

PONTIFICIA UNIVERSIDAD CATÓLICA DEL PERÚ

FACULTAD DE DERECHO



Informe jurídico: el interés superior del niño en el marco de un proceso penal

Trabajo de suficiencia profesional para optar el título profesional de Abogado

Autor:

Carlos Alfredo Velásquez Santos

Asesor:

José Enrique Sotomayor Trelles

Lima, 2022

RESUMEN

En el presente informe jurídico se analizará la sentencia del Tribunal Constitucional del EXP N.º 01587-2018-PHC/TC, la cual versa sobre el interés superior del niño en el marco de una investigación penal. En tal sentencia, el Tribunal Constitucional declara fundada en parte la demanda.

El problema jurídico principal se centra en determinar si se debe declarar fundada o no la demanda interpuesta ante el Tribunal Constitucional a favor de las hijas de Ollanta Humala y Nadine Heredia en contra del fiscal Germán Juárez Atoche, quien ordenó, por medio de la providencia 204-2017, que fiscales adjuntos provinciales se apersonaran al colegio de las niñas.

Para llegar a resolver de manera idónea el problema jurídico antes mencionado, es necesario incluir en la argumentación otros temas relevantes tales como la procedencia o reconversión del habeas corpus y el derecho a la libertad individual, sus derechos conexos y el interés superior del niño.

Si bien nos encontramos conformes con el resultado de la sentencia del Tribunal Constitucional, no compartimos en su totalidad la argumentación presentada por el Tribunal Constitucional en sus fundamentos. Ello no solo se hace notorio por los votos singulares y fundamentos de votos de cuatro magistrados, sino también por generalidades y omisiones en la sentencia, lo cual podría generar inseguridad jurídica e incluso mayor desprotección al sector vulnerable de la niñez y adolescencia.

Palabras clave: interés superior del niño, ministerio público, providencia, competencias, argumentación, inseguridad jurídica

ÍNDICE

Introducción	4
1. Justificación de la elección de la resolución	5
2. Antecedentes y hechos del caso	6
2.1. Contexto social y político	6
2.2. Hechos del caso	7
3. Identificación y análisis de los problemas jurídicos del caso	10
3.1. Problema jurídico principal:	10
3.2. Problemas jurídicos secundarios:	10
3.2.1. ¿Era procedente el habeas corpus en el presente caso, y de no serlo, corresponde la reconversión a una acción de amparo?	12
3.2.1.1. ¿Es procedente el habeas corpus?	12
3.2.1.2. ¿Procede la reconversión de habeas corpus a acción de amparo?	22
3.2.2. ¿Se vulneró algún derecho fundamental en el presente caso?	25
3.2.2.1. ¿Se vulneró algún derecho relacionado con la libertad individual o conexo a esta?	25
3.2.2.2. ¿Se vulneró el interés superior de las niñas?	35
4. Posición respecto a la decisión del Tribunal Constitucional	40
Conclusiones	41
Bibliografía:	43

Introducción

La sentencia del Tribunal Constitucional correspondiente al expediente N°. 01587-2018-PHC/TC trata sobre el interés superior del niño en el marco de una investigación fiscal. Esta ha generado un precedente que limita constitucionalmente las actuaciones fiscales cuando involucra indirectamente a niños y adolescentes que no son parte del proceso.

El problema principal de este informe jurídico busca resolver la siguiente pregunta: “¿Se debe declarar fundada la demanda a favor de las hijas de Ollanta Humala y Nadine Heredia?”. Para resolver tal pregunta es preciso realizar otras tales como las siguientes: ¿era procedente el habeas corpus en el presente caso, y de no serlo, corresponde la reconversión a una acción de amparo? ¿Se vulneró algún derecho fundamental en el presente caso?

El objetivo del presente documento es ofrecer luces con respecto a las observaciones que hemos podido realizar respecto a ciertos argumentos empleados a lo largo de la sentencia tales como los criterios de reconversión de demandas constitucionales, la libertad protegida con el habeas corpus y la implicancia de la afectación del interés superior del niño en la ejecución de las diligencias fiscales.

El método de investigación es dogmático jurídico. Para ello nos valemos de las fuentes principales del derecho tales como norma, doctrina y jurisprudencia para identificar si lo señalado en estas fuentes se vincula con lo esperado por la sociedad y, de ser el caso, ofrecer luces para mejorar aquellas deficiencias identificadas.

La conclusión a la que llegamos nos sugiere que la sentencia objeto de análisis actúa a favor de la niñez y adolescencia de manera innovativa al visibilizar por primera vez en sus tribunales la necesidad de que los fiscales y otras autoridades incluyan el interés

superior del niño respecto a sus decisiones que involucran directa o indirectamente a niñas, niños y adolescentes. No obstante, consideramos que existen generalidades y omisiones en ciertos considerandos que podrían ser superados a favor del interés superior del niño, los cuales serán abordados en este informe jurídico.

1. Justificación de la elección de la resolución

Actualmente, en el Perú, poco se ha escrito sobre el interés superior del niño a pesar de su gran importancia en el sistema jurídico. Es por ello que su aplicación en los diversos campos del derecho ha sido realizada de manera indiscriminada sin profundizar en su contenido y sus alcances. Ejemplo de ello es lo que se aprecia en la STC Exp. N.º 01587-2018-PHC/TC.

