

SENTENCIA DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

<http://www.tc.gob.pe/jurisprudencia/2005/2758-2004-HC.html>

EXP. N.º 2758-2004-HC/TC

LIMA

LUIS GUILLERMO

BEDOYA DE VIVANC

En Lima, a los 23 días del mes de noviembre de 2004, reunido el Tribunal Constitucional en sesión de pleno jurisdiccional, con asistencia de los magistrados Alva Orlandini, Presidente; Bardelli Lartirigoyen, Vicepresidente; Revoredo Marsano, Gonzales Ojeda y García Toma, pronuncia la siguiente sentencia, con los votos singulares de los magistrados Bardelli Lartirigoyen y Revoredo Marsano

ASUNTO

Recurso extraordinario interpuesto por don Luis Guillermo Bedoya de Vivanco contra la sentencia de la Segunda Sala Penal para Procesos con Reos Libres de la Corte Superior de Justicia de Lima, de fojas 558, su fecha 4 de junio de 2004, que declara improcedente la acción de hábeas corpus de autos.

ANTECEDENTES

Con fecha 21 de abril de 2004, el recurrente interpone acción de hábeas corpus contra el Poder Judicial y los vocales integrantes de la Sala Penal Transitoria de la Corte Suprema de la República, doctores Andrés Echevarría Adrianzén, José Alarcón Menéndez, Raúl Valdez Roca, César Javier Vega Vega, Miguel Ángel Saavedra Parra y Walter Vásquez Bejarano, quienes, confirmando, en parte, la sentencia de la Sala Penal Especial de la Corte Superior de Justicia de Lima, le impusieron una condena de cinco años de pena privativa de la libertad, lo cual atenta contra el principio de legalidad penal, al no haberse configurado el delito por el que se le condenó.

Manifiesta que fue condenado por el delito de peculado en calidad de cómplice, habiéndose condenado, a título de autor, a Vladimiro Montesinos Torres por el hecho de haber dispuesto indebidamente a favor de terceros, en su calidad de asesor del Servicio de Inteligencia Nacional (SIN), de fondos destinados a gastos de operaciones de inteligencia y contrainteligencia. Alega que el tipo penal de peculado es, en cuanto al autor, un delito especial que solo puede ser cometido por funcionario público al que, por razón de su cargo, le han sido confiados, para su administración o custodia, caudales o efectos del Estado; pero que Vladimiro Montesinos Torres, quien fue condenado a título de autor, ocupaba, según el ROF del Servicio de Inteligencia Nacional, el cargo de Asesor II del gabinete de asesores de la Alta Dirección del SIN, cargo que no comprendía la potestad de disposición o administración de fondos públicos. Además, afirma que la condena por el delito de peculado es incompatible con el delito de usurpación de funciones por el que fue condenado, por el hecho mismo de haber ejercido ilegítimamente las funciones del Jefe del SIN, y que al no haberse cometido el delito de peculado a título de autor, tampoco podrá imputarse el mismo a título de complicidad.

Aduce también que, según la configuración de la complicidad establecida en nuestro Código Penal, la misma solo podrá presentarse en la etapa de preparación o ejecución del delito, y no después de que este se haya consumado; agregando que el delito de peculado se consuma con la apropiación de los fondos públicos, por lo que la entrega de los caudales apropiados a un tercero se produce en un momento posterior a la consumación que no puede ser considerado dentro de la participación delictiva.

El Vigésimo Sexto Juzgado Penal de Lima, con fecha 22 de abril de 2004, declara improcedente la demanda, considerando que lo realmente pretendido por la parte demandante es cuestionar los criterios dogmáticos adoptados por la emplazada, lo cual no puede ser objeto de discusión en el proceso de hábeas corpus.

La recurrida confirma la apelada por el mismo fundamento.

FUNDAMENTOS

1. El recurrente alega que se ha violado el principio de legalidad penal, por haber sido condenado por el delito de peculado a título de cómplice, sin que, a su juicio, se cumplan los presupuestos previstos para que se configure dicho delito.

