EXP. N.° 01792-2016-PHC/TC
AREQUIPA
RICARDO ALFONSO NICHO RÍOS

SENTENCIA DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

En Arequipa, a los 25 días del mes de enero de 2019, el Pleno del Tribunal Constitucional, integrado por los señores magistrados Blume Fortini, Miranda Canales, Ramos Núñez, Sardón de Taboada, Ledesma Narváez y Ferrero Costa, pronuncia la siguiente sentencia, con el abocamiento del magistrado Espinosa-Saldaña Barrera, conforme al artículo 30-A del Reglamento Normativo del Tribunal Constitucional. Asimismo, se agrega los fundamentos de voto de los magistrados Blume Fortini y Miranda Canales.

ASUNTO

Recurso de agravio constitucional interpuesto por doña Katherinne Liliann Casapia Flores contra la resolución de fojas 172, de fecha 8de marzo de 2016, expedida por la Primera Sala Penal de Apelaciones de la Corte Superior de Justicia de Arequipa, que declaró infundada la demanda de *habeas corpus* de autos.

ANTECEDENTES

Con fecha 11 de diciembre de 2015, doña Katherinne Liliann Casapia Flores, abogada de don Ricardo Alfonso Nicho Ríos, interpone demanda de *habeas corpus* y la dirige contra el juez del Primer Juzgado Penal Unipersonal de Moquegua, señor Edwin Rodríguez Barreda, y contra los jueces superiores integrantes de la Sala Penal de Apelaciones de la Corte Superior de Justicia de Moquegua, señores Laura Espinoza, Alegre Valdivia y Salas Bustinza. Solicita que se declare nula la Sentencia 39, Resolución 60, de fecha 11 de setiembre de 2013, y la Resolución 25, de fecha 27 de enero de 2014 (Expediente 00369-2009-95-2801-JR-PE-01/ SALA 348-2013-95). Alega la vulneración del principio de legalidad y retroactividad benigna de la ley penal.

Puntualiza la demandante que, mediante la referida Sentencia 39, Resolución 60, se condenó al favorecido a cinco años de pena privativa de la libertad efectiva, por la comisión del delito de colusión simple. Recurrida esta, la Sala Penal de Apelaciones de la Corte Superior de Justicia de Moquegua, mediante sentencia de vista, Resolución 25, confirmó la Sentencia en mención.

A su entender, con los citados pronunciamientos judiciales se ha vulnerado el principio de retroactividad benigna de la ley penal, pues los jueces emplazados, para condenar al favorecido por el delito de colusión, aplicaron la Ley 29758, vigente al momento de emitir sentencia, y no la Ley 26713, vigente al momento en que ocurrieron los hechos, bajo el sustento erróneo de que resultaba ser la norma más favorable por contemplar como sanción una pena más benigna.

En ese sentido, precisa que no se consideró que el tipo penal contenido en dichas leyes para regular el delito de colusión es diferente, pues en la Ley 26713 se requiere que se haya

defraudado y ocasionado un perjuicio real al Estado; en cambio, en la Ley 29758 se exige que exista intención de defraudar y posibilidad de perjudicar al Estado para que el delito esté consumado.

A partir de ello, la demandante manifiesta que se le sentenció de manera indebida, pues los actos colusorios que se le imputan, vinculados al proceso de licitación pública 009-2008-CE/MPMN, "Mejoramiento y ampliación del Mercado Central de Moquegua", no le generaron ningún perjuicio al Estado. En tal sentido, y de conformidad con los términos de la referida Ley 26713, la cual no penalizaba actos colusorios que no hubiesen ocasionado una defraudación efectiva y un concreto perjuicio a los intereses del Estado, se tiene que los hechos que se le imputan al favorecido y por los cuales fue condenado en los términos antes expuestos resulta ser atípica.

Asimismo, la demandante señala que el *quantum* de la pena impuesta al favorecido se determinó de manera arbitraria, pues para dosificarla se han valorado hechos y situaciones que forman parte del mismo tipo penal, como lo son el que la conducta ilícita perjudique el patrimonio del Estado, que el delito se materialice mediante la intervención de dos o más personas, la calidad del sujeto activo, entre otros más.