En esta sentencia que será analizada en el actual trabajo se aprecia una postura que está a favor del interés superior del niño; esto puede ser loable considerando que la niñez y adolescencia como sector es considerado como vulnerable y debe ser protegido por el Estado, la sociedad y la familia. No obstante, consideramos que su protección no debe limitar a los administradores de justicia solo a invocar al interés superior del niño como un concepto omnipotente y autómatas que por sí solo resuelve cualquier tipo de conflicto, sino que más bien debe ser usado de manera razonable y consecuente.

En este sentido, no esperamos que el interés superior del niño se emplee de manera indiscriminada para resolver cualquier tipo de conflictos sin analizar previamente cuáles son las vías que pueden resolver mejor el conflicto suscitado. Y, en todo caso, si es que no hay otra vía más idónea, entonces lo que se espera es que los administradores de justicia desarrollen cabalmente sus argumentos. De lo contrario, no solo se estaría desprotegiendo otros derechos que colisionan contra el interés superior del niño, sino que también se estaría vaciando de contenido a esta figura. La consecuencia entonces se traduce en inseguridad jurídica.

Lo que se espera con el análisis jurídico de esta sentencia es identificar cuáles son las deficiencias encontradas en la argumentación de la misma con la finalidad de poder ofrecer luces de que se puede llegar a la misma conclusión, pero utilizando las herramientas jurídicas de manera razonable.

2. Antecedentes y hechos del caso

En este apartado se precisará el contexto social y político de este caso. Ello con la finalidad de ofrecer un panorama general respecto a la situación jurídica de la parte demandante en ese entonces, la cual en parte se vinculó al origen este caso a partir de las investigaciones fiscales. Asimismo, se precisarán los hechos más relevantes del caso de manera cronológica.

2.1. Contexto social y político

La Operación Lava Jato desveló una estructura de corrupción sistémica que tenía como uno de sus protagonistas a la constructora brasilera Odebrecht. Esta dentro de sus operaciones para la adjudicación de obras de construcción realizaba sobornos a altos funcionarios públicos de gobiernos de América Latina y África. Entre los países involucrados en la red de corrupción de licitaciones de obras se encontraba el Perú, cuyos expresidentes Alejandro Toledo, Alan García y Ollanta Humala habrían estado implicados.

En abril del 2017 Marcelo Odebrecht quien encabezaba la Organización Odebrecht, ante la justicia brasilera, señaló que entregó US\$ 3 millones para financiar la campaña del 2011 de Ollanta Humala, dinero que habría sido maquillado e ingresado al sistema económico a través de falsos aportantes. Ante ello, el Ministerio Público inició con las investigaciones al exmandatario por los delitos de lavado de activos y asociación ilícita para delinquir.

En julio del 2017 en el marco de las investigaciones fiscales se realizó el apersonamiento de fiscales adjuntos al colegio de las hijas de Ollanta Humala y Nadine Heredia con la finalidad de recabar información sobre un viaje de las mismas a Estados Unidos.

Las investigaciones fiscales desembocaron en 18 meses de prisión preventiva en perjuicio de Ollanta Humala junto con su esposa Nadine Heredia. Entre los fundamentos no se consideró la diligencia fiscal respecto al viaje de las hijas de ambos; sin embargo, en palabras del expresidente, se les habría generado un daño irreparable, pues ellas consideraron que su viaje al extranjero había sido causa de su detención (Humala, 2017).

2.2. Hechos del caso

En este apartado se presentarán los hechos del caso de manera cronológica desde que la fiscalía toma conocimiento del viaje de las hijas de Ollanta Humala y Nadine Heredia, atravesando por los procesos en el Poder Judicial y finalizando en la demanda ante el Tribunal Constitucional. Asimismo, al final de la presentación de los hechos se mostrará una línea de tiempo que contiene los hechos más relevantes.

2.2.1. Cronología de los hechos

En esta sección se presentará una cronología de los hechos principales del caso que involucra el recorrido desde aquellas acciones que originaron el litigio, atravesando por el Poder Judicial hasta llegar a la sentencia del Tribunal Constitucional.

Entre el 01 de julio 2017 y el 03 de julio 2017:

La fiscalía toma conocimiento de que las hijas de los Humala Tasso están en EE. UU. con su abuela. Este viaje, señalan, no fue notificado a su despacho y podría afectar el arraigo que tienen los Humala-Tasso, lo cual podría constituirse en un peligro de fuga.

El 03 de julio de 2017:

Por medio de la Providencia 204 el fiscal Germán Juárez Atoche ordena que se lleve a cabo la diligencia para que los fiscales adjuntos Alexander Taboada Guardián y Trilce Lissete Cruz Barrientos se apersonen al colegio de las niñas (Hiram Bingham The British International School of Lima) para averiguar el motivo de viaje de las niñas involucradas.

Mediante el Oficio 770- 2017-2°FPCELAAPD-3E se le comunica al colegio que harán la diligencia para recabar información respecto al viaje de las niñas al extranjero; asimismo, se indicó en el documento que la diligencia sea realizada atendiendo la reserva del caso.

El 10 de julio de 2017:

Ollanta Humala presenta demanda de habeas corpus ante Poder Judicial debido a la afectación de derechos conexos a la libertad de las niñas.