2. El principio de legalidad penal ha sido consagrado en el artículo 2.º, inciso 24, literal "d", de la Constitución Política del Perú, según el cual "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".

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

3. Este Tribunal considera que el principio de legalidad penal se configura como un principio, pero también como un derecho subjetivo constitucional de todos los ciudadanos. Como principio constitucional, informa y limita los márgenes de actuación de los que dispone el Poder Legislativo 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.

4. Por tanto, resulta igualmente claro que la dimensión subjetiva del derecho a la legalidad penal no puede estar al margen del ámbito de los derechos protegidos por la justicia constitucional frente a supuestos como la creación judicial de delitos o faltas y sus correspondientes supuestos de agravación o, incluso, la aplicación de determinados tipos penales a supuestos no contemplados en ellos. El derecho a la legalidad penal vincula también a los jueces penales, y su eventual violación posibilita obviamente su reparación mediante este tipo de procesos de tutela de las libertades fundamentales.

5. Si bien el principio de legalidad penal, el cual protege el derecho de no ser sancionado por supuestos no previstos en una norma jurídica, en tanto derecho subjetivo constitucional debe ser pasible de protección en esta vía, el análisis que debe practicar la justicia constitucional no es equiparable a la que realiza un juez penal. En efecto, como este Tribunal lo ha señalado en diversas oportunidades, "[...] no puede acudirse al hábeas corpus ni en él discutirse o ventilarse asuntos resueltos, como [lo] es la determinación de la responsabilidad criminal, que son de incumbencia exclusiva de la justicia penal. El hábeas corpus es un proceso constitucional destinado a la protección de los derechos reconocidos en la Constitución, y no a revisar si el modo como se han resuelto las controversias de orden penal es el más adecuado conforme a la legislación ordinaria. En cambio, no puede decirse que el hábeas corpus sea improcedente para ventilar infracciones a los derechos constitucionales procesales derivadas de una sentencia expedida en proceso penal, cuando ella se haya dictado con desprecio o inobservancia de las garantías judiciales mínimas que deben guardarse en toda actuación judicial, pues una interpretación semejante terminaría, por un lado, por vaciar de contenido el derecho a la protección jurisdiccional de los derechos y libertades fundamentales y, por otro, por promover que la cláusula del derecho a la tutela jurisdiccional (efectiva) y el debido proceso no tengan valor normativo" [cf. STC 1230-2002-HC/TC].

6. De modo análogo, la Comisión Interamericana de Derechos Humanos, mediante resolución de fecha 13 de octubre de 2004, declarando inadmisibles las peticiones

presentada por el recurrente (cf. petición N.º 369-2001 - Informe N.º 45/04), ha establecido:

42. Al respecto, la CIDH ha sostenido desde su principal pronunciamiento en este tema que La Comisión es competente para declarar admisible una petición y fallar sobre su fundamento cuando ésta se refiere a una sentencia judicial nacional que ha sido dictada al margen del debido proceso, o que aparentemente viola cualquier otro derecho garantizado por la Convención. Si, en cambio, se limita a afirmar que el fallo fue equivocado o injusto en sí mismo, la petición debe ser rechazada conforme a la fórmula arriba expuesta. La función de la Comisión consiste en garantizar la observancia de las obligaciones asumidas por los Estados partes de la Convención, pero no puede hacer las veces de un tribunal de alzada para examinar supuestos errores de derecho o de hecho que puedan haber cometido los tribunales nacionales que hayan actuado dentro de los límites de su competencia.

