



EXP. N.º 02920-2012-PHC/TC
LIMA
ÓSCAR LUIS
CASTAÑEDA LOSSIO

SENTENCIA DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

En Lima, a los 23 días del mes de agosto de 2013, el Tribunal Constitucional, en sesión de Pleno Jurisdiccional, con la asistencia de los magistrados Urviola Hani, Vergara Gotelli, Mesía Ramírez, Calle Hayen, Eto Cruz y Álvarez Miranda, pronuncia la siguiente sentencia, con el voto singular de los magistrados Urviola Hani y Calle Hayen, que se agregan

ASUNTO

Recurso de agravio constitucional interpuesto contra la sentencia expedida por la Segunda Sala Penal para Procesos con Reos en Cárcel de la Corte Superior de Justicia de Lima, de fojas 261, su fecha 11 de abril de 2012, que declaró infundada la demanda de autos.

ANTECEDENTES

Con fecha 9 de enero de 2012 el recurrente interpone demanda de hábeas corpus contra la Sexta Sala Especializada en lo Penal para Procesos con Reos Libres de la Corte Superior de Justicia de Lima, solicitando que se declare la nulidad de la Resolución de fecha 14 de setiembre de 2011 que dispuso abrirle instrucción por los delitos de colusión desleal y de malversación de fondos (Exp. N.º 34432-2010).

Afirma que el Décimo Segundo Juzgado Especializado en lo Penal de Lima resolvió no abrirle instrucción por los delitos mencionados, pronunciamiento judicial que al ser apelado por el fiscal provincial originó que el fiscal superior opinara dando su conformidad con lo resuelto por el juzgado citado; sin embargo, la Sala emplazada ordenó que se le abra instrucción pese al desistimiento del titular de la acción penal. Señala que la cuestionada resolución no contiene una debida motivación y que al mismo tiempo resulta insuficiente ya que carece de una justificación razonada, que afecta sus derechos a la tutela procesal efectiva, al debido proceso, a la motivación de las resoluciones judiciales y el principio acusatorio. Agrega que la Sala emplazada decidió de manera arbitraria y usurpó la función del Ministerio Público, pues no existe proceso sin acusación.

El Procurador Público Adjunto del Poder Judicial se apersonó al proceso y solicitó que la demanda sea declarada improcedente.

El Décimo Octavo Juzgado Penal de Lima, con fecha 30 de enero de 2012, declaró infundada la demanda, por considerar que el recurrente fue denunciado penalmente por el fiscal provincial, quien de ese modo ejerció la acción penal, atribución constitucional que le da contenido al principio acusatorio; en ese sentido, si el juez de primera instancia declaró no haber mérito para abrir proceso penal, ello no vulnera el principio acusatorio. Ante ello la Sala Penal emplazada solicitó al fiscal superior opinión respecto de la apelación del auto de no apertura de instrucción y en tal sentido, tal opinión se encontraba limitada a la legalidad y consistencia interna del auto apelado, evaluación que no



constituye una manifestación del principio acusatorio, sino un mero examen de legalidad; por ello, resolver en contra de la opinión del Fiscal Superior no constituye una vulneración del principio acusatorio.

La Sala revisora confirmó la apelada por similares argumentos.

FUNDAMENTOS

Petitorio

1. La demanda tiene por objeto que se declare la nulidad de la Resolución de fecha 14 de setiembre de 2011, emitida por la Sala Penal emplazada en el Exp. N.º 34432-2010, que revocando la resolución que declaró no ha lugar a la apertura de instrucción en contra del recurrente, ordenó al juzgado de la causa le abra instrucción por los delitos de colusión desleal y malversación de fondos en agravio de la Municipalidad Metropolitana de Lima.
2. Sobre el particular, conviene indicar que es de conocimiento público que mediante la Resolución de fecha 22 de julio de 2013, emitida por la Sexta Sala Penal para Procesos con Reos Libres de la Corte Superior de Justicia de Lima en el Exp. N.º 34432-2010, se declaró fundada la excepción de naturaleza de acción propuesta por el recurrente.

Este hecho evidencia que luego de presentada la demanda ha cesado la agresión, por lo que cabría declarar su improcedencia; sin embargo, atendiendo al agravio producido y que éste se puede presentar en otros procesos penales, el Tribunal emitirá un pronunciamiento de fondo de acuerdo a lo establecido en el segundo párrafo del artículo 1º del Código Procesal Constitucional.

El Ministerio Público, su independencia y el principio de unidad del Ministerio Público

3. Conforme a lo dispuesto en los artículos 158º y 159º de la Constitución, el Ministerio Público es un órgano autónomo, que tiene entre sus atribuciones promover la acción judicial en defensa de la legalidad y de los intereses públicos tutelados por el derecho, velar por la independencia de los órganos jurisdiccionales y por la recta impartición de justicia, representar en los procesos judiciales a la sociedad, conducir desde su inicio la investigación del delito, ejercitar la acción penal de oficio o a petición de parte, entre otros.

Asimismo, el artículo 1º de la Ley Orgánica del Ministerio Público (LOMP) señala que: *“El Ministerio Público es el organismo autónomo del Estado que tiene como funciones principales la defensa de la legalidad, los derechos ciudadanos y los intereses públicos, la representación de la sociedad en juicio, para los efectos de defender a la familia, a los menores e incapaces y el interés social, así como para velar por la moral pública; la persecución del delito y la reparación civil. También velará por la prevención del delito dentro de las limitaciones que resultan de la presente ley y por la independencia de los órganos judiciales y la recta administración de justicia y las demás que le señalan la Constitución Política del Perú y el ordenamiento jurídico de la Nación”*.