- A favor de sus hijas IHH y NSHH
- En contra de Germán Juárez Atoche, Fiscal de la Segunda Fiscalía Supraprovincial Especializada en Delitos de Lavado de Activos y Pérdida de Dominio — Tercer Despacho del Ministerio Público (actualmente Tercer Despacho del Equipo Especial de Fiscales)

El 11 de julio de 2017:

El Cuadragésimo Juzgado Penal de la Corte Superior de Lima declara improcedente la demanda de hábeas corpus debido a que se habría producido sustracción de la materia en tanto la diligencia fiscal realizada ya había concluido.

El 15 de agosto de 2017:

La Segunda Sala Especializada en lo Penal para Procesos con Reos Libres de la Corte Superior de Lima confirma la apelada por similares fundamentos.

El 23 de noviembre de 2018

El colegio de las niñas en una comunicación refiere que en el desenvolvimiento de la diligencia se generó incomodidad y preocupación debido al modo con el cual se solicitó la información de las menores de edad.

El 22 de enero 2019:

Ollanta Humala informa al Tribunal Constitucional sobre aparentes nuevas vulneraciones en perjuicio de los derechos de las niñas a través de actos y diligencias ordenadas por el fiscal emplazado que irían en contra de su libertad de tránsito.

Posteriormente (no se señala fecha):

Ollanta Humala interpone un recurso de agravio constitucional señalando que las dos instancias anteriores aludieron sustracción de la materia, pero omitieron pronunciarse sobre la totalidad del petitorio. En específico sobre “Cuál es el margen de acción del Ministerio Público cuando dispone la realización de diligencias respecto de los hijos menores de los investigados y cual sería, en dicho contexto, el alcance del principio universal referido al interés superior del niño” (el subrayado es nuestro).

El 06 de junio de 2019:

Se emite la sentencia del caso, la cual resuelve reconvertir la demanda de hábeas corpus a una de amparo por haberse vulnerado el principio de interés superior del niño; asimismo, declara infundada la demanda de amparo en sus otros extremos y exhorta a las autoridades fiscales y judiciales a considerar el interés superior del



niño, niña o adolescente en casos similares al visto.

Línea de tiempo

Gráfico 1: (Fuente: elaboración propia)

3. Identificación y análisis de los problemas jurídicos del caso

En este apartado se presentará el problema principal del caso y los problemas secundarios, los mismos que serán analizados en este informe jurídico. Asimismo, al finalizar esta presentación se mostrará un árbol de problemas con las principales cuestiones a ser resueltas.

3.1. Problema jurídico principal:

La sentencia objeto de análisis ha llegado a una decisión pro derecho de la niñez y adolescencia; sin embargo, durante su trayecto ha presentado observaciones procesales y de derechos fundamentales. Ello podría sugerir un uso incorrecto de las herramientas jurídicas en sus fundamentos, lo cual será analizado en este informe jurídico para resolver la siguiente pregunta:

“¿Se debe declarar fundada la demanda a favor de las hijas de Ollanta Humala y Nadine Heredia?”

3.2. Problemas jurídicos secundarios:

Con la finalidad de ofrecer una respuesta a la pregunta principal, es pertinente la referencia a las siguientes cuestiones procesales y de derechos fundamentales:

3.2.1. ¿Era procedente el habeas corpus en el presente caso, y de no serlo, corresponde la reconversión a una acción de amparo?

3.2.1.1. ¿Es procedente el habeas corpus?

3.2.1.1.1. ¿Se produjo la sustracción de la materia?

3.2.1.1.1.1. ¿Puede proceder la demanda a pesar de la sustracción de la materia?

3.2.1.2. ¿Procede la reconversión de hábeas corpus a acción de amparo?

3.2.2. ¿Se vulneró algún derecho fundamental en el presente caso?

