



TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

EXP. N.º 02284-2007-HC/TC
CUSCO
CÉSAR RAYMUNDO LINARES
TORRES

SENTENCIA DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

En Lima, a los 2 días del mes de setiembre de 2008, la Sala Segunda del Tribunal Constitucional, integrada por los magistrados Mesía Ramírez, Vergara Gotelli y Álvarez Miranda, pronuncia la siguiente sentencia.

ASUNTO

Recurso de agravio constitucional interpuesto por don César Raymundo Linares Torres contra la sentencia expedida por la Tercera Sala Penal de la Corte Superior de Justicia de Cusco, de fojas 277, su fecha 23 de febrero de 2007, que declara infundada la demanda de autos.

ANTECEDENTES

Con fecha 22 de diciembre de 2006 el recurrente interpone demanda de hábeas corpus y la dirige contra el Fiscal de la Fiscalía Permanente de la IV Zona Judicial PNP Cusco, Capitán CJ PNP Manuel Pino Almirón; el titular del juzgado de instrucción permanente, Mayor CJ PNP Ronald Centeno Berrio; el auditor, Coronel CJ Juan Ricalde Palma; y contra el Presidente del Consejo Superior de la IV Zona Judicial de Policía de Cusco, Coronel CJ PNP George Adriel Cárdena Jaén, por haber vulnerado los principios de legalidad penal, prohibición de analogía y el *ne bis in idem*, así como sus derechos al debido proceso y a la tutela procesal efectiva, en conexión con la libertad individual. Refiere que doña Margot Paredes Olivera lo ha denunciado en reiteradas oportunidades, lo que ha generado que la Fiscalía Permanente de la IV Zona Judicial PNP Cusco formalice denuncia penal N.º 52-2005-IV-ZJ-PNP-FJT y, a su vez, que se expida auto de apertura de instrucción en su contra con fecha 20 de octubre de 2005, por la presunta comisión del delito de abuso de autoridad (Exp. N.º 44002-2005-0135). Afirmo también que con fecha 6 de enero de 2006, con la entrada en vigencia del Código de Justicia Militar Policial (Decreto Legislativo N.º 961), quedó derogado el Código de Justicia Militar, Decreto Ley 23214 (el cual sirvió para sustentar los cargos atribuidos al recurrente). Señala que en el nuevo cuerpo normativo, la conducta por la cual viene siendo procesado ya no se encuentra tipificada, por lo que solicitó en su oportunidad la extinción de la acción penal, pedido que fue desestimado por el emplazado juez instructor Centeno Berrios, quien emitió además el informe final N.º 03-2006-2JIP, mediante el cual se pronuncia por su responsabilidad respecto de la comisión del delito de exceso en el ejercicio del cargo, mando o posición en el servicio militar policial, en su modalidad de excesos en la facultad de mando, previsto en el artículo 139º del referido nuevo Código de Justicia Militar. Alega que dichos actos vulneran sus derechos antes invocados.



TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

Realizada la investigación sumaria el fiscal emplazado señaló mediante escrito de fecha 5 de enero de 2007 que formalizó denuncia fiscal en contra del recurrente debido a que se le atribuye la comisión de diversos hechos que son materia de instrucción en el fuero militar, por lo que su actuación se encuentra conforme a las atribuciones que le confiere la ley. Por su parte, mediante escrito de fecha 5 de enero de 2007, el juez instructor demandado afirma que el delito por el cual se inició instrucción al recurrente -es decir, el delito de abuso de autoridad- no ha sido despenalizado, sino que más bien se encuentra previsto en el artículo 139° del Nuevo Código de Justicia Militar Policial. Agrega que la solicitud de nulidad interpuesta por el demandante no fue declarada infundada, sino que mediante resolución de fecha 18 de septiembre de 2006 se señaló que ella sería resuelta por el Consejo de Superior de Justicia de la IV Zona Judicial PNP Cusco en su debida oportunidad, por tratarse de un proceso ordinario. Señala también que en la actualidad el proceso penal cuestionado ha sido remitido al Tribunal Superior de la Cuarta Zona Judicial de la Policía Nacional del Cusco, el mismo que, respecto de la despenalización del delito alegado por el recurrente, se ha reservado pronunciarse para una posterior oportunidad, señalando más bien que “(...) resulta impertinente declarar insubsistente el informe final, más aún que las conclusiones del a quo no resuelven cuestiones de fondo (...)”. En consecuencia no se ha vulnerado derecho constitucional alguno del recurrente, por lo que solicita que se declare infundada la demanda.