4. En ese sentido, al Ministerio Público, en tanto órgano constitucionalmente constituido, le es exigible que el desarrollo de sus actividades las despliegue dentro de los mandatos normativos impuestos por la Constitución. Siendo justamente ello lo que le permite al Tribunal 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.
5. Es en este marco constitucional que ante la existencia de suficientes elementos incriminatorios que hacen necesaria una investigación judicial, el fiscal deberá formalizar la denuncia ante la judicatura penal competente, decisión que evidencia el desarrollo de una mínima actividad probatoria así como un razonable grado de convicción al que debe arribar el fiscal en el transcurso de esta investigación previa al proceso penal (juicio oral).
6. El problema se puede presentar en relación a que ocurre cuando el fiscal provincial penal considera que debe formular denuncia penal o dictamen acusatorio y el fiscal superior es de opinión contraria. Esto nos lleva inevitablemente a tomar en consideración cuáles son los alcances y los límites de la independencia y la autonomía del Ministerio Público.
7. Como referencia, en la STC 00004-2006-PI/TC, el Tribunal subrayó que:

“La independencia judicial debe ser entendida como aquella capacidad autodeterminativa para proceder a la declaración del derecho, juzgando y haciendo ejecutar lo juzgado, dentro de los marcos que fijan la Constitución y la Ley. En puridad, se trata de una condición de albedrío funcional.

El principio de independencia judicial exige que el legislador adopte las medidas necesarias y oportunas a fin de que el órgano y sus miembros administren justicia con estricta sujeción al Derecho y a la Constitución, sin que sea posible la injerencia de extraños [otros poderes públicos o sociales, e incluso órganos del mismo ente judicial] a la hora de delimitar e interpretar el sector del ordenamiento jurídico que ha de aplicarse en cada caso.

La independencia judicial debe, pues, percibirse como la ausencia de vínculos de sujeción política (imposición de directivas por parte de los órganos políticos) o de procedencia jerárquica al interior de la organización judicial, en lo concerniente a la actuación judicial *per se*, salvo el caso de los recursos impugnativos, aunque sujetos a las reglas de competencia.

La independencia, como una categoría jurídica abstracta, necesita materializarse de algún modo si pretende ser operativa. En tal sentido, no basta con que se establezca en un texto normativo que un órgano determinado es independiente y autónomo en el ejercicio de sus funciones, como el caso del artículo III del Título Preliminar de la Ley Orgánica de Justicia Militar [‘es autónoma y en el ejercicio de sus funciones sus miembros no dependen de ninguna autoridad administrativa’]; también es importante que la estructura orgánica y funcional de una jurisdicción especializada –como la militar– posibilite tal actuación.



De lo expuesto se desprende, entre otros aspectos, que el *principio de independencia de la función jurisdiccional* tiene dos dimensiones:

Independencia externa. Según esta dimensión, la autoridad judicial, en el desarrollo de la función jurisdiccional, no puede sujetarse a ningún interés que provenga de fuera de la organización judicial en conjunto, ni admitir presiones para resolver un caso en un determinado sentido. Las decisiones de la autoridad judicial, ya sea que ésta se desempeñe en la especialidad constitucional, civil, penal, penal militar, laboral, entre otras, no pueden depender de la voluntad de otros poderes públicos (Poder Ejecutivo o Poder Legislativo, por ejemplo), partidos políticos, medios de comunicación o particulares en general, sino tan solo de la Constitución y de la ley que sea acorde con ésta (...).

Independencia interna. De acuerdo con esta dimensión, la independencia judicial implica, entre otros aspectos, que, dentro de la organización judicial: 1) la autoridad judicial, en el ejercicio de la función jurisdiccional, no puede sujetarse a la voluntad de otros órganos judiciales, salvo que medie un medio impugnatorio; y, 2) que la autoridad judicial, en el desempeño de la función jurisdiccional, no pueda sujetarse a los intereses de órganos administrativos de gobierno que existan dentro de la organización judicial (...).

8. El razonamiento transcrito no puede predicarse al Ministerio Público, salvo en el caso de la independencia externa, pues en el caso de la independencia interna, no puede sostenerse lo mismo ni legislativamente ni argumentativamente.

En el primer caso, el artículo 5° de la LOMP, regula la autonomía funcional de los fiscales, y establece expresamente que “*Los Fiscales actúan independientemente en el ejercicio de sus atribuciones, las que desempeñarán según su propio criterio y en la forma que estimen más arreglada a los fines de su institución. Siendo un cuerpo jerárquicamente organizado deben sujetarse a las instrucciones que pudieren impartirles sus superiores*” (subrayado fuera del original).

Conforme a dicho dispositivo, los fiscales de menor grado o rango, deben sujetarse a las instrucciones de sus superiores, dado que queda claro que el Ministerio Público es un órgano orgánica y jerárquicamente estructurado, de modo que las competencias que se le han atribuidas puedan ser ejercidas por los funcionarios determinados para tal efecto, quienes pueden actuar conforme a su criterio o conforme a lo ordenado o dispuesto por sus superiores.