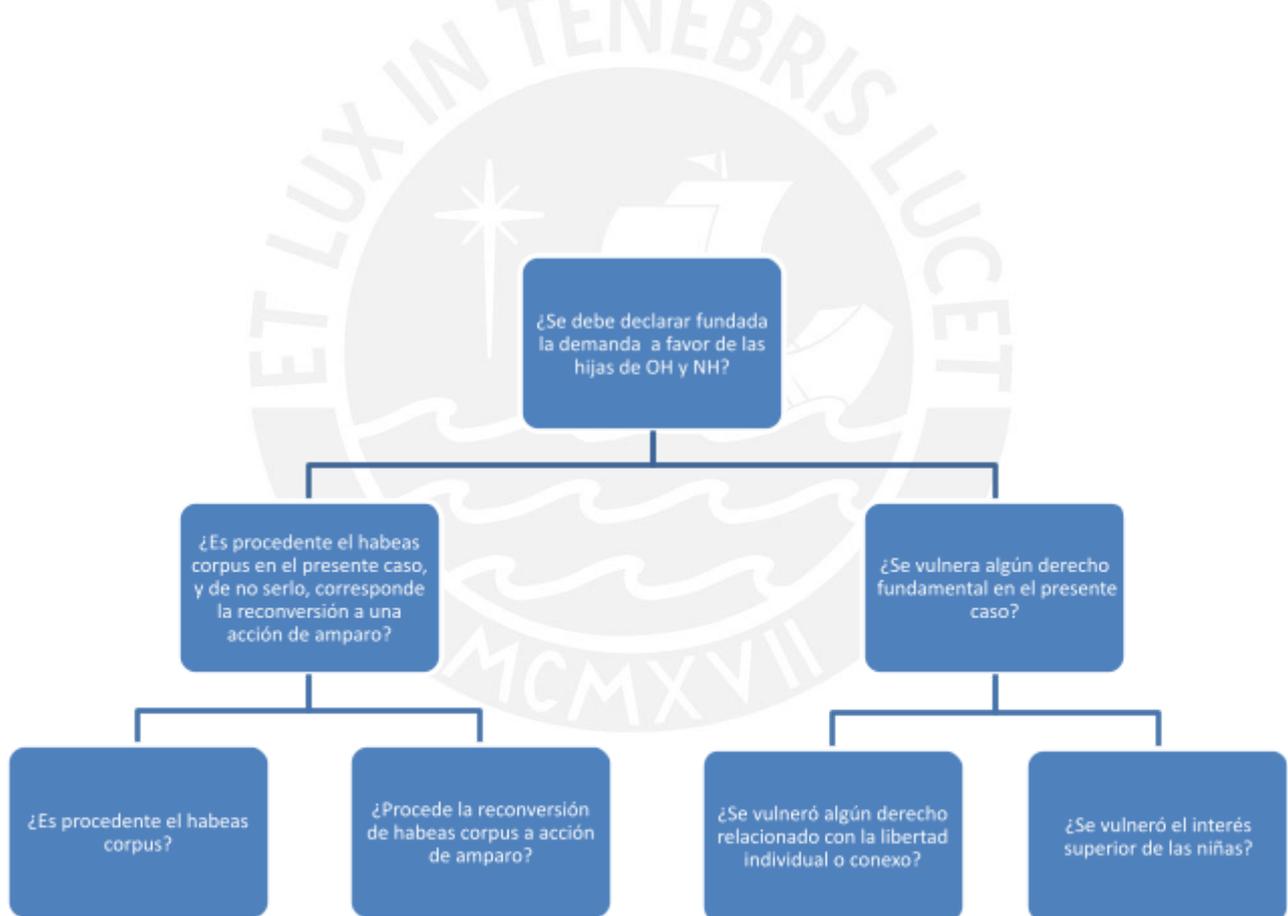
3.2.2.1. ¿Se vulneró algún derecho relacionado con la libertad individual o conexos a esta?

3.2.2.2.1. ¿Se vulneró el derecho a la libertad individual?

3.2.2.2.2. ¿Se vulneraron derechos conexos a la libertad individual?

3.2.2.2.2.1. ¿Se vulneró el derecho a la integridad psicológica?

3.2.2.2. ¿Se vulneró el interés superior de las niñas?



Árbol de problemas simplificado

GRÁFICO 2: (Fuente: elaboración propia)

Habiendo presentado las cuestiones a resolver en el presente informe jurídico, procederemos a desarrollarlas a continuación:

3.2.1. ¿Era procedente el habeas corpus en el presente caso, y de no serlo, corresponde la reconversión a una acción de amparo?

En el caso objeto de análisis, el Tribunal Constitucional reconvirtió el proceso de habeas corpus a uno de amparo con la finalidad de ofrecer una respuesta íntegra que garantizara el interés superior del niño en casos similares pese a que se consideró que la demanda de habeas corpus debería ser improcedente por la sustracción de la materia. Sin embargo, consideramos oportuno cuestionar si es procedente el habeas corpus en el presente caso, y de no serlo, corresponde la reconversión a una acción de amparo. Para ello, en primer lugar, se analizarán los requisitos de procedencia del habeas corpus y, en segundo lugar la procedencia de la reconversión de la demanda de habeas corpus a la de acción de amparo

3.2.1.1. ¿Es procedente el habeas corpus?

El artículo 200 de la Constitución indica que el habeas corpus es procedente ante el hecho u omisión, realizado por autoridad o persona, que lesiona o pone en riesgo la libertad individual o los derechos conexos a esta que tienen base constitucional. También en el artículo 4 del Código Procesal Constitucional, se señala que el habeas corpus es procedente cuando una resolución judicial con cosa juzgada vulnera explícitamente la libertad individual y la tutela procesal efectiva y dentro de la definición de lo que significa tutela judicial efectiva indica que esta refiere a la situación jurídica en la que se obtenga una resolución fundada en derecho. Asimismo, en el artículo 25 del referido Código, se indica una lista de derechos que pueden ser protegidos por el habeas corpus; ejemplo de estos son la libertad individual y sus derechos constitucionales conexos.

El Tribunal Constitucional en el Exp. N° 03878-2012-PHC/TC ha señalado que el habeas corpus protege la libertad y los derechos conexos, pero precisa que no todo reclamo que señale que existe afectación de los derechos antes mencionados puede reputarse como tal y ser tutelado. Ello debido a que se necesita un análisis previo en el que se determine si es que los hechos denunciados implican vulneración del contenido constitucionalmente protegido del derecho que es tutelado por el habeas corpus.

Como características esenciales, el habeas corpus al ser presentado en un contexto de urgencia debe ser sencillo y rápido con la finalidad de proteger los derechos vulnerados de manera célere para garantizar que el juez resuelva el cese o restitución del derecho de la libertad individual y sus conexos. Asimismo, hace una precisión en que, si bien la lista de derechos protegidos en el artículo 25 del Código Procesal Constitucional está enumerada, esta puede ser ampliada considerando el artículo 3 de la Constitución en casos que involucren otros conceptos de libertad no reconocidos expresamente en la carta magna. Con respecto a los derechos conexos, estos son aquellos que se relacionan directamente al derecho a la libertad personal como por ejemplo el derecho a la vida y la integridad (Landa, 2018, p. 128).