El Sexto Juzgado Penal de Cusco, con fecha 19 de enero de 2007, declara infundada la demanda por considerar que es labor del órgano jurisdiccional ordinario determinar si el delito que se le imputa al actor aún constituye delito, o si ha sido derogado con la entrada en vigencia del Nuevo Código de Justicia Militar Policial.

La recurrida confirmó la apelada, por los mismos argumentos.

FUNDAMENTOS

Delimitación del petitorio

1. El recurrente cuestiona la adecuación de su conducta al delito de exceso en la facultad de Mando (previsto en el artículo 139° del referido Código de Justicia Militar Policial, Decreto Legislativo N.° 961), a pesar de que se le inició proceso penal N.° 44002-2005-0135 ante el fuero militar con el tipo penal previsto en el artículo 179° del Código de Justicia Militar de 1980 (Decreto Ley N.° 23214), el cual fue derogado. En ese sentido alega la descriminalización del tipo penal por el cual viene siendo juzgado.



TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

Respecto de la alegada descriminalización del tipo penal por el que viene siendo procesado

2. En lo que concierne a la presunta despenalización del tipo penal aducida por el recurrente, este Tribunal ha señalado en la sentencia recaída en el Exp. N.º 1300-2002-HC/TC (fundamento 7) que dentro de nuestro sistema jurídico, en lo que respecta al tema de la aplicación de las normas en el tiempo, la regla general la constituye la aplicación inmediata de las normas. En ese sentido en el ámbito del derecho penal material o sustantivo, dicha teoría determina que frente a la comisión de un delito la pena aplicable sea aquella que se encontraba vigente al momento de su perpetración. Sin embargo existe una excepción a dicha regla, que es la aplicación retroactiva de la ley penal cuando ésta resulte más favorable para el procesado o condenado, la que encuentra sustento normativo expreso en el artículo 103º de la Constitución. En tal sentido este Tribunal estableció que:

[e]l principio de retroactividad benigna propugna la aplicación de una norma jurídica penal posterior a la comisión de un hecho delictivo, con la condición de que dicha norma contenga disposiciones más favorables al reo. Ello, sin duda alguna, constituye una excepción al principio de irretroactividad de la aplicación de la ley y se sustenta en razones político-criminales, en la medida 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 (artículo 1º de la Constitución) [Cfr. STC Exp. N.º 1043-2007-PHC/TC, fundamento 6].

3. Visto ello en el presente caso se analizará si el tipo penal por el cual se le inició instrucción al recurrente ante el fuero militar (esto es, el artículo 179º del Código de Justicia Militar, Decreto Ley N.º 23214), ha sido despenalizado con la entrada en vigencia del Código de Justicia Militar Policial (Decreto Legislativo N.º 961). De ser así, el proceso penal seguido contra el demandante no puede continuar, toda vez que ello involucraría una vulneración del principio de retroactividad benigna de la ley penal (en la medida que se pretendería sancionar sobre la base de una conducta que ya no reviste interés en ser reprimida por parte del Estado).
4. El artículo 179º del Código de Justicia Militar (Decreto Ley N.º 23214) señalaba lo siguiente:

Artículo 179º.- Constituye delito de abuso de autoridad, excederse arbitrariamente en el ejercicio de sus atribuciones en perjuicio del subalterno o de cualquiera otra persona; u omitir, rehusar a hacer o retardar, en perjuicio de los mismos, un acto correspondiente a su cargo.



TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

5. Por su parte, el artículo 139° del Código de Justicia Militar Policial (Decreto Legislativo N.° 961) establece:

Artículo 139°.- El militar o policía, que en el ejercicio de la función, se excede en las facultades de mando o de la posición en el servicio u ordenare cometer cualquier acto arbitrario en grave perjuicio del personal militar o policial o de terceros, será sancionado con pena privativa de libertad no menor de seis meses ni mayor a cinco años.

6. Del tenor de las normas glosadas se advierte que en ambos casos la situación que se pretende sancionar es la misma: el exceso en el mando por parte de un oficial (el cual se encuentra investido de un cargo al interior de las Fuerzas Armadas y/o Policiales), lo cual genera perjuicios para el mismo personal militar, e inclusive para terceros. De ello se infiere que el delito de abuso de autoridad previsto en el Código de Justicia Militar de 1980 (Decreto Ley N.° 23214) no ha sido despenalizado por la entrada en vigencia del Código de Justicia Militar Policial (Decreto Legislativo N.° 961), sino que dicha conducta ha pasado a estar regulada en su artículo 139°, por lo que la pretensión del demandante, en principio, tiene contenido desestimatorio.
7. No obstante, pese a que resultan infundados los argumentos esgrimidos por la parte demandante, ello no determina la desestimación de la demanda, toda vez que este Tribunal considera necesario pronunciarse respecto de la competencia de la justicia militar para procesar al recurrente, lo que se realizará en aplicación del principio del *iura novit curia* (contemplado en el artículo VIII del Título Preliminar del Código Procesal Constitucional), el cual permite aplicar el derecho que corresponda al proceso aunque no haya sido invocado por las partes o lo haya sido erróneamente, lo que no implica, en ningún caso, la modificación del objeto de la pretensión o los fundamentos de hecho de la demanda, ya que el contradictorio constitucional ha girado en torno a ellos [Cfr. STC Exp. N.° 905-2001-AA/TC].

Delito de función y competencia del fuero militar

8. Tal como lo señala el artículo 173° de la Constitución, los delitos de función únicamente pueden ser cometidos por los miembros de las Fuerzas Armadas y de la Policía Nacional, lo que comporta además que sean juzgados en un fuero especial y sobre la base de lo estipulado en el Código de Justicia Militar. En lo que concierne a la naturaleza de los delitos de función, este Colegiado en la sentencia recaída en el Exp. N.° 0017-2003-AI/TC señaló que

El delito de función se define como “aquella acción tipificada expresamente en la Ley de la materia, y que es realizada por un militar o policía en acto de servicio o con ocasión de él, y respecto de sus funciones profesionales”.

Tal acto, sea por acción u omisión, debe afectar necesariamente un bien jurídico “privativo” de la institución a la que pertenece el imputado; es decir, que la naturaleza del delito de función no depende de las circunstancias de hecho, sino del carácter de interés



TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

institucionalmente vital, que se ve afectado mediante un acto perpetrado por un efectivo militar o policial en actividad.

Dicho bien tiene la singularidad de ser sustancialmente significativo para la existencia, operatividad y cumplimiento de los fines institucionales. La tutela anteriormente señalada debe encontrarse expresamente declarada en la ley.

Entre las características básicas de los delitos de función se encuentran las siguientes:

A). En primer lugar, se trata de afectaciones sobre bienes jurídicos de las Fuerzas Armadas o de la Policía Nacional tutelados por el ordenamiento legal, y que se relacionan con el cumplimiento de los fines constitucionales y legales que se les encargan. Se trata de una infracción a un bien jurídico propio, particular y relevante para la existencia organizativa, operatividad y cumplimiento de los fines de las instituciones castrenses.