En sentido similar, cabe destacar que en el caso del retiro de la acusación fiscal en el transcurso del juicio oral, el inciso d) del artículo 387.4 del Nuevo Código Procesal Penal prescribe que “*La decisión del Fiscal jerárquicamente superior vincula al Fiscal inferior y al Juzgador*”.

9. En el segundo caso, no hay previsión legislativa para determinar la actuación de dos fiscales, de distintos grados, dentro de un mismo proceso o con relación a una incidencia.

En el caso del Poder Judicial el asunto es clarísimo, dado que en caso que se interponga un recurso de apelación, los actuados son elevados al superior, quien



puede confirmar, revocar o anular la resolución venida en grado; sin embargo, no puede ordenarle a la instancia inferior cómo debe resolver un asunto o cuestión litigiosa; a lo sumo puede disponer la realización de determinadas diligencias o actuaciones probatorias o que se emita una nueva sentencia pronunciándose sobre extremos anteriormente omitidos.

En el caso del Ministerio Público, lo que existe es una práctica que no solo carece de sustento normativo, sino que además, no es igual en todos los casos. Sin querer agotar todos los supuestos, veamos algunos ejemplos:

- a. Qué ocurre cuando el fiscal provincial en su dictamen refiere que no hay mérito para formalizar denuncia penal (supuesto parcialmente regulado en el artículo 78° del CdePP): si el dictamen es apelado en sede del Ministerio Público, éste es puesto en conocimiento del fiscal superior quien puede coincidir o no con el criterio del fiscal provincial. En el primer caso, no hay previsión de cómo debe proceder el fiscal superior, pero entendemos que no hay problema alguno, pues correspondería que el caso se archive, mientras que en el segundo supuesto, corresponde que el fiscal provincial acate lo ordenado por el fiscal superior, pues así lo establece la norma procesal precedentemente citada, la que además coincide con lo regulado en el artículo 5° de la LOMP (principio jerárquico).
- b. El problema se presentaría cuando el fiscal provincial formula denuncia y este criterio no es compartido por el juez penal quien archiva el proceso, y en vía de recurso de apelación la Sala Penal Superior conoce del recurso, y como lo dispone el tercer párrafo del artículo 77° del CdePP, remite los actuados a conocimiento del fiscal superior. Sin embargo, dicha norma solo establece el plazo para que se emitan tanto el dictamen fiscal superior así como la resolución correspondiente de la sala superior; sin embargo, no establece cuales son las consecuencias derivadas de la coincidencia o discrepancia en el contenido de los dictámenes emitidos por los representantes del Ministerio Público.

En caso de coincidir ambos dictámenes, es evidente que la denuncia penal presentada inicialmente subsiste, por lo que el Poder Judicial está facultado para ordenar que se abra instrucción; pero en caso que el dictamen del fiscal superior discrepe del dictamen del fiscal provincial ¿qué criterio debe mantenerse? En aplicación del artículo 5° de la LOMP, consideramos que debe primar el del fiscal superior.

- c. Otro supuesto es el que se presenta cuando el fiscal en su dictamen refiere que no hay mérito para formular acusación en un proceso penal, el mismo que se encuentra regulado en el artículo 220° del CdePP y conforme al cual, conforme se expone en los diversos incisos contenidos en dicho dispositivo, puede disponer el archivamiento del proceso, la ampliación de la instrucción o elevar la misma al superior jerárquico.

Queda claro que el objetivo de tal elevación, es para que el superior jerárquico se pronuncie de modo que si coincide con el criterio del fiscal, en el sentido que no hay mérito para acusar, en aplicación del principio acusatorio, es imposible que el juez penal pueda imponer sanción alguna (STC 2005-2006-PHC/TC). Si por el



contrario, el superior jerárquico ordena que se acuse, corresponde que el fiscal presente el dictamen acusatorio respectivo.

Sin embargo, lo que no está regulado, es cómo se debe proceder cuando el fiscal superior o supremo no comparte el criterio del inferior quien ha formulado acusación mientras que el juez penal opina que no hay mérito para pasar a juicio oral, de modo que elevados los actuados para su conocimiento, emite dictamen señalando que no procede acusar a determinada persona. Se puede asumir como hasta ahora ha ocurrido que ¿basta una acusación para que el juez penal emita un pronunciamiento de fondo? La respuesta es clara si tenemos que tal acusación es emitida por el fiscal superior, pero no tanto si lo ha sido por el fiscal provincial, ya que es contraria al dictamen del fiscal superior. Dicho de otro modo, aunque el fiscal provincial acuse, si el fiscal superior discrepa de la acusación, ¿puede el juez competente dictar una sentencia condenatoria? Consideramos que en aplicación del precitado artículo 5° de la LOMP, cuando un actuado llega a conocimiento del fiscal superior o supremo, es el criterio de éste el que debe primar sobre el criterio de los fiscales de menor jerarquía.