Asimismo, el Tribunal Constitucional en el Exp. N°. 05559-2009-PH/TC precisa que el habeas corpus tiene una doble vertiente conceptual: clásica y amplia. Por un lado, con respecto a la concepción clásica, se señala que lo que se busca obtener con este proceso es la protección de la libertad ambulatoria. Por otro lado, sobre la concepción amplia, se indica que existe un conjunto de derechos que si bien no afectan la libertad individual,

sí lo hacen de manera vinculada. Esto es, la afectación de este derecho vinculado involucra en tal magnitud al ámbito de la libertad que es necesario protegerlo por medio del habeas corpus.

De acuerdo con la sentencia del Tribunal Constitucional correspondiente al expediente N° 2663-2003-HC/TC se puede mencionar que en nuestro sistema jurídico que existen ocho tipos de habeas corpus: i) reparador ii) restringido iii) traslativo iv) correctivo v) instructivo vi) innovativo y vii) conexo, los cuales serán señalados a continuación.

El habeas corpus reparador es empleado en el caso de que se detenga o recluya en prisión a alguien de manera arbitraria o ilegal por una orden policial o judicial y también cuando una persona es internada en un centro psiquiátrico sin que se haya agotado el proceso de interdicción civil. De igual manera es utilizado cuando alguien condenado continúe recluido a pesar de que ha cumplido con su pena privativa de libertad. Asimismo, este mecanismo opera ante sanciones disciplinarias privativas de la libertad, entre otros similares. Este es un ejemplo de habeas corpus clásico.

El habeas corpus restringido se emplea cuando se generen obstáculos a la libertad locomotora, lo cual constituye una restricción para su pleno ejercicio. En otros términos, a pesar de que no es limitada la libertad de la persona, implica una limitación al ejercicio de tal derecho. Asimismo, esta figura jurídica es empleada cuando es prohibida la circulación o acceso a ciertos lugares y cuando se manifiesta seguimientos sin base legal o cuando provienen de decisiones dictadas por autoridades sin competencia. De igual manera, otro supuesto se da cuando se realizan frecuentes y arbitrarias citaciones policiales; también las reiteradas retenciones por control migratorio o la vigilancia domiciliaria sin justificación.

El habeas corpus correctivo es empleado cuando existen actos injustificados que agraven la situación de una persona que se encuentra recluida en un centro penitenciario o de rehabilitación o en internada en un centro estudiantil. Por ello, la finalidad de esta figura es evitar que actos injustificados, inhumanos y degradantes que sean lesivos a la vida, la salud y la integridad continúen produciéndose. También aplica esta figura cuando existe restricción injustificada a las visitas familiares de los reclusos.

El habeas corpus preventivo es empleado cuando a pesar de que no se le priva de libertad a alguien, es latente la amenaza e inminencia de que tal situación se producirá vulnerando las disposiciones legales y constitucionales. En tal sentido, solo procede este tipo de habeas corpus cuando es cierto e inminente que la persona va a ser detenida arbitrariamente; sin embargo, no aplica solo por el hecho de que se presuma que tal acción va a concretarse.

El habeas corpus traslativo es empleado cuando existe demora en resolver la situación personal de una persona que se encuentra detenida o cuando se mantiene de manera indebida la privación de libertad. Ello en tanto toda persona retenida en un establecimiento penitenciario tiene el derecho a que se le juzgue en un tiempo razonable o en su defecto ser liberada.

El habeas corpus instructivo es empleado cuando es imposible determinar cuál es la ubicación de una persona que se encuentra detenida y a su vez desaparecida. La finalidad de esta figura se centra en que se proteja su derecho a la vida e integridad y al mismo tiempo evitar que tales prácticas de detención y desaparición continúen perpetuándose por agentes del orden.

El habeas corpus innovativo es empleado incluso cuando el riesgo o vulneración de la libertad personal ha cesado durante el proceso de la demanda. La finalidad de esta figura es evitar que situaciones lesivas que originaron la demanda se repitan en el futuro.

El habeas corpus conexo es empleado cuando a pesar de que no existe una restricción directa a la libertad física o locomotora, procede para proteger aquellos derechos constitucionales vinculados a ella. Esta figura es un claro ejemplo de habeas corpus orientada hacia la vertiente amplia, ya que pretende proteger derechos fundamentales más allá del núcleo duro que protege la concepción restringida.

En el caso concreto, siguiendo la línea de las diferentes variantes del habeas corpus presentes en nuestro ordenamiento jurídico, se puede señalar que la demanda de habeas corpus presentada por Ollanta Humala corresponde a una del tipo conexo. Ello debido a que tal estaba orientada a que Germán Juárez Atoche cesara la ejecución de las

diligencias fiscales que se encontraban afectando los derechos conexos de sus hijas menores de edad los cuales involucraban los siguientes derechos: la educación, la libertad de enseñanza, la intimidad, el desarrollo mental, moral y social, la tranquilidad emocional, la integridad moral y libre desarrollo y bienestar, a participar en la vida cultural y al interés superior del niño.