Para ello es preciso que la conducta considerada como antijurídica se encuentre prevista en el Código de Justicia Militar. Ahora bien, no es la mera formalidad de su recepción en dicho texto lo que hace que la conducta antijurídica constituya verdaderamente un delito de función. Para que efectivamente pueda considerarse un ilícito como de "función" o "militar", es preciso que:

i. Un militar o policía haya infringido un deber que le corresponda en cuanto tal; es decir, que se trate de la infracción de una obligación funcional, por la cual el efectivo estaba constreñido a mantener, o a realizar, o no realizar, un comportamiento a favor de la satisfacción de un interés considerado institucionalmente como valioso por la ley; además, la forma y modo de su comisión debe ser incompatible con los principios y valores consagrados en el texto fundamental de la República (deber militar).

Por ende, no se configura como infracción al deber militar o policial la negativa al cumplimiento de órdenes destinadas a afectar el orden constitucional o los derechos fundamentales de la persona.

ii. Con la infracción del deber militar, el autor haya lesionado un bien jurídico militar que comprometa las funciones constitucionales y legalmente asignadas a las Fuerzas Armadas y a la Policía Nacional.

iii. La infracción revista cierta gravedad y justifique el empleo de una conminación y una sanción penal.

B). En segundo lugar, el sujeto activo del ilícito penal-militar debe ser un militar o efectivo policial en situación de actividad, o el ilícito debe ser cometido por ese efectivo cuando se encontraba en situación de actividad. Evidentemente, están excluidos del ámbito de la jurisdicción militar aquellos que se encuentran en situación de retiro, si es que el propósito es someterlos a un proceso penal-militar por hechos acaecidos con posterioridad a tal hecho.

C). En tercer lugar que, cometido el ilícito penal que afecta un bien jurídico protegido por las instituciones castrenses o policiales, este lo haya sido en acto del servicio; es decir, con ocasión de él.

9. Del texto precitado se aprecia que para que un ilícito califique como delito de función, deben concurrir tres exigencias: a) el hecho debe ser cometido por un agente en situación de actividad; b) la conducta imputada debe ser cometida en el ejercicio de las funciones policiales o militares, es decir, en acto de servicio; y c) que el acto en cuestión infrinja un bien jurídico propio, particular y relevante para la existencia, organización, operatividad y cumplimiento de los fines de las instituciones castrenses, el que además se configura a partir de los fines constitucionales y legales establecidos a



TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

dichas instituciones. Respecto de la última exigencia cabe señalar que, de conformidad con lo dispuesto por el artículo 165° de la Constitución, las Fuerzas Armadas tienen como finalidad primordial el garantizar la independencia, la soberanía y la integridad territorial de la República (excepcionalmente puede asumir el control del orden interno sobre la base de lo dispuesto por el artículo 137° de la Constitución). Por su parte, el artículo 166° de la Constitución establece que la finalidad de la Policía Nacional es garantizar, mantener y restablecer el orden interno.

El abuso de autoridad como delito de función

10. Cabe señalar que en el caso concreto se imputa al recurrente la comisión del delito de exceso en la facultad de mando, previsto en el artículo 139° del Código de Justicia Militar Policial (tipo penal que con la vigencia del Código de Justicia Militar de 1980 se denominaba delito de abuso de autoridad), por lo que se le viene instruyendo ante el fuero militar. No obstante, es pertinente indicar que el Código Penal también sanciona en su artículo 376° el delito de abuso de autoridad. Se advierte entonces que en nuestro ordenamiento jurídico a nivel legislativo existe un delito de abuso de autoridad “común” (siendo competente para su instrucción la justicia ordinaria) y un delito de abuso de autoridad “militar” (el cual corresponde ser analizado en el fuero militar).
11. La existencia de un delito de abuso de autoridad previsto en el Código de Justicia Militar, cuyo juzgamiento está previsto en el fuero militar no implica que todos los actos de abuso de autoridad cometidos por personal policial o militar en el ejercicio de sus funciones deban de ser conocidos y juzgados en el fuero militar, sino sólo aquellos que impliquen la vulneración de bienes jurídicos militares o policiales (es decir, bienes que se configuran a partir de las finalidades encomendadas por la Norma Fundamental tanto a las Fuerzas Armadas como a la Policía Nacional); esto es, cuando constituyen delitos de función.
12. Por otro lado es preciso señalar que, respecto del delito de función que constituye materia de análisis en el presente proceso constitucional (es decir, el delito de exceso en la facultad de mando, regulado por el artículo 139° del Código de Justicia Militar Policial), este Tribunal señaló en la sentencia recaída en el Exp. N.º 00012-2006-AI/TC (fundamento 90):