10. Lo expuesto por supuesto no debe afectar las relaciones entre el Ministerio Público y el Poder Judicial; de hecho, parte de la independencia y la autonomía del Poder Judicial se sustenta en que lo expuesto por los representantes del Ministerio Público no es vinculante para los órganos del Poder Judicial; y ello efectivamente es correcto, dado que la Constitución y las respectivas leyes orgánicas le otorgan a cada uno de tales órganos respectivos, el conjunto de competencias o atribuciones que les corresponden; sin embargo, el Poder Judicial, en materia penal no puede actuar al margen de las competencias del Ministerio Público, en tanto que éste es el titular de la acción penal y el órgano encargado de emitir dictámenes en forma previa a las resoluciones judiciales que la ley contempla, entre las cuales está la de emitir dictamen acusatorio (artículo 225° del CdePP). Sin embargo, las discrepancias que puedan presentarse entre los distintos funcionarios del Ministerio Público, no pueden ni deben ser zanjadas por la práctica o los criterios que viene aplicando el Poder Judicial, sino que deben serlo conforme a las reglas previstas para tal efecto por la LOMP.
11. En consecuencia, el Poder Judicial no debe asumir qué dictámenes son los que puede tomar en cuenta, sino que debe respetar las reglas existentes para tal efecto en la LOMP. Esto no importa una intromisión de un órgano constitucional respecto de otro, sino respetar el ordenamiento jurídico en cuanto regula el estatuto interno de los fiscales del Ministerio Público en todos sus niveles.

En caso contrario, el Poder Judicial puede terminar dando más validez a los dictámenes de un fiscal adjunto al provincial, por encima de lo opinado por un fiscal superior o supremo, sin tomar en cuenta los principios de unidad y de jerarquía en el Ministerio Público.

Finalmente, cabe precisar que el presente criterio jurisprudencial será aplicable por todos los órganos jurisdiccionales penales o mixtos a los casos que tengan en trámite. Los casos resueltos con criterios diferentes al presente no generan violación alguna, pues recién con la presente sentencia este Tribunal adopta una posición sobre la problemática analizada en el fundamento 9.c), *supra*.



Análisis del caso

12. Se cuestiona la resolución dictada por la Sala Penal emplazada que ordena se abra instrucción contra el recurrente, a pesar de que el fiscal superior discrepó, expresamente, de la denuncia del fiscal provincial. Cabe señalar que este proceso llegó a conocimiento de la Sala emplazada porque luego de interponerse la denuncia penal por parte del Ministerio Público, el Décimo Segundo Juzgado Penal de Lima, declaró no haber lugar a la apertura de instrucción contra el recurrente por los delitos de colusión desleal y de malversación de fondos en agravio de la Municipalidad Metropolitana de Lima, por lo que se ordenó el archivo definitivo de la denuncia en dicho extremo, decisión respecto de la cual discrepó el fiscal provincial.
13. Por ello, tanto la denuncia del fiscal provincial como la resolución del juez que señalan no haber lugar a la apertura de instrucción fueron puestos en conocimiento del fiscal superior competente, quien expresamente por dictamen del 24 de junio de 2011 opinó que se confirme la resolución del Décimo Segundo Juzgado Penal de Lima. Es evidente que el dictamen del fiscal superior contradice el dictamen del fiscal provincial denunciante. En consecuencia ¿cuál dictamen es el que debe quedar subsistente?
14. El Poder Judicial ha optado por considerar válido el dictamen del fiscal provincial y ha ordenado al juez de la causa que abra instrucción al recurrente; sin embargo, no ha considerado que este dictamen quedó sin efecto por el propio mérito del dictamen emitido por el superior, quien además es superior jerárquico del fiscal provincial. Y es que siendo el Ministerio Público el titular de la acción penal, corresponde a sus órganos emitir pronunciamiento sobre el particular, en el momento y oportunidad que corresponda, pero en modo alguno puede el Poder Judicial escoger cual dictamen queda subsistente y en consecuencia, cuál de ellos le sirve de sustento para emitir la resolución que considera pertinente. De modo que el dictamen del fiscal superior, prima sobre el dictamen del fiscal provincial, el cual queda sin efecto, y en consecuencia, no puede generar consecuencias procesales de ninguna naturaleza.
15. En ese sentido, aunque inicialmente se presentó una denuncia fiscal de manera oportuna, ésta no puede surtir los efectos esperados (que se abra instrucción), dado que aunque el dictamen fiscal superior no vincula a los jueces del Poder Judicial, si obliga a los fiscales inferiores, quienes deben adecuar su comportamiento funcional al contenido de los dictámenes de sus superiores jerárquicos. Por ello, aquella denuncia quedó sin efecto desde el momento en que el fiscal superior dictaminó en contrario, por lo que el Poder Judicial no puede pretender abrir instrucción, pues carece de la opinión expresa del órgano competente para tal efecto y a través del funcionario competente para ello; en el caso de autos, el fiscal superior.
16. Consecuentemente, se advierte que al recurrente se le inició un proceso penal sin que haya existido una denuncia fiscal válida. Consecuentemente, corresponde declarar fundada la demanda y disponer que la Sala Penal emplazada no vuelva a incurrir en las acciones que motivaron la interposición de la demanda.

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



HA RESUELTO

Declarar **FUNDADA** la demanda; en consecuencia, **ORDENAR** que, en el futuro, la Sexta Sala Especializada en lo Penal para Procesos con Reos Libres de la Corte Superior de Justicia de Lima actúe conforme al fundamento 9.c.

Publíquese y notifíquese.

SS.