Don Erwin Alexi Rodríguez Barreda solicita que la demanda sea declarada improcedente, en razón de que los hechos que sustentan la demanda no están referidos en forma directa al contenido constitucionalmente protegido del derecho invocado; pues, en realidad, la pretensión de la demandante tiene como finalidad que se revise lo resuelto por la jurisdicción ordinaria (folio 110).

El procurador público adjunto al Poder Judicial, mediante escrito de fecha 8 de marzo de 2016, se apersonó al proceso y presentó informe escrito. En esa línea, solicitó que se desestime el recurso de apelación y se confirme la resolución recurrida, toda vez que las resoluciones judiciales en cuestión se emitieron en el marco de un proceso regular en el que se respetaron las garantías procesales del favorecido. De esta manera, concluye que no existe vulneración de los principios de legalidad y retroactividad benigna en materia penal, toda vez que los magistrados emplazados aplicaron la Ley 29758 al caso penal en concreto por ser la norma más favorable para al beneficiario (folio 203).

El Cuarto Juzgado de Investigación Preparatoria de Arequipa, mediante Resolución 7, de fecha 15 de febrero de 2016, declaró infundada la demanda por considerar que no se vulneró los derechos que se invocan en la demanda, en razón que la conducta imputada a don Ricardo Alfonso Nicho Ríos es típica de acuerdo con lo dispuesto en la Ley 26713, la cual estuvo vigente en el momento de la comisión de los hechos y contemplaba una pena privativa de la libertad no menor de tres ni mayor de quince años. Por ello, en aplicación del principio de retroactividad benigna se le aplicó la Ley 29758, vigente al momento de expedir sentencia, la cual, para el delito de colusión simple, establece una pena privativa de la libertad no menor

de tres ni mayor de seis años. Además, se precisa que la determinación de la pena es un acto propio de la jurisdicción ordinaria y, por tanto, no corresponde ser analizada en sede constitucional.

La Primera Sala Penal de Apelaciones de la Corte Superior de Justicia de Arequipa, mediante sentencia de vista 9-2016, Resolución 11-2016, en líneas generales, confirmó la apelada por similares fundamentos.

En el recurso de agravio constitucional se reiteran los fundamentos de la demanda.

FUNDAMENTOS

Petitorio

1. El objeto de la demanda es que se declare nula la Sentencia 39, Resolución 60, de fecha 11 de setiembre de 2013, mediante la cual se condenó a don Ricardo Alfonso Nicho Ríos a cinco años de pena privativa de la libertad efectiva, por la comisión del delito de colusión simple. Asimismo, se solicita la nulidad de la sentencia de vista, Resolución 25, de fecha 27 de enero de 2014, que confirmó la precitada condena (Expediente 00369-2009-95-2801-JR-PE-01/ SALA 348-2013-95).

2. Se alega la vulneración del principio de legalidad y retroactividad benigna de la ley penal.

Análisis del caso

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

4. En el caso de autos, en un extremo se alega que los jueces emplazados determinaron el *quantum* de la pena impuesta al favorecido de manera arbitraria, pues para dosificarla valoraron hechos y situaciones que forman parte del mismo tipo penal, como son el que la conducta ilícita perjudique el patrimonio del Estado, que el delito se materialice mediante la intervención de dos o más personas, la calidad del sujeto activo, entre otros más.

5. Al respecto, el Tribunal Constitucional en reiterada jurisprudencia ha señalado que no es instancia en la que pueda analizarse la determinación de la pena impuesta conforme a los límites mínimos y máximos establecidos en el Código Penal, toda vez que dicho aspecto

es materia que incluye elementos que compete analizar a la judicatura ordinaria en razón de que, para llegar a tal decisión, se requiere el análisis de las pruebas que sustentan la responsabilidad del sentenciado.

6. En consecuencia, respecto de lo señalado en el considerando 4 y 5 *supra*, es de aplicación el artículo 5, inciso 1, del Código Procesal Constitucional.

