta contra el principio de legalidad penal. Por otro lado, considerando que la interdicción de retroactividad tiene como excepción que ésta sea favorable al procesado, el órgano jurisdiccional no ha señalado de qué modo la aplicación del artículo 296-A del Código Penal resultaría más beneficiosa para el recurrente y, en tal sentido, legítima.
14. En atención a lo expuesto somos de la opinión que la pretensión debe estimarse y, por ello, que debe dejarse sin efecto lo actuado en el proceso penal seguido al recurrente hasta el momento de producido el agravio, declarando la nulidad de la sentencia condenatoria y todo lo actuado en el proceso hasta el auto de enjuiciamiento, así como la insubsistencia de la acusación fiscal.
15. Finalmente, debemos señalar que si bien el recurrente solicita su inmediata libertad, en el presente caso la estimación de la pretensión no implica la excarcelación, pues es ese un asunto que no compete al Tribunal Constitucional. Y es que, al reponerse las cosas al estado anterior al agravio, el efecto de ello sería que se deje sin efecto la



TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

sentencia condenatoria, resolución en la que se funda la restricción de la libertad que sufre el recurrente, debiendo el órgano jurisdiccional pronunciarse sobre la medida restrictiva de la libertad aplicable.

Por estas razones, nuestro voto es porque se declare

**FUNDADA** la demanda de hábeas corpus; porque se declare **NULO** todo lo actuado en el proceso penal N.º 697-2003 seguido contra el recurrente por ante la Segunda Sala Penal de la Corte Superior de Justicia de Huánuco por la comisión del delito de tráfico ilícito de drogas, hasta la acusación fiscal, a cuyo estado debe reponerse la causa; y porque se disponga que, en el día, el juez de la causa se pronuncie sobre la medida cautelar personal aplicable, teniendo en cuenta lo resuelto en el presente proceso.

Sres.

**MESÍA RAMÍREZ  
ÁLVAREZ MIRANDA**

Lo que certifico:

Dr. Daniel Figallo Rivadeneira  
SECRETARIO RELATOR (r)



TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

Exp. N.º 8264-2006-PHC/TC  
HUÁNUCO  
JORGE ISIDRO MURGA

### VOTO SINGULAR DEL MAGISTRADO VERGARA GOTELLI

Emito el presente voto en discordia por los siguientes fundamentos:

1. El proyecto de sentencia puesto a mi vista, que declara fundada la demanda, es contradictorio. Si se fundamenta que al actor se le condenó por una conducta que al momento de cometerse los hechos no estaba sancionada penalmente y que ello viola el principio de legalidad, entonces lo que corresponde es la inmediata libertad. Sin embargo, implicantemente se ordena declarar nula la sentencia y nulo lo actuado en el proceso penal hasta el auto de enjuiciamiento, así como la insubsistencia del dictamen acusatorio "sin que ello implique la excarcelación" ordenándose en el fallo que el Juez Penal "se pronuncie sobre la medida cautelar personal aplicable teniendo en cuenta lo resuelto en el presente hábeas corpus". De estas afirmaciones se desprende que lo que el proyecto, firmado por los otros dos magistrados, quiere decir (sin decirlo) es que al declararse fundada la demanda de hábeas corpus el Juez Penal debe ordenar la libertad del recurrente y que dicte comparecencia restringida para continuar el proceso penal, pues el propio proyecto de sentencia ha dejado subsistente la denuncia Fiscal y el auto de apertura de instrucción. Repito, esto es contradictorio porque al mismo tiempo se señala que la demanda es fundada "sin que ello implique la excarcelación".
2. No estoy de acuerdo con el proyecto porque al parecer no se ha analizado bien los hechos y la prueba de actuación inmediata que obra en autos. Lo que busca en realidad el recurrente es la adecuación de su pena al tipo penal básico, por el que fue denunciado y en cuyo mérito se abrió proceso penal, toda vez que se ha trasgredido el principio de retroactividad benigna, y es que el actor interpuso demanda de hábeas corpus contra los Jueces de la Segunda Sala Penal de Huánuco, Srs. César González Aguirre y Cecilia Garay Molina, señalando que en proceso penal ha sido condenado por delito de tráfico ilícito de drogas según el tipo penal 296 - A (Comercialización y cultivo de amapola y marihuana y su siembra compulsiva), que solicitó adecuación al tipo penal 296 (promoción o favorecimiento al tráfico ilícito de drogas) y que dicho pedido fue denegado. Agregó en su demanda que fue condenado por una conducta que al momento de cometerse no estaba sancionada como delito. Sostuvo que el 24 de mayo del 2,003, fue detenido porque se encontró en su chacra 5 plántones de marihuana. Afirmó que en la fecha que fue detenido no estaba sancionada penalmente la conducta de siembra de marihuana y sin embargo la Segunda Sala Penal de Huánuco, con resolución de 6 de agosto del 2004, lo condenó por dicha conducta violando el principio de legalidad. Argumentando solo a la parte literal de los artículos y no el espíritu mismo de la ley penal, el recurrente sostiene audazmente que ha sido condenado en contra del principio de legalidad,



## TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

tratando de envolver con argucias al Tribunal Constitucional para que este ordene su libertad en funciones que no le competen. En su propia demanda sostiene que "lo que corresponde es la adecuación del tipo penal para acogerse a los beneficios penitenciarios" Para poder saltar la valla de los requisitos establecidos para el hábeas corpus, cómodamente sostiene que la sentencia condenatoria no está debidamente motivada y que lo antes expuesto viola su derecho a la libertad individual. Solicita que se ordene su inmediata excarcelación.