VERGARA GOTELLI
MESÍA RAMÍREZ

ETO CRUZ
ÁLVAREZ MIRANDA



EXP. N.º 02920-2012-PHC/TC
LIMA
ÓSCAR LUIS
CASTAÑEDA LOSSIO

VOTO SINGULAR DEL MAGISTRADO URVIOLA HANI

Emito el presente voto en discordia bajo las siguientes consideraciones:

1. Con fecha 9 de enero de 2009 don Luis Castañeda Lossio interpone demanda de hábeas corpus contra las integrantes de la Sexta Sala Especializada en lo Penal para Procesos con Reos Libres de la Corte Superior de Justicia de Lima, vocales Piedra Rojas y Chamorro García, con el objeto de que se declare la nulidad de la Resolución de fecha 14 de setiembre de 2011 que, revocando la resolución que declaró *no ha lugar a la apertura de instrucción* en contra del actor, dispuso que se abra instrucción por los delitos de colusión desleal y malversación de fondos (Expediente N.º 34432-2010).

Al respecto, afirma que el Décimo Segundo Juzgado Especializado en lo Penal de Lima resolvió no abrir instrucción en su contra por los mencionados delitos, pronunciamiento judicial que al ser apelado por la fiscalía provincial dio lugar a que el fiscal superior opinara dando su conformidad con lo resuelto por el juzgado de primera instancia; aduce que sin embargo, las vocales emplazadas ordenaron que se abra la instrucción pese al desistimiento del titular de la acción penal. Señala que la cuestionada resolución no contiene una debida motivación y que al mismo tiempo resulta insuficiente ya que carece de una justificación razonada, lo cual afecta los derechos a la tutela procesal efectiva, al debido proceso, a la motivación de las resoluciones judiciales y el principio acusatorio. Agrega que la Sala Superior emplazada decidió de manera arbitraria y usurpadora a la función del Ministerio Público, pues no existe proceso sin acusación.

2. La Constitución establece expresamente en el artículo 200º, inciso 1, que el hábeas corpus procede cuando se vulnera o amenaza la libertad individual o los derechos constitucionales conexos a ella. No obstante, no cualquier reclamo que alegue la presunta afectación del derecho a la libertad individual o sus derechos conexos puede dar lugar al análisis del fondo de la materia cuestionada mediante el hábeas corpus, pues para ello debe examinarse previamente si los hechos cuya inconstitucionalidad se denuncia revisten relevancia constitucional y, luego, si agravan el contenido constitucionalmente protegido del derecho fundamental a la libertad personal.



Todo ello implica que para que proceda el hábeas corpus el hecho inconstitucional denunciado debe necesariamente redundar en una afectación directa y concreta en el derecho a la libertad individual. Es por ello que el Código Procesal Constitucional prevé en el artículo 5°, inciso 1, que “*no proceden los procesos constitucionales cuando: (...) los hechos y el petitorio de la demanda no están referidos en forma directa al contenido constitucionalmente protegido del derecho invocado*”.

3. Respecto a la procedencia del hábeas corpus, el Tribunal Constitucional en reiterada jurisprudencia ha precisado que si bien el juez constitucional puede pronunciarse sobre la eventual violación o amenaza de violación a los derechos constitucionales conexos, tales como los derechos al debido proceso, a la tutela procesal efectiva, a la motivación de las resoluciones judiciales, etc.; ello ha de ser posible siempre que exista conexión entre estos derechos y el derecho a la libertad individual, de modo que la amenaza o violación del derecho constitucional conexo incida también, en cada caso, en un agravio al derecho a la libertad individual.
4. Fluye del estudio de la demanda que vía el presente hábeas corpus se pretende que se declare la nulidad de la resolución judicial que revocó la resolución del juzgado –que declaró no ha lugar a la apertura de instrucción– y dispuso que se abra instrucción en contra del actor por los mencionados delitos.
5. Considerando lo expuesto y analizada la resolución judicial cuya nulidad se pretende, se aprecia que ***esta no determina una afectación directa y concreta en el derecho a la libertad individual, y que dicha ausencia de incidencia en el derecho fundamental materia de tutela del hábeas corpus comporta el rechazo de la demanda.*** En efecto, la declaración de nulidad de un auto que dispone que *no ha lugar a la apertura de instrucción*, en sí misma, no comporta un agravio al derecho a la libertad personal que pueda dar lugar a la procedencia de la demanda.

Al respecto es oportuno indicar que la declaración de nulidad de una resolución que dispone que no ha lugar a la apertura de instrucción, de un sobreseimiento o incluso de una sentencia, sea absolutoria o condenatoria, en sí, no determina una restricción del derecho a la libertad personal, pues cuestión distinta es que en dichos pronunciamientos judiciales, a su vez, se imponga una medida que coarte la libertad individual del procesado (investigado), lo cual no acontece en el caso de autos [Cfr. [RTC 02661-2012-PHC/TC](#)].