El principio de legalidad y el de retroactividad benigna en materia penal

7. El principio de legalidad penal contenido en el artículo 2, 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".

8. Este principio no solo 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 disponen los poderes legislativo y 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 (Expediente 2758-2004-HC/TC).

9. Por ello, constituye una exigencia ineludible para el órgano jurisdiccional que solo se pueda procesar y condenar con base en una ley anterior respecto de los hechos materia de investigación *(lex praevia)*.

10. Esta proscripción de la retroactividad tiene su excepción en la aplicación retroactiva de la ley penal cuando esta resulta favorable al procesado, conforme a lo previsto en el artículo 103 de la Constitución Política del Perú. El principio de retroactividad benigna propugna la aplicación de una norma jurídica penal posterior a la comisión del hecho delictivo a condición de que dicha norma contenga disposiciones más favorables al reo. Ello, sin duda, constituye una excepción al principio de irretroactividad de la aplicación de la ley y se sustenta en razones político-criminales, en la medida en que el Estado no tiene interés (o no en la misma intensidad) en sancionar un comportamiento que ya no constituye delito (o cuya pena ha sido disminuida) y, primordialmente, en virtud del principio de humanidad de las penas, el mismo que se fundamenta en la dignidad de la persona humana (Expediente 09810-2006-PHC/TC).

11. En el caso de autos, la accionante manifiesta que se ha vulnerado el principio de retroactividad benigna de la ley penal, pues los jueces emplazados, para condenar a don Ricardo Alfonso Nicho Ríos por el delito de colusión, aplicaron la Ley 29758, vigente al momento de emitir sentencia, y no la Ley 26713, vigente al momento en que ocurrieron los hechos, bajo el sustento erróneo de que resultaba ser la norma más favorable por contemplar como sanción una pena más benigna. En esa línea, manifiesta que no se consideró que el tipo penal contenido en dichas leyes para regular el delito de colusión es diferente, pues en la Ley 29758 se requiere que se haya defraudado y ocasionado un perjuicio real al Estado; en cambio, en la Ley 26713 únicamente se exige que exista intención de defraudar y posibilidad de perjudicar al Estado para que el delito esté consumado.

12. En tal sentido, la demandante manifiesta que se sentenció al favorecido de manera indebida, pues los actos colusorios que se le imputan, vinculados con el proceso de licitación pública 009-2008-CE/MPMN "Mejoramiento y ampliación del Mercado Central de Moquegua", no le generaron ningún perjuicio al Estado. Por ello, y de conformidad con los términos de la referida Ley 26713, la cual no penalizaba actos colusorios que no hubiesen ocasionado una defraudación efectiva y un concreto perjuicio a los intereses del Estado, se tiene que los hechos que se le imputan al favorecido y por las cuales fue condenado en los términos antes expuestos resultan ser atípicos.

13. Al respecto, el tipo penal contemplado para el delito de colusión se encuentra regulado en el artículo 384 del Código Penal, el cual fue modificado por el artículo 2 de la Ley 26713, publicada el 27 diciembre 1996, y señalaba lo siguiente:

> El funcionario o servidor público que, en los contratos, suministros, licitaciones, concurso de precios, subastas o cualquier otra operación semejante en la que intervenga por razón de su cargo o comisión especial defrauda al Estado o entidad u organismo del Estado, según ley, concertándose con los interesados en los convenios, ajustes, liquidaciones o suministros será reprimido con pena privativa de libertad no menor de tres ni mayor de quince años.

14. Por otro lado, dicho artículo fue modificado por la Ley 29758, publicada el 21 julio 2011, cuyo texto es el siguiente:

> El funcionario o servidor público que, interviniendo directa o indirectamente, por razón de su cargo, en cualquier etapa de las modalidades de adquisición o contratación pública de bienes, obras o servicios, concesiones o cualquier operación a cargo del Estado concerta con los interesados para defraudar al Estado o entidad u organismo del Estado, según ley, será reprimido con pena privativa de libertad no menor de tres ni mayor de seis años.