Al respecto, el Tribunal Constitucional omitió referirse a la lista de derechos conexos a la libertad personal señalados en el párrafo anterior y se enfocó solo en el interés superior del niño debido a que el petitorio se orientaba a cuestionar el accionar de las diligencias fiscales.

Asimismo, el Tribunal Constitucional a partir de una interpretación discrecional señaló que lo que en realidad Ollanta Humala pretendía con el habeas corpus del presente caso poseía como objetivo ir en contra de la providencia 204-2017, la cual no habría considerado el interés superior de sus hijas en su redacción. Sin embargo, resalta, que la demanda de habeas corpus fue interpuesta cuando la afectación ya había cesado, por lo que correspondía que los magistrados declararan su improcedencia amparándose en el inciso 5 del artículo 5 del Código Procesal Constitucional. No obstante, a pesar de lo anterior, el Tribunal Constitucional estimó que si bien el proceso empleado debió ser el del amparo en lugar del habeas corpus, se encontraban en el deber de verificar si aún podría proseguir no como habeas corpus, sino como amparo por medio de la reconversión de la demanda.

De lo expuesto anteriormente, se concluye entonces que el habeas corpus no era procedente por dos motivos principales: la sustracción de la materia y el derecho protegido que no se vinculaba a la libertad ni a derechos conexos. Sin embargo, la figura de la reconversión de la demanda se presentó como una facultad del Tribunal Constitucional para no desestimar el caso, con el cargo de ser analizada su procedencia.

3.2.1.1.1. ¿Se produjo la sustracción de la materia?

La sustracción de la materia es una causal de improcedencia de los procesos constitucionales. Así, en el inciso 5 del artículo 5 del Código Procesal constitucional se

señala que estos no proceden cuando “a la presentación de la demanda ha cesado la amenaza o violación de un derecho constitucional o se ha convertido en irreparable”.

Lo anterior implica que es improcedente una demanda constitucional cuando se sustrae la materia en dos supuestos: i) cuando la violación o amenaza de violación de un derecho ha cesado y ii) cuando la violación o amenaza de violación de un derecho se ha tornado irreparable.

El Tribunal Constitucional señala en el Exp. N°. 02503-2013-PA/TC que la sustracción de la materia se puede deber al cese de la afectación y la irreparabilidad de los derechos. La primera puede ser causa de superación por conducta de autoridad, funcionario o emplazado. La segunda implica que los derechos demandados han sido afectados de tal manera que no es posible revertir su situación.

Asimismo, en la sentencia antes referida, se señala que la sustracción de la materia puede implicar dos regímenes procesales: ordinario y excepcional. Sobre el régimen ordinario se indica que no se necesita pronunciarse sobre el fondo. Lo que sigue es simplemente declarar la improcedencia de la demanda. Por su parte, el régimen excepcional señala que, incluso si se declarase la sustracción de la materia, es necesario realizar un pronunciamiento de fondo debido a la gravedad del daño que ha sido producido. En tal sentido, la demanda debe ser declarada fundada.

Ejemplo del régimen excepcional de la sustracción de la materia se puede apreciar en la sentencia del Tribunal Constitucional correspondiente al expediente N°. 01675-2016-PA/TC en la que se señala que “... a la fecha se ha producido la sustracción de la materia por haberse tornado irreparable la agresión; sin embargo, es posible emitir un pronunciamiento de fondo de acuerdo con lo dispuesto en el segundo párrafo del artículo 1 del Código Procesal Constitucional”. Asimismo, se agrega que “en la sentencia recaída en el Expediente 04530-2008- HD/TC, ya ha tenido oportunidad de señalar que la declaración de improcedencia por sustracción de la materia no opera automáticamente en todos los casos en los que se advierta que existe irreparabilidad”.

Como consecuencia de lo señalado en el párrafo anterior, se tiene entonces que en la práctica del Tribunal Constitucional el uso del régimen excepcional de la sustracción de

la materia, tal como lo señala su denominación, puede ser de manera extraordinaria cuando los magistrados lo consideren pertinente de acuerdo con su discreción en base a lo señalado en el artículo 1 del Código Procesal Constitucional.

Sobre la sustracción de la materia en el ámbito doctrinario se señala que se presenta cuando en un proceso que se encuentra en curso surgen hechos sobrevenidos que impiden o hacen imposible que el demandante obtenga el derecho pretendido ya sea porque la amenaza o vulneración del mismo ha dejado de producir efectos o porque se ha transformado en irreparable (Deho, 2012, p. 145).

Asimismo, la sustracción de la materia corresponde a un hecho que sobreviene luego de haber sido interpuesta una demanda, lo cual permite que el demandante logre de manera extraprocesal la satisfacción de su derecho pretendido. Esta satisfacción puede lograrse por algún hecho voluntario o por un hecho externo a la voluntad de las partes que genera que aquello que fue pretendido inicialmente se convierta en inviable (Valverde, 2012, p. 95).

La sustracción de la materia entonces implica que aquella relación procesal que se originó no podrá finalizar con un pronunciamiento sobre el fondo de la materia, pues el motivo que determinó que se recurra ante el Tribunal Constitucional ha desaparecido. En tal sentido, con la sustracción de la materia se produce una imposibilidad sobrevenida del litigio pues la relación jurídica subyacente ha dejado de existir.