6. A mayor abundamiento, la emisión del auto de apertura no implica, *per se*, la imposición de medidas que coarten la libertad ambulatoria, pues es el juez penal de la causa quien, con base en los presupuestos procesales de la



materia y, si fuera el caso, decretará la medida coercitiva de la libertad personal que pueda corresponder. En este contexto el actor tiene expedita la vía ordinaria o constitucional a efectos de hacer valer los derechos que puedan haber sido afectados con la emisión de dicho pronunciamiento judicial, tema que *no* es la materia del presente hábeas corpus. ***En consecuencia, en la medida en que la resolución judicial cuya nulidad se pretende no determina una afectación directa y concreta en el derecho a la libertad personal, corresponde el rechazo de la demanda de autos.***

7. En consecuencia, la demanda debe ser rechazada en aplicación de la causal de improcedencia contenida en el artículo 5°, inciso 1, del Código Procesal Constitucional toda vez que el petitorio y los hechos que sustentan la demanda *no* están referidos en forma directa y concreta al contenido constitucionalmente protegido del derecho a la libertad personal.
8. Sin perjuicio de lo manifestado precedentemente, cabe hacer referencia a que, como es de conocimiento público, la Sexta Sala Penal para Procesos con Reos Libres de la Corte Superior de Justicia de Lima ha confirmado el auto de 28 de noviembre de 2012 que declaró fundada la excepción de naturaleza de acción deducida por la defensa técnica del recurrente, mediante resolución de 22 de julio de 2013 (Expediente N° 34432-2010).
9. Dado que lo pretendido en el presente proceso constitucional tiene como propósito que se declare la nulidad de la Resolución de fecha 14 de setiembre de 2011 que dispuso que se abra instrucción por los delitos de colusión desleal y malversación de fondos en contra del recurrente, y por otro lado que, como se ha expuesto *supra*, se ha estimado la excepción de naturaleza de acción por él interpuesta en el marco del proceso ordinario, resulta evidente que la alegada afectación se ha tornado irreparable.
10. Por tanto, considero adicionalmente que carece de objeto emitir pronunciamiento sobre el fondo de la controversia por haber operado la sustracción de la materia, resultando aplicable, a *contrario sensu*, el artículo 1° del Código Procesal Constitucional.

Por estas consideraciones mi voto es por declarar **IMPROCEDENTE** la demanda.

S.

URVIOLA HANI



EXP. N.º 02920-2012-PHC/TC
LIMA
ÓSCAR LUIS
CASTAÑEDA LOSSIO

VOTO SINGULAR DEL MAGISTRADO CALLE HAYEN

Haciendo uso de la facultad prevista en el artículo 5º de la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional, manifiesto a través de este voto, mi parecer discrepante con la ponencia, por las consideraciones siguientes:

1. Que conforme es de verse de la demanda que corre a fojas 1 de autos, el beneficiario con fecha 9 de enero de 2012 interpone demanda de Habeas Corpus, pues sostiene que los magistrados que emitieron la resolución de fecha 14 de setiembre de 2012 han afectado su derecho a la Tutela Procesal Efectiva, Debido Proceso (motivación) y al Principio Acusatorio, por lo que solicita que a través del presente proceso constitucional se declare:
 - a) La Nulidad de la Resolución de fecha 14 de setiembre de 2011 emitida por la Sexta Sala Especializada en lo Penal para procesos con Reos Libres, que resolvió Revocar la resolución de primera instancia que declaró No Ha Lugar la apertura de instrucción contra el beneficiario por el delito contra la Administración Pública – Colusión Desleal y Malversación de Fondos - en agravio de la Municipalidad Metropolitana de Lima y reformulándola dispuso que el Juez de la causa abra instrucción contra Oscar Luis Castañeda Lossio por el mismo delito.
 - b) Se emita nueva resolución conforme a lo decidido por el Fiscal Superior de la Sexta Fiscalía Superior Penal de Lima quien emitiendo opinión precisó que se encuentra de acuerdo con lo resuelto por el Juez de Primera Instancia y en contra del ejercicio de la acción penal.

Sostiene que con la emisión de las referidas resoluciones se estaría vulnerando el principio acusatorio, pues al haber el Fiscal Superior opinado por estar de acuerdo con lo resuelto por el Juez Provincial, se habría producido un desistimiento del ejercicio de la acción penal y archivo del proceso. Sin embargo la Sala Superior Penal revocó la resolución emitida por el Juez de Primera Instancia, ordenando abrir instrucción, produciéndose una grave afectación a su libertad individual



que se ha visto restringida al dictarse comparecencia restringida, con afectación y restricción de su libertad locomotora.

2. Que, conforme lo dispone el artículo 202°, inciso 2 de la Constitución Política del Perú, son atribuciones del Tribunal Constitucional “Conocer, en última y definitiva instancia, las resoluciones denegatorias de hábeas corpus, amparo, hábeas data y acción de cumplimiento”, en este mismo sentido el Código Procesal Constitucional establece en su artículo 18° que “Contra la resolución de segundo grado que declara infundada o improcedente la demanda, procede recurso de agravio constitucional ante el Tribunal Constitucional (...)”.
3. Que el artículo 25° del Código Procesal Constitucional el hábeas corpus procede ante la acción u omisión que amenace o vulnere la libertad individual. Asimismo la última parte de la acotada establece que “[t]ambién procede el hábeas corpus en defensa de los derechos constitucionales conexos con la libertad individual, especialmente cuando se trata del debido proceso.....”. A *prima facie* podríamos entender que nos encontramos frente a una improcedencia de la demanda en razón a que no se encontraría afectada la libertad del procesado; sin embargo, siendo que el beneficiario alega vulneración al Principio acusatorio pues sostiene que se le ha aperturado proceso penal cuando el Fiscal Superior se ha desistido de la acción penal, dando mérito a que se disponga la medida de comparecencia restringida.
4. Que este Tribunal a emitido pronunciamiento en la STC 2005-2006-PHC fundamento 2), precisando que “[...] *las vulneraciones al procedimiento preestablecido y al principio acusatorio, constituyen elementos del debido proceso, susceptible de protección; si bien en principio fue aplicado al proceso de amparo, resulta procedente su tutela en el proceso de hábeas corpus, en tanto que de la pretendida afectación a estos derechos se derive una vulneración o amenaza de la libertad individual.*
5. En el presente caso, si bien es cierto que en autos no aparece la resolución que apertura proceso penal contra el beneficiario ni que se haya dictado contra él medida de comparecencia restringida; también es cierto que al haberse dispuesto la apertura de la acción penal por el Superior contra el favorecido por el delito contra la Administración Pública – Colusión desleal y malversación de fondos, conforme lo señala el actor en su escrito de agravio, cuya parte pertinente corre a fojas 292, precisando además que se ha dictado la medida de comparecencia restringida, afirmación que debe ser procesada teniendo en cuenta lo dispuesto en el 288° de la Ley Orgánica del Poder Judicial, esto es el deber de los abogados de: 1) Actuar como servidor de la