> El funcionario o servidor público que, interviniendo directa o indirectamente, por razón de su cargo, en las contrataciones y adquisiciones de bienes, obras o servicios, concesiones o cualquier operación a cargo del Estado mediante concertación con los interesados, defraudare patrimonialmente al Estado o entidad u organismo del Estado, según ley, será reprimido con pena privativa de libertad no menor de seis ni mayor de quince años.

15. El Tribunal Constitucional, en el Expediente 0017-2011-PI-TC, con respecto al término defraudar señaló lo siguiente:

> (...) éste ha merecido en la doctrina penal, interpretaciones que lo hacen compatible con los bienes constitucionales que informan la persecución de actos de colusión ilegal. Así, por ejemplo, es posible entender que defraudar implicaría traicionar la confianza del Estado depositada en estos funcionarios. Asimismo en el ámbito de la contratación estatal, el faltamiento a estos deberes funcionales genera un perjuicio patrimonial real o potencial (Abanto Vásquez, Manuel. Delitos contra la Administración Pública, Lima, Paletra.2003, p.313).

16. En esa misma dirección, la Sala Penal Permanente de la Corte Suprema de Justicia de la República, en la Casación 661-2016, fundamento décimo primero, precisó:

> (...) el tipo penal de colusión regulado en la Ley N.° 26713, no distingue - como es en la actualidad- entre colusión simple o agravada, por lo que la materialización de un perjuicio patrimonial como criterio de configuración del ilícito de colusión se desarrolló a nivel de la jurisprudencia. Así, se advierte diversa jurisprudencia emitida por este Supremo Tribunal donde pese a la ausencia de un perjuicio patrimonial concreto se daba por configurado el injusto de colusión, pues se entendía que la expectativa normativa que protegía el delito de colusión era el correcto funcionamiento de la esfera de la Administración Pública, por tanto defraudar al estado no debía entenderse exclusivamente como una mera disminución del patrimonio del Estado, siendo suficiente la producción de un perjuicio potencial o peligro de perjuicio (Vid. al respecto el fundamento N.° 3.4 del R.N. 2617-2012 del 22 de enero de 2014; fundamento jurídico N.° 3.1.2 del R.N. 1199-2013 del 06 de agosto de 2014). En ese sentido, independientemente del perjuicio patrimonial, el delito de colusión se configuraba con la materialización del acuerdo colusorio con potencialidad de defraudación, considerando muchas veces la existencia de un perjuicio patrimonial solo como un criterio para la determinación judicial de la pena.

17. A partir de lo cual, este Colegiado advierte que la Ley 26713, vigente en el momento de la materialización de los hechos, que regulaba el tipo penal establecido para el delito de colusión, sancionaba la conducta colusoria independientemente de que el perjuicio patrimonial contra el Estado se haya concretado o no, con una pena privativa de la libertad de tres años en su extremo mínimo y una máxima de quince años.

18. Con fecha 21 julio 2011 se emitió la Ley 29758, vigente al momento en que se emitió sentencia, la cual tipifica el delito de colusión simple y agravada. Así, se establece que la conducta colusoria que no le ocasione un perjuicio patrimonial al Estado, se sancionará como colusión simple, con una pena entre los tres y seis años de pena privativa de la libertad.

19. De conformidad con lo expuesto precedentemente, se aprecia que carecen de fundamento los alegatos de la recurrente referidos a que se vulneró el principio de legalidad y el de retroactividad benigna en materia penal, pues los jueces emplazados, al momento de resolver, aplicaron válidamente la Ley 29758 como fundamento jurídico de las resoluciones cuya nulidad se solicita, por ser esta más favorable para don Ricardo Alfonso Nicho Ríos que la Ley 26713, toda vez que esta última contenía en su extremo máximo una pena mayor para los acuerdos colusorios que no le generaban un perjuicio patrimonial efectivo al Estado, tal como aconteció en el caso penal que se le siguió al favorecido.

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

HA RESUELTO

1. Declarar **IMPROCEDENTE** la demanda de acuerdo con lo expuesto en el considerando 4 y 5 *supra*.

2. Declarar **INFUNDADA** la demanda en lo que se refiere a la vulneración del principio de legalidad y el de retroactividad benigna en materia penal.