Para que se suscite la sustracción de la materia es necesario que confluyan elementos tales como la existencia de un proceso, que el objeto del proceso existe cuando se constituya la relación procesal, que luego de la constitución de la relación procesal el objeto desaparezca, que tal desaparición suceda antes de que se dicte sentencia. Asimismo, no debe ser una simple transformación del objeto litigioso; es decir, debe tratarse de una real desaparición que genere que se extinga la pretensión. Además, el fenómeno materia de estudio debe ser reconocido por el tribunal que conoce el proceso al momento de dictar sentencia (Rioja, 2015, p. 124).

En el caso concreto, el Tribunal Constitucional indicó que se sustrajo la materia, debido a que los supuestos derechos lesivos a los derechos en conexidad con la libertad

personal ya habían dejado de producir efectos. Ello en tanto la orden del fiscal Germán Juárez Atoche por medio de la providencia 204-2017 ya había sido ejecutada por los Fiscales Adjuntos Provinciales Alexander Daniel Taboada Guardián y Trilce Lissete Cruz Barrientos días después de que se presentara la demanda de habeas corpus. En efecto, la diligencia fiscal se materializó el día 03 de julio de 2017 a las 10:30 a.m. por medio de la visita de los fiscales adjuntos antes mencionados al colegio Hiram Bingham, específicamente en la dirección del mismo.

Por tal motivo, el Tribunal Constitucional en esta sentencia indica que la finalidad de el proceso de habeas corpus obedece a una imperiosa necesidad de que la afectación a los derechos a la libertad o conexos cese o que el derecho vulnerado pueda restituirse al estado anterior. Sin embargo, ninguna de las alternativas era posible en la práctica, ya que la demanda de habeas corpus fue interpuesta el 10 de julio de 2017; es decir, 7 días después de haber sido realizada la diligencia fiscal.

Por lo tanto, y obedeciendo la prescripción del Código Procesal Constitucional, cesaron tanto la diligencia como los sucesos que habrían afectado derechos a la libertad o conexos de las menores hijas de Ollanta Humala. En consecuencia, ello era razón suficiente para que el habeas corpus sea declarado improcedente por el Tribunal Constitucional.

En suma, se puede concluir que en efecto existió se sustrajo la materia en este caso, motivo por el cual el corpus como tal no era procedente a primera vista. Sin embargo, a pesar de ello, existe una salvaguarda en el Código Procesal Constitucional que involucra que los magistrados realicen un pronunciamiento de fondo con la finalidad de perseguir los fines constitucionalmente protegidos. Este será señalado a continuación.

3.2.1.1.1.1. ¿Puede proceder la demanda a pesar de la sustracción de la materia?

El artículo 1 del Código Procesal Constitucional señala que “si luego de presentada la demanda cesa la agresión o amenaza por decisión voluntaria del agresor, o si ella deviene en irreparable, el Juez, atendiendo al agravio producido, declarará fundada la demanda precisando los alcances de su decisión, disponiendo que el emplazado no

vuelva a incurrir en las acciones u omisiones que motivaron la interposición de la demanda (...).”.

Lo señalado anteriormente implica que, si durante el proceso se concretiza la sustracción de la materia, entonces el juez en base a su criterio puede declarar fundada la demanda exhortando a la parte emplazada evitar aquellas acciones u omisiones que originaron la demanda. Es decir, se puede apreciar que tal disposición del Código Procesal Constitucional posee un fin preventivo al exhortar a la parte responsable de los actos lesivos a modificar su conducta para evitar que esta se repita.

Siguiendo la línea del artículo antes mencionado, el Tribunal Constitucional en el Exp. N°. 603-2004-AA/TC afirmó que a pesar de que exista sustracción de la materia por la irreparabilidad de los derechos reclamados es necesario que se declare fundada la demanda no para reponer las cosas al estado anterior a la trasgresión del derecho constitucional, por su imposibilidad, sino para evitar que las conductas lesivas se repitan.

En relación con el párrafo anterior, el Tribunal Constitucional en la sentencia del Exp. N°. 05097-2015-PA/TC señaló un parámetro: si bien puede declararse fundada una demanda a pesar de que exista sustracción de la materia, ello solo puede ser aplicable siempre y cuando exista evidencia de que el emplazado potencialmente pudiese volver a incurrir en aquel acto que generó que se interponga la demanda.

En el caso concreto, el Tribunal Constitucional se decantó por declarar fundada en parte la demanda debido a que se habría vulnerado el interés superior de las hijas de Ollanta Humala y Nadine Heredia como consecuencia de las diligencias fiscales que involucraron la emisión de la providencia 204-2017 sin considerar el interés superior del niño como norma de procedimiento y por el apersonamiento de los fiscales adjuntos al colegio de las niñas.

En sus fundamentos la sentencia analizada no consideró el parámetro de la sentencia del Exp. N°. 05097-2015-PA/TC, dado que no hizo referencia alguna a si existía un riesgo potencial de que el fiscal a cargo de la investigación podría volver a incurrir en actos que podrían vulnerar el interés superior de las niñas. De esta manera se puede señalar

que existió una omisión en la argumentación del Tribunal Constitucional que no es consecuente con las delimitaciones de una sentencia precedente, lo cual podría generar inseguridad jurídica e incompatibilidades entre las decisiones judiciales.