Justicia y como colaborador de los Magistrados; 2) Patrocinar con sujeción a los principios de lealtad, probidad, veracidad, honradez y buena fe; 3) Defender con sujeción a las leyes, la verdad de los hechos y las normas del Código de Ética Profesional; entre otros: por lo que de faltar a la verdad el abogado patrocinante que suscribe el recurso de agravio se haría merecedor de las medidas dispuestas en el artículo 292° de la acotada norma, con lo cual queda claro que existe una real y evidente amenaza a la libertad individual. Siendo esto así, resulta procedente analizar las pretendidas vulneraciones al debido proceso en el presente hábeas corpus.

6. La necesidad de que las resoluciones judiciales sean motivadas es un principio que informa el ejercicio de la función jurisdiccional y, al mismo tiempo, es un derecho fundamental de los justiciables. Mediante la motivación, por un lado, se garantiza que la impartición de justicia se lleve a cabo de conformidad con la Constitución y las leyes (artículo 138° de la Constitución) y, por otro, que los justiciables puedan ejercer de manera efectiva su derecho de defensa. El Tribunal Constitucional ha sostenido que dicho derecho no garantiza una determinada extensión de la motivación o que se tenga que pronunciar expresamente sobre cada uno de los aspectos controvertidos o alegados por la defensa, ni se excluye que se pueda presentar la figura de la motivación por remisión [Cfr.STC 1230-2002-HC/TC].
7. En cuanto a la motivación respecto al supuesto desistimiento de la impugnación fiscal, cabe precisar que en autos no obra resolución alguna que acredite que el Fiscal Superior se ha desistido de la denuncia penal, obrando en autos la Opinión del Fiscal Superior por que se confirme el auto apelado de fecha 14 de enero del 2011, en el extremo que declara No ha Lugar a la apertura de Instrucción contra Oscar Luis Castañeda Lossio por el delito contra la Administración Pública – Colusión Desleal y Malversación de Fondos, en agravio de la Municipalidad de Lima, el mismo que es emitido a través del dictamen N° 446-2011 recaído en el expediente penal N° 34432-2010.
8. Que el artículo 159°, inciso 5, de la Constitución señala que corresponde al Ministerio Público ejercitar la acción penal de oficio o a petición de parte. Pues bien, el contenido normativo de esta disposición constitucional se refiere a la facultad que el Ministerio Público tiene para ejercitar la acción penal ante la existencia de suficientes elementos incriminatorios a fin de garantizar el principio del interés general en la investigación del delito que se deriva de la obligación del Estado constitucional de proteger los derechos de la persona y proteger a la población de las amenazas contra su seguridad (artículos 3° y 44° de la



Constitución) o, en su defecto, de abstenerse en el ejercicio de la acción penal ante la ausencia de suficientes elementos incriminatorios.

9. Siendo, el Ministerio Público el titular del ejercicio de la acción penal pública, este ejercicio se materializa a través de dos funciones: La *función investigadora* y la *función acusadora*. La primera consiste en la decisión de formalizar la acción penal ante el juez (CdePP) o la de formalizar la acción penal y continuar con la investigación preparatoria con conocimiento del juez (NCP) una vez conocida la denuncia o la noticia criminal, siempre que existan suficientes elementos incriminatorios que hagan necesaria la investigación penal. La segunda consiste en la decisión de comunicar al juez la atribución o la formulación de la responsabilidad penal del procesado y la propuesta de la pena que se le debe imponer por el hecho cometido. Estas dos actuaciones despliegan y tienen efectos comunes, y por lo mismo merecen un tratamiento similar, lo que no significa como es obvio que debido al estadio del proceso penal puedan tener efectos y/o manifestaciones diferentes.
10. La *función investigadora* en el marco del modelo antiguo del proceso penal (CdePP) corresponde al Fiscal Provincial formalizar la acción penal luego de haber realizado una actividad probatoria mínima, así como un razonable grado de convicción respecto de los elementos incriminatorios del caso. Producida la formalización de la acción penal es el juez penal que mediante una resolución debidamente motivada puede disponer abrir instrucción contra el denunciado o, en su defecto declarar *no ha lugar* a la apertura de instrucción; siendo esta última decisión materia de recurso de apelación por el Titular de la acción penal, siendo el Juez Superior el que deberá resolver la impugnación interpuesta previa opinión del Fiscal Superior. En este estadio procesal, previo a la decisión de la Sala Superior corresponde al Fiscal Superior emitir dictamen de grado, quién también en el ejercicio de la titularidad de la acción penal puede opinar porque se confirme la resolución apelada o que este sea revocada y se disponga se abra instrucción contra el denunciado.
11. Atendiendo a lo expuesto supra podemos advertir que es aquí donde surge el debate jurídico, pues en el caso de autos el Fiscal Superior opinó porque se confirme el auto de *no ha lugar* a abrir instrucción (lo que implica un apartamiento o una rectificación a la pretensión del Fiscal Provincial) y que la Sala Superior decida revocar la resolución apelada y disponer que el juez penal abra instrucción contra el denunciado, lo que nos ubica en la siguiente interrogante *¿la decisión de la Sala Penal de abrir instrucción al favorecido no obstante a que el Fiscal Superior opinó por que se confirme la decisión del Juez Penal por la no apertura*