3. Lo cierto es que al recurrente se le detuvo por delito flagrante cuando la Policía en uso de sus funciones intervino su chacra y encontró sembrados en ella 5 plántones de marihuana con un peso aproximado de 700 kilos. Debido a ello el Fiscal Provincial lo denunció por Delito contra la Salud Pública, Tráfico Ilícito de Drogas, específicamente por promoción o favorecimiento al Tráfico ilícito de drogas, delito previsto y sancionado en el artículo 296 del Código Penal. El Juez acogió la denuncia y emitió auto de apertura de instrucción con mandato de detención, también por el tipo penal previsto y sancionado en el artículo 296 del Código Penal. El 17 de junio del 2003, estando en trámite el proceso penal seguido contra el recurrente, se modificó el Código Penal y se incorporó el artículo 296 - A, que comprendía como conducta penalmente sancionable la siembra de marihuana. Al emitir dictamen de acusación el Fiscal Superior adecuó su posición a la modificación legal antes señalada y propuso que correspondía juzgarse de acuerdo al tipo penal del artículo 296 - A. El demandante no apeló de dicha decisión y se llevó a cabo el Juicio oral que concluyó en sentencia condenatoria en base al aludido tipo estatuido en el artículo 296 - A del Código Penal (siembra de marihuana). Valga resaltar que en todo el curso del proceso el demandante reconoció haber cometido el delito instruido, es por ello que no impugnó la sentencia de condena y ésta se declaró consentida. Posteriormente solicitó la adecuación de su pena al tipo penal por el que inicialmente fue denunciado, es decir el tipo penal genérico (art. 296) argumentando que en este tipo genérico puede acogerse a beneficios penitenciarios. Denegada su petición hasta por dos veces acude al hábeas corpus pidiendo su libertad argumentando que se ha violado el principio de legalidad.
4. Al leer la sentencia que condena al recurrente y verificar si el delito por el cual se condena estaba vigente en el momento de producirse los hechos, se presenta a primera vista, pero sólo en apariencia, una violación al principio de legalidad, pues la siembra de marihuana no estaba sancionada penalmente cuando ocurrieron los hechos. Debe tenerse en cuenta que el legislador cuando incorporó el artículo 296 - A tomó los elementos constitutivos objetivos del tipo penal del artículo 296, que es el tipo básico o genérico, para precisar la conducta que debía sancionarse, pues, si antes se condenaba con pena privativa de la libertad mínima de ocho años y máxima de quince a quien "promovía, favorecía o facilitaba el consumo ilegal de drogas tóxicas, estupefacientes o sustancias psicotrópicas, mediante actos de fabricación o tráfico o a quien las posea con este último fin", ahora, se sanciona con pena privativa de la libertad mínima de ocho años y máxima de quince a quien siembra marihuana (artículo 296 - A incorporado por la ley 28002 en el Código Penal), razón por la que entrada en vigencia la conducta específica penalmente sancionada el Fiscal superior, en su dictamen de acusación, adecuó su posición al nuevo tipo penal



## TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

y el recurrente no la impugnó. Hay que advertir, que mientras el artículo 296 del Código Penal regula la conducta de manera genérica, el otro regula la conducta de manera específica; a ello hay que agregar que ambos tienen la misma penalidad, por lo que no se ve afectado el principio de legalidad. Lo que sí debe rescatarse es la diferencia radica, además de la especificidad, en que mientras que para el artículo 296 - A no existen beneficios penitenciarios para el 296 si los hay siempre que se trate de la primera condena a pena privativa de libertad (artículo 4° de la ley 26320), pedido que realizó el actor y que le fue denegado, motivo por el que acudió al hábeas corpus impugnando precisamente la resolución que declaró improcedente la adecuación del tipo penal.

5. De lo expuesto en el fundamento anterior considero que en el presente caso existe conflicto entre normas del mismo rango - de éstas con la Constitución, pues el recurrente solicita que se le aplique la más favorable. Las normas en conflicto son de materia penal por lo que en atención a la previsión Constitucional del principio de retroactividad benigna debe aplicársele al recurrente del presente proceso constitucional la ley que más le favorece.
6. Por todo lo expuesto y en aplicación del iura novit curia, que establece que el órgano jurisdiccional competente debe aplicar el derecho que corresponda al proceso, aunque no haya sido invocado por las partes o lo haya sido erróneamente (artículo VIII del Título Preliminar del Código Procesal Constitucional), corresponde en el presente caso declarar fundada la demanda de hábeas corpus por violación del principio constitucional de retroactividad benigna, a fin de que el órgano jurisdiccional penal adecúe su decisión al tipo penal 296 (Básico) con el que se inició el proceso.

Por estas consideraciones mi voto es porque se declare **FUNDADA** la demanda en el sentido de la adecuación de la pena.

SR.  
**VERGARA GOTELLI**

Lo que certifico:

Dr. Daniel Figallo Rivadeneyr  
SECRETARIO RELATOR (C)



TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

EXP. N° 8264-2006-HC  
HUÁNUCO  
JORGE ISIDRO MURGA

**VOTO DEL MAGISTRADO ETO CRUZ**

Por los considerandos expresados por los Magistrados Mesía Ramírez y Álvarez Miranda, los que hago míos: mi voto es porque se declare **FUNDADA** la demanda de autos, suscribiendo lo demás que contiene el fallo de la referida sentencia.

**SR.  
ETO CRUZ  
MAGISTRADO**

Lo que certifico:

Dr. Daniel Figallo Rivadeneyra  
SECRETARIO RELATOR (r)