7. Es bien cierto que, como regla general, la tipificación penal y la subsunción de las conductas ilícitas no son ni deberían ser objeto de revisión en estos procesos. Al fin y al cabo, ni la justicia constitucional puede considerarse en forma análoga a la justicia penal, ni aquella resulta una tarea que entre en el ámbito de competencia de los jueces constitucionales. Como nuevamente lo ha expresado su par español, mediante estos procesos se ha “encomendado proteger los derechos fundamentales (...), conociendo de toda calificación jurídica realizada por los tribunales ordinarios que viole o desconozca (...) derechos, pero carece de aquel carácter en relación con procesos comunes que resuelvan derechos intersubjetivos ajenos a los derechos fundamentales y que se pronuncien sobre cuestiones de mera legalidad, al ser competencia exclusiva de los jueces y tribunales su interpretación y decisión, fijación de los hechos y subsunción, así como la precisión de las consecuencias jurídicas (...), aunque se apoyen en errores, equivocaciones o incorrecciones jurídicas o, en definitiva, en la injusticia de las resoluciones, porque ello le convertiría [al juez constitucional] en órgano de control de la mera legalidad, ejerciendo funciones que no le atribuye la Constitución” [cf. STC 104/1985].

8. De ahí que solo excepcionalmente quepa efectuar un control constitucional sobre una resolución judicial por afectación del principio de legalidad penal y, en concreto, en aquellos casos en los que, al aplicar un tipo penal o imponer una sanción, el juez penal se aparte del tenor literal del precepto o cuando la aplicación de un determinado precepto obedezca a pautas interpretativas manifiestamente extravagantes o irrazonables, incompatibles con el ordenamiento constitucional y su sistema material de valores. En consecuencia, si en la justicia ordinaria se determina la culpabilidad o inocencia del imputado, determinando en el caso si se da el supuesto de hecho previsto en la norma y sobre la base de consideraciones de orden penal, de acuerdo con la alternativa que ofrezca la dogmática penal que se estime la más adecuada, la justicia constitucional, en cambio, se encarga de determinar si la resolución judicial cuestionada afecta a derechos constitucionales.

9. El recurrente, basándose en diversa doctrina penal, alega que el delito de peculado, por su propia naturaleza, sólo puede ser cometido por funcionario público al que, por razón de su cargo, se le ha encomendado la administración o custodia de caudales o efectos del Estado, por lo que, al no tener formalmente Vladimiro Montesinos Torres el cargo de Jefe del Servicio de Inteligencia, cargo que sí lo habilitaba para el manejo de fondos públicos, habiendo sido incluso sancionado penalmente por ejercer dichas funciones sin haber sido designado para ello (delito de usurpación de funciones), no puede ser considerado autor del delito de peculado. Del mismo modo, la sentencia condenatoria, invocando conceptos desarrollados por la doctrina penal, señala que también puede configurarse el delito de peculado en caso de que el funcionario público detente la función *de facto*.

La parte demandante sostiene, además, que la participación delictiva sólo puede producirse en la etapa de ejecución o preparación del delito y no en posteriores etapas del *iter criminis*. Así, afirma que, al consumarse el delito de peculado con la apropiación de los fondos públicos, la posterior recepción del dinero por parte del recurrente no puede ser considerada una forma de participación en el delito de peculado.

10. Este Tribunal coincide con lo señalado en la sentencia cuestionada en el sentido de que sí se configura, en el caso, el delito de peculado. Si bien es cierto que formalmente Vladimiro Montesinos Torres ocupaba el cargo de Asesor II de la Alta Dirección del Servicio de Inteligencia Nacional, en realidad, ejercía, de hecho, la Jefatura del SIN, cargo que le permitía la custodia y administración de fondos públicos, por lo que puede considerársele sujeto activo del delito, tal como lo prevé el artículo 387 del Código Penal.

11. Asimismo, tampoco puede afirmarse, como lo hace la parte demandante, que la recepción de fondos públicos por parte del recurrente fue posterior a la consumación del peculado. Por el contrario, la consumación del delito de peculado se da, en el presente caso, cuando Vladimiro Montesinos Torres hace entrega de los caudales públicos al recurrente, momento en que ellos salen de la esfera de dominio estatal, consumándose, así, el peculado, por lo que no tiene sustento la alegada vulneración del principio de legalidad.

12. Este Colegiado no puede dejar de señalar que la conducta incriminada al recurrente estaría tipificada, además, en el artículo 385-a) de la Ley N.º 26859, Orgánica de Elecciones, sancionada con pena privativa de la libertad no menor de dos años ni mayor de seis y, en el caso de los funcionarios, con inhabilitación por igual tiempo a la condena.