de la instrucción, vulnera el principio constitucional que reconoce al Ministerio Público como titular de la acción penal pública en su función investigadora?

12. Para responder la interrogante señalada, resulta necesario determinar previamente si el mencionado principio que reconoce al Ministerio Público como titular de la acción penal pública en su función investigadora es un principio constitucional absoluto o no. Al respecto, conviene precisar que todo derecho fundamental o principio constitucional sean éstos individuales o sociales, positivos o negativos, son susceptibles de ser limitados o restringidos, y por lo tanto, pueden realizarse u optimizarse en una medida gradual, sin tener que aceptar la alternativa del todo o nada. Así tenemos que el principio que reconoce al Ministerio Público como titular de la acción penal pública tampoco es un principio absoluto, pues puede ser limitado o restringido no sólo por su propio contenido, sino también por su relación con otros bienes constitucionales, por ejemplo, con el principio del interés público en la investigación del delito. Entonces en ciertas situaciones *excepcionales* que proporcionen una justificación constitucional objetiva y razonable y de acuerdo a las circunstancias del caso concreto, el principio que reconoce al Ministerio Público como titular de la acción penal pública puede ceder ante otro bien de relevancia constitucional como es el principio del interés general en la investigación del delito.
13. Por lo dicho, aun cuando el Fiscal Superior en el ejercicio de la titularidad de la acción penal pública e incluso considerando su función jerárquicamente superior solicite que se confirme el auto de *no* ha lugar a abrir instrucción (lo que implicaría un apartamiento o una rectificación a la pretensión del Fiscal Provincial), la Sala Superior –siempre que exista la necesidad o la conveniencia de proseguir la investigación penal para que se dilucide los hechos incriminados y la responsabilidad o irresponsabilidad penal del denunciado, esto es, a fin de tutelar el principio del interés general en la investigación del delito–, puede tomar en cuenta o no la opinión del Fiscal Superior, como en el caso de autos que resolvió por revocar la resolución de no ha lugar a abrir instrucción, disponiendo que el Juez Penal abra instrucción contra el denunciado. Y es que como ha quedado dicho, el hecho de que el Ministerio Público ostente la titularidad en el ejercicio de la acción penal no significa que pueda actuar de manera totalmente discrecional e incontrolada, antes bien sus actuaciones y/o decisiones se encuentran sujetas al principio de prohibición de la arbitrariedad, y en definitiva, a los principios de proporcionalidad y razonabilidad, y es en estos términos en los que debe entenderse que la decisión de la Sala Superior de continuar con la



investigación penal –pese a la negativa del Fiscal Superior que a su vez se aparta del criterio del Fiscal Provincial– se encuentra constitucionalmente justificada.

14. Cabe precisar que este Tribunal ha adoptado similar criterio en los supuestos relacionados a la *función acusadora* del Ministerio Público. Así por ejemplo, en las sentencias recaídas en los Exp. N° 2005-2006-PHC/TC y Exp. N° 4620-2009-PHC/TC este Tribunal ha configurado el contenido constitucionalmente protegido del principio acusatorio y sus excepciones, concluyendo que el juez penal puede decidir la continuación del proceso penal cuando, por ejemplo, se ha vulnerado el derecho a la prueba de la parte civil.
15. En el caso concreto, se advierte que la Sexta Sala Penal para procesos con Reos Libres de la Corte Superior de Justicia de Lima, a través de la resolución cuestionada, de fecha 14 de setiembre de 2011, ha expresado ampliamente las razones (resumidas en el rubro: conclusiones) por las cuales existe la necesidad o la conveniencia de que prosiga la investigación penal para que se dilucide los hechos incriminados y la responsabilidad o irresponsabilidad penal del denunciado, contra don Oscar Luis Castañeda Lossio, por los delitos de colusión desleal y malversación de fondos, en agravio de la Municipalidad Metropolitana de Lima (fojas 52), por lo tanto, considero que se trata de una actuación judicial que se encuentra constitucionalmente justificada.

Por las consideraciones expuestas, mi voto es porque

1. Se declare **INFUNDADA** la demanda de hábeas corpus.
2. Poner en conocimiento del Congreso de la República la ausencia de regulación legal sobre la cuestión jurídica surgida en el presente caso a efectos de que proceda conforme a sus atribuciones y competencias.

Sr
CALLE HAYEN