Entonces consideramos que, a pesar de las observaciones realizadas en este informe jurídico a la argumentación del Tribunal Constitucional, no existía otra vía para la protección del derecho del interés superior del niño más que la de declarar fundada la demanda junto con la respectiva exhortación al fiscal emplazado. Sin embargo, ello solo obedeció a la falta de la consideración del interés superior del niño en la providencia 204-2017 y no necesariamente a la visita de los fiscales adjuntos al colegio de las niñas en conjunto.

Sobre la visita de los fiscales adjuntos, no se podría concluir que se tradujo en una acreditada afectación al interés superior del niño, considerando los dos insuficientes argumentos que utilizó el Tribunal Constitucional.

El primer argumento indicó que la institución educativa el 23 de noviembre de 2018 señaló que durante la diligencia fiscal hubo bastante incomodidad y generó preocupación por la manera en que fue solicitada la información. Por tal motivo, el Tribunal Constitucional consideró esa incomodidad y preocupación señalada como consecuencia de una actuación excesiva y desproporcionada.

El segundo de ellos, señaló que, de acuerdo con el informe psicopedagógico emitido por el colegio y presentado el 14 de agosto de 2018 por el demandante, las niñas presentaron sentimiento de culpa al conocer que sus progenitores fueron enviados a la cárcel por su viaje al extranjero. De lo anterior se desprende que, si bien pudo existir este sentimiento de culpa en las niñas, no necesariamente se dio por el apersonamiento de los fiscales al colegio, sino en estricto por el viaje que ellas realizaron.

Con respecto a la providencia 204-2017, en efecto, el fiscal Germán Juárez Atoche no consideró las disposiciones legales nacionales e internacionales que precisan que en toda decisión de autoridades que involucre niños y adolescentes, el interés superior del niño debe ser incluido y desarrollado.

Este sería entonces el motivo por el cual se le debería exhortar al fiscal adoptar un comportamiento pro derechos de que no desmerezca la calidad de organismo autónomo del Ministerio Público, en tanto esta institución se encuentra sujeta al control constitucional. Así, lo que se pretende evitar es que se produzca alguna afectación al interés superior del niño por medio de actos fiscales escritos como las providencias, las cuales, si bien son documentos internos que no necesariamente necesitan motivación, no se encuentran exentos de la irradiación de la constitución, sobre todo si podrían entrar en conflicto con derechos de niños y adolescentes.

Se concluye entonces que a pesar de la primigenia improcedencia del habeas corpus por la sustracción de la materia, la demanda puede prosperar amparándose en el artículo 1 del Código Procesal Constitucional para exhortar al emplazado abstenerse de continuar vulnerando el derecho alegado.

3.2.1.2. ¿Procede la reconversión de habeas corpus a acción de amparo?

El artículo III del Título Preliminar del Código Procesal Constitucional señala dentro de sus principios procesales que el tanto el juez como el Tribunal Constitucional ~~deben~~ ^{deben} encausar la exigencia de las formalidades previstas en el Código hacia la consecución de los fines de los procesos constitucionales.

En el caso concreto, Ollanta Humala no presentó la demanda por la vía amparo, sino por la del habeas corpus; sin embargo, el Tribunal Constitucional al considerar que existió sustracción de la materia respecto a los derechos conexos a la libertad, decidió reconvertir el proceso de habeas corpus al de amparo para garantizar que el emplazado no reincida en la vulneración al interés superior del niño.

Por ello, el Tribunal Constitucional realizó un análisis para verificar si se cumplían con todos los requisitos para efectuar la dicha reconversión del proceso. Así, señala, en primer lugar, que los jueces constitucionales gozan de la facultad para poder subsanar aquel error u omisión en el que incurran los demandantes en su petitorio. Ello es sustentado por el artículo III del Código Procesal Constitucional el cual refiere al

principio procesal de elasticidad que se manifiesta en la adecuación de las formalidades señaladas en el Código para alcanzar los fines de los procesos constitucionales.

En razón de ello, el Tribunal Constitucional interpretó que el petitorio de la demanda de habeas corpus, en esencia, se dirigía a la protección del interés superior del niño, por lo cual, la vía procedimental de esta demanda no era la correcta, pues el interés superior del niño es más bien tutelado por el amparo. Por tanto, lo que procedió fue una actuación de oficio por parte del Tribunal Constitucional para reconvertir el proceso de habeas corpus al de acción de amparo.

El Tribunal Constitucional apoyándose en la sentencia correspondiente al Exp. N°. 05761-2009-PHC/TC indicó que la reconversión debe observar 6 reglas principales con la finalidad de evitar desbordes en su aplicación:

1. No es obligatoria para jueces constitucionales de primera instancia, pero sí para los de segunda y última instancia.
2. La conversión procede si el plazo de prescripción de la demanda no ha vencido.
3. La conversión deberá comprobar la legitimidad para obrar del demandante.
4. La conversión de ninguna manera podrá variar el petitorio ni la fundamentación de hechos de la demanda.
5. Debe de haber amenaza de que el derecho se torne en irreparable.
6. La conversión debe considerar el derecho de defensa del emplazado.

Sobre la primera, el Tribunal Constitucional en caso objeto de análisis indicó que el proceso se encontraba ya en la instancia última. Sobre la segunda, señaló que la demanda de habeas corpus fue interpuesta el 10 de julio de 2017 luego de emitida la providencia 204-2017 del 03 de julio de 2017. Al respecto, agrega que, de