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

HA RESUELTO

Declarar **INFUNDADA** la acción de hábeas corpus.

Publíquese y notifíquese.

SS.

ALVA ORLANDINI

GONZALES OJEDA

GARCÍA TOMA

EXP. N.º 2758-2004-HC/TC

LIMA

LUIS GUILLERMO

BEDOYA DE VIVANCO

VOTO SINGULAR DEL MAGISTRADO

JUAN BAUTISTA BARDELLI LARTIRIGOYEN

Con el debido respeto por mis colegas, discrepo tanto de las consideraciones por ellos expuestas como de la parte resolutive de la sentencia recaída en el expediente del rubro, por las siguientes razones:

1. La justicia penal no puede ser arbitraria, ya que toda persona sabe que no podrá ser condenada si no existe un delito y pena fijados en una ley previa

Es este el *principio de legalidad* que se remonta al derecho romano de donde proviene el conocido aforismo *nullum crimen, nullum poena, sine lege* y que es recogido en el artículo 2 inciso 24) literal "d" de la Constitución del Estado que a la letra dice : "Nadie será procesado ni condenado por acto u omisión que al tiempo de cometerse no este previamente calificado en la ley, de manera expresa e inequívoca, como infracción punible, ni sancionado con pena no prevista en la ley".

2. El principio de legalidad penal sintetiza en si mismo diversos aspectos del estado de derecho en el ámbito del derecho estatal sancionador. En tal sentido se vincula con el *ius imperium*, como presupuesto de la actuación del Estado sobre los bienes jurídicos de los ciudadanos, pero también con el derecho de estos a la seguridad, así como la prohibición de la arbitrariedad y el derecho a la objetividad e imparcialidad por parte de los órganos jurisdiccionales.

De lo expuesto se deduce que el principio de legalidad exige la existencia de una ley (*lex scripta*) que sea anterior al hecho sancionado (*lex previa*) y que la ley describa un supuesto de hecho estrictamente determinado (*lex certa*).

El cumplimiento de estas tres exigencias determina el rechazo de la *analogía* como fuente creadora de los delitos y las penas y limita, absolutamente, a los jueces la posibilidad que se conviertan en *legisladores*.

La vulneración del principio de legalidad se ha manifestado históricamente en las dictaduras totalitarias. Recordemos que en la alemania nazi los jueces determinaban los delitos y las penas según el "*santo sentimiento del pueblo*" y en la Unión Soviética de acuerdo con la "*conciencia socialista de la justicia*". Afortunadamente esa época pasó y en la actualidad el principio en mención es considerado "(...)como una característica de los pueblos civilizados (...)" que inspira la legislación de "(...)todos los países cultos(...)"(Mir Puig Santiago, "Derecho Penal" , Editorial Bosch, Barcelona, España, 1998, pagina 76)

3. El Tribunal Constitucional, en su sentencia 0010-2002-AI/TC ha señalado que el principio de legalidad exige no solo que por ley se establezcan los delitos, sino también que las conductas prohibidas estén claramente delimitadas previamente por la ley, cita que la sentencia en mayoría, realiza en el fundamento 2) segundo párrafo.

4. La Corte Interamericana de Derechos Humanos entiende que "(...) en la elaboración de los tipos penales es preciso utilizar términos estrictos y unívocos, que acoten claramente las conductas punibles, dando pleno sentido al principio de legalidad penal. Esto implica una clara definición de la conducta incriminada, que fije sus elementos y permita deslindarla de comportamientos no punibles o conductas ilícitas sancionables con medidas no penales. La ambigüedad en la formulación de los tipos penales genera dudas y abre el campo al arbitrio de la autoridad, particularmente indeseable cuando se trata de establecer la responsabilidad penal de los individuos y sancionarla con penas que

afectan severamente bienes fundamentales como la vida o la libertad (Remotti Carbonell José Carlos "La Corte Interamericana de Derechos Humanos", IDEMSA, Lima, Peru, pagina 353).