Publíquese y notifíquese.

SS.

BLUME FORTINI

MIRANDA CANALES

RAMOS NÚÑEZ

SARDÓN DE TABOADA

LEDESMA NARVÁEZ

ESPINOSA-SALDAÑA BARRERA

FERRERO COSTA

PONENTE RAMOS NÚÑEZ

Lo que certifico:

Flavio Reátegui Apaza
Secretario Relator

EXP. N.° 01792-2016-PHC/TC
LIMA
RICARDO ALFONSO NICHO

FUNDAMENTO DE VOTO DEL MAGISTRADO ERNESTO BLUME FORTINI

Si bien concuerdo con la parte resolutiva de la sentencia, discrepo de lo afirmado en el fundamento 3, en cuanto consignan literalmente que:

- "La Constitución Política del Perú establece en el artículo 200, inciso 1, que mediante el *habeas corpus* se protege tanto la libertad personal como los derechos conexos a ella; (...)".

La razón de mi discrepancia se basa en las siguientes consideraciones:

- En primer lugar, el artículo 200, inciso 1, de la Constitución Política del Perú, señala expresamente que el habeas corpus:

  > *"(...) procede ante el hecho u omisión, por parte de cualquier autoridad, funcionario o persona, que vulnera o amenaza la* ***libertad individual*** *o los derechos constitucionales conexos."* (negrita agregada)

- En tal sentido, el fundamento del que me aparto, señala algo totalmente equivocado: que la Constitución hace referencia expresa a la libertad personal cuando en realidad se refiere en todo momento a la libertad individual.

- Además de eso, ambos fundamentos cometen otro grave yerro: equiparan libertad individual a libertad personal, como si fueran términos equivalentes o análogos cuando es la libertad individual, como hemos visto, la protegida por el hábeas corpus, además de los derechos constitucionales conexos, siendo la misma un derecho continente, que engloba una serie de derechos de primer orden, entre los que se encuentra por supuesto la libertad personal.

De otro lado, discrepo también de lo afirmado en el fundamento 5, en cuanto considera que el Tribunal Constitucional ha señalado en reiterada jurisprudencia que no es instancia en la que pueda analizarse la determinación de la pena impuesta, ya que dicho asunto compete a la judicatura ordinaria.

La razón de mi discrepancia se basa en las siguientes consideraciones:

- No obstante que, en principio, el habeas corpus no debe servir para revisar la pena impuesta por la justicia ordinaria, la revisión de lo resuelto por los órganos que integran tal justicia no es un asunto completamente ajeno a la Justicia Constitucional, como tan rotundamente se afirma en aquel fundamento.

- En efecto, hay casos excepcionales en que la Justicia Constitucional puede ingresar a revisar ello.

- Ello se da cuando se ha producido la violación de algún derecho fundamental o se ha afectado la Constitución de alguna forma, lo cual incluye a sus principios, valores e institutos, entre otros aspectos inherentes a la misma. Por ejemplo, cuando se da una pena irrazonable, no contemplada o fuera de los límites impuestos.

- Más aún, esa habilitación es propia y consustancial al Tribunal Constitucional, si se tiene en cuenta que le corresponde garantizar la vigencia efectiva de los derechos fundamentales y la primacía normativa de la Constitución, como instancia final en la jurisdicción nacional.

S.
BLUME FORTINI

Lo que certifico:

Flavio Reátegui Apaza
Secretario Relator
TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

EXP. N.° 01792-2016-PHC/TC
LIMA
RICARDO ALFONSO NICHO RÍOS

FUNDAMENTO DE VOTO DEL MAGISTRADO MIRANDA CANALES

En el presente caso, si bien me encuentro de acuerdo con el fallo de la sentencia, me aparto de lo señalado en los párrafos 15 y 16, en los que se hace una definición del delito de colusión, por cuanto no lo considero necesario para resolver el caso de autos.

S.

MIRANDA CANALES

Lo que certifico:

Flavio Reátegui Apaza
Secretario Relator
TRIBUNAL CONSTITUCIONAL