90. En cuanto al examen de los incisos 1 y 2 del artículo 139° del CJMP, debe precisarse que en las referidas normas penales no se presentan todos los requisitos que identifican a los delitos de función. Así, mediante estas normas penales se pretende sancionar la conducta del militar o policía (en actividad), que en el ejercicio de la función (en acto de servicio o con ocasión de él), se excede en las facultades de mando o de la posición en el servicio u ordenare cometer cualquier acto arbitrario en grave perjuicio del personal militar o policial o de terceros, causando LESIONES GRAVES o la MUERTE, afectando los bienes jurídicos INTEGRIDAD FÍSICA Y VIDA (que no son bienes jurídicos institucionales, propios y particulares de las Fuerzas Armadas o Policía Nacional). En



TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

consecuencia, teniendo en cuenta que en las aludidas normas penales no se presentan las características básicas del delito de función, tal como lo exige el artículo 173° de la Constitución, el Tribunal Constitucional considera que estas son inconstitucionales.

13. En aquella oportunidad este Colegiado se pronunció por la inconstitucionalidad de los incisos 1) y 2) del artículo 139° del Código de Justicia Militar Policial, en razón de que los bienes jurídicos afectados en dichos incisos no constituían bienes jurídicos castrenses. Por otro lado, confirmó la constitucionalidad del tipo base de dicho delito, cual se encontraba contenido en el mismo artículo 139° del referido Código de Justicia Militar Policial. Es preciso recalcar que el presente proceso constitucional no tiene por objeto el cuestionamiento *in abstracto* del referido artículo 139° del Código de Justicia Militar Policial, dado que ello ya ha sido objeto de análisis por este Colegiado en la mencionada sentencia recaída en el Exp. N.° 00012-2006-AI/TC (inclinándose, más bien, por su exequibilidad). Lo que en realidad se propone este Tribunal es analizar si el tipo penal ya mencionado resulta aplicable a los hechos que sustentaron el proceso penal N.° 44002-2005-0135 seguido contra el recurrente ante el fuero militar; en otras palabras, determinar si el bien jurídico que se pretende proteger en el proceso penal militar que se le sigue al recurrente puede ser tutelado en el fuero militar, o amerita más bien que sea la justicia ordinaria quien asuma competencia.
14. De allí que el examen que realice el órgano jurisdiccional al momento de subsumir los hechos al tipo penal aplicable deba ser minucioso, a fin de evitar el juzgamiento de hechos que no configuran un delito de función en el fuero militar, y viceversa.

Análisis del caso concreto

15. El artículo 139° del Código de Justicia Militar Policial (Decreto Legislativo N.° 961) prevé el delito de exceso en el ejercicio del cargo, mando o posición en el Servicio Militar Policial. Dicho tipo penal se configura cuando un militar o policía (oficial en actividad), en el marco de las actividades encomendadas (en ejercicio de su función), realice actos que excedan las facultades de mando o de la posición en el servicio, u ordenare cometer cualquier acto arbitrario en grave perjuicio del personal militar o policial o de terceros (bien jurídico militar).
16. Este Colegiado advierte a partir del estudio de la denuncia fiscal N.° 52-2005-IV-ZJ-PNP-FJT (a fojas 37); del dictamen de auditoría N.° 82-2005 (D) (a fojas 41); del auto de apertura de instrucción de fecha 20 de octubre de 2005 (a fojas 43); así como del informe final N.° 03-2006-2JIP (a fojas 72), que el recurrente viene siendo procesado en el fuero militar debido a que, en la fecha en que se desempeñaba como comisario de la Comisaría del distrito de Wanchaq, retuvo de manera ilegal el vehículo de placa de rodaje N.° BQA-917 de propiedad de don Feliciano Abarca Pastor (que había sido incautado en mérito a una denuncia realizada con fecha 28 de agosto de 2005), toda vez que había concluido el plazo de 24 horas previsto por el artículo 277° del Reglamento de Tránsito. Así,



TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

[A]nte esta versión el Comisario le respondió textualmente diciendo: “no se te va ha entregar el vehículo mientras no se presente Feliciano ABARCA PASTOR”, por lo que el abogado defensor le hizo referencia al Comisario que no puede retener el vehículo por más de veinticuatro horas, conforme al artículo doscientos setenta y siete del Reglamento de Tránsito, respondiendo el Comisario, “puedes hacer lo que creas conveniente, por cuanto el que ordena en esta dependencia soy yo”.

17. En el proceso penal N.º 44002-2005-0135 cuestionado por el recurrente se pretende sancionar la actitud de un miembro de la Policía Nacional (quien habría actuado en contravención de lo dispuesto en el Reglamento de Tránsito, negándose a la entrega del vehículo incautado a su legítimo propietario) en el fuero militar, imputándosele la comisión del delito previsto en el artículo 139º del Código de Justicia Militar Policial.
18. Tal como se ha señalado, los delitos de función se configuran cuando las conductas investigadas atentan contra bienes jurídicos relevantes para las instituciones castrenses, las cuales se configuran a partir de los fines constitucionalmente encomendados. En este sentido los fines que la Constitución asigna a la Policía Nacional en su artículo 166º son garantizar, mantener y restablecer el orden interno, por lo que un ilícito cometido por personal policial para configurar delito de función necesariamente deberá lesionar o poner en peligro el cabal cumplimiento de la garantía, mantenimiento o restablecimiento del orden interno por parte de la Policía Nacional.
19. En el presente caso la conducta que es materia del proceso cuestionado a través del presente habeas corpus consiste en la renuencia del recurrente de entregar el vehículo incautado a su propietario, en contravención de lo establecido en el Reglamento de Tránsito. A partir de ello se puede inferir que si bien la conducta fue cometida por un oficial de la PNP en actividad y en ejercicio de sus funciones, y en vulneración de los deberes derivados del cargo encomendado, la referida conducta no incide negativamente en el cumplimiento de los fines que la Constitución le asigna en su artículo 166º; esto es, garantizar, restablecer o mantener el orden interno, entre otros.
20. Por ende los hechos que se le atribuyen al demandante no configuran un delito de función, por lo que la demanda debe estimarse y anular todo lo actuado en el referido proceso penal N.º 44002-2005-0135 seguido ante el fuero militar. Cabe señalar que la estimatoria de la presente demanda no implica un pronunciamiento sobre la responsabilidad penal del actor, asunto que deberá ser dilucidado por las autoridades competentes. Para ello se remitirá todo lo actuado al Ministerio Público, a fin de que proceda conforme a sus atribuciones.



TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

EXP. N.º 02284-2007-HC/TC
CUSCO
CÉSAR RAYMUNDO LINARES
TORRES

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

RESUELVE

1. Declarar **FUNDADA** la demanda de hábeas corpus.
2. Declarar **NULO** todo lo actuado en el proceso penal N.º 44002-2005-0135 seguido contra el recurrente ante el fuero militar.
3. Remitir todo lo actuado al Ministerio Público, para que proceda conforme a sus atribuciones.

SS.

**MESÍA RAMÍREZ
VERGARA GOTELLI
ÁLVAREZ MIRANDA**

Lo que certifico:

**Dr. ERNESTO FIGUEROA BERNARDINI
SECRETARIO RELATOR**