5. De acuerdo con los fundamentos expuestos discrepo de lo señalado por mis honorables colegas en el fundamento 9) cuarto párrafo, de la sentencia en mayoría, que se transcribe a continuación : “ (...)resulta indudable que de la forma como se encuentra previsto el delito de peculado en nuestro Código Penal, el autor del mismo es un funcionario publico que reúna determinadas características, como es el hecho de que por razón de su cargo tenga la percepción, administración o custodia de bienes estatales. Sin embargo no resulta una interpretación que exceda lo dispuesto en la norma penal, de modo tal que pueda considerarse como una creación judicial de supuestos no previstos, que se sancione como autor de peculado a quien, sin tener formalmente la condición de funcionario publico, que por razón de su cargo tenga la percepción, administración o custodia de bienes estatales, no obstante ejerce de facto dicha función”.

6. Este fundamento contraviene el principio de legalidad al establecer que los jueces pueden crear delitos .El origen político del principio en cuestión radica en la división de poderes que separa de manera clara las funciones de legislador y juez. En tal sentido, a este ultimo se le priva la posibilidad de crear delitos o penas. Sin embargo “(...) la sujeción del juez a la ley no debe entenderse como si ello significara la aniquilación de la aportación creadora del juez en la Administración de Justicia, la cual siempre concurre, pero que solo se da dentro del sentido literal posible del texto(...) (Castillo Alva José Luis, “Principios de Derecho Penal, Parte General”, Gaceta Jurídica, Lima Peru, 2002, pagina 37)

7. Pese a que , conforme lo establece la sentencia en mayoría y reiterada jurisprudencia este Tribunal Constitucional, no puede dictar pronunciamiento tendiente a determinar si existe o no responsabilidad penal de un inculpado o sentenciado, ni efectuar la calificación del tipo penal, toda vez que estas son facultades exclusivas de la jurisdicción penal ordinaria (Sentencias dictadas en los expedientes Ns 2040-2003-HC/TC, 1634-2003-HC/TC, 1076-2003-HC/TC y 1551-2003-HC/TC), debo manifestar, que se ha sentenciado al accionante por peculado a titulo de cómplice, a pesar que para que se configure el delito quien le entrego el dinero, debió ser funcionario publico, conforme lo señala expresamente el artículo 387 del Código Penal.

8. Merece especial consideración para el suscrito, el hecho que al accionante, Luis Bedoya de Vivanco, se le haya impuesto la pena de 5 años de pena privativa de la libertad efectiva y a su co inculpado Tomas Gonzáles Reategui, la pena de 3 años de pena privativa de la libertad efectiva, conforme consta de la sentencia expedida por la Sala Especial de la Corte Superior de Justicia de Lima de fecha 29 de mayo de 2003, la misma que fue declarada No haber Nulidad mediante sentencia de la Sala Penal Transitoria de la Corte Suprema de Justicia de la republica, de fecha 14 de noviembre de 2003.

9. En efecto, la sentencia, primeramente mencionada, al efectuar el análisis de la determinación de la pena señala (fojas 9733) “(...) en el caso de Luis Guillermo Bedoya de Vivanco se debe tener en cuenta su formación profesional y trayectoria como hombre publico, las circunstancias al hecho delictivo que le otorgan un plus de reproche en relación a cualquier particular (...)”, y en caso del co acusado Tomas Gonzáles Reategui la Sala señala “(...) se tiene en cuenta el haber servido de intermediario entre los acusados Vladimiro Montesinos Torres y Luis Guillermo Bedoya de Vivanco, también le resulta trasladable lo precisado en lo concerniente al procesado antes citado”.

10. Al respecto , en opinión del suscrito, la aplicación de la pena por parte del Colegiado, vulnera el derecho a la igualdad de trato por los tribunales, que en los procesos penales tiene dos aspectos . Uno es el principio fundamental de que la defensa y la acusación sean tratadas de tal manera que se garantice que ambas partes tienen una oportunidad igual para preparar y exponer sus argumentos en el transcurso del proceso; y el otro aspecto, se refiere a que todo acusado tiene derecho a recibir un trato igual que otras personas acusadas en similar situación, sin discriminación. El trato igual significa que cuando los hechos objetivos son similares, la respuesta del sistema judicial ha de ser similar. En consecuencia, el principio en mención se viola ya que se establece que Bedoya tiene formación profesional y trayectoria de hombre público, situación similar a la de Gonzáles Reategui, sin embargo, la pena es distinta.

11. En tal sentido, considero que la sentencia de la Corte Superior y la de la Corte Suprema de Justicia, deben ser declaradas nulas por este Tribunal, al declarar fundada la acción de hábeas corpus deducida por el accionante Bedoya de Vivanco, ya que la inobservancia de una garantía constitucional, vicia de nulidad absoluta las sentencias

12. Por estas consideraciones mi voto es por que debe declararse **FUNDADA** la demanda de hábeas corpus y en consecuencia nula la sentencia expedida por la Sala Especial de la Corte Superior de Justicia de Lima, de fecha 29 de mayo de 2003 y la sentencia de la Sala Penal Transitoria de la Corte Suprema de Justicia de la Republica, de fecha 15 de diciembre de 2003, debiendo emitir la autoridad judicial competente nueva sentencia conforme a los fundamentos expuestos en este voto singular.

SS.

BARDELLI LARTIRIGOYEN

EXP. N.º 2758-2004-HC/TC

LIMA

LUIS GUILLERMO

BEDOYA DE VIVANCO

VOTO SINGULAR DE LA MAGISTRADA REVOREDO MARSANO

1. Constituye precedente obligatorio que vincula inclusive a los Magistrados de este Tribunal Constitucional (Artículo 52° de la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional) lo dispuesto en las sentencias correspondientes a los Expedientes Nos. 010-2002-AI/TC, 589-2003-HC/TC, 290-2002-HC/TC y otros, en las que se reconoce la competencia de este Colegiado para entender de la tipificación penal realizada por la autoridad judicial en los procesos (tanto regulares como irregulares) de Hábeas Corpus, cuando dicha tipificación vulnera el principio de legalidad penal y los derechos fundamentales de la persona (Artículo 2, inciso 24, d) de la Constitución. Discrepo, entonces, de lo expresado en la recurrida y en los párrafos pertinentes de la sentencia, en los que parece recortarse esta atribución al Tribunal Constitucional.

2. Opino –en discrepancia con mis colegas- que la usurpación de funciones públicas no convierte al usurpador en funcionario público y que el Artículo 387 del Código Penal exige textualmente que el funcionario administre bienes públicos “por razón de su cargo”. Interpretar lo contrario es apartarse del texto claro, expreso y literal de la ley penal y rozar analogías prohibidas por la Constitución.

3. Nada se dice en la sentencia recurrida respecto a un requisito esencial para configurar el delito de peculado, como es el “*animus*” o la intención dolosa -del autor o del partícipe- de cometer **ese delito**. Tampoco aparece claro si la participación del recurrente en los hechos revestía la calidad de indispensable o necesaria a fin de configurar un delito de peculado. Es decir, no se fundamenta en la recurrida, ni se le exige en esta sentencia, fundamentar la intención dolosa del recurrente de cometer precisa y específicamente un delito de peculado. Lo anterior no significa, sin embargo, que quede exonerado de toda responsabilidad por otros delitos, en caso no llegue a tipificarse el de peculado.

4. En cuanto a la vulneración del principio de igualdad en la tutela jurisdiccional, se omite explicar la aparente contradicción judicial que alega el recurrente, referida a la tipificación de los mismos hechos como delito de peculado en su caso, y como delito de receptación en otros.

Por lo expuesto, soy de opinión que debe anularse la sentencia recurrida, a fin de que la Sala denunciada proceda a esclarecer los temas mencionados, en nueva resolución.

SS.

REVOREDO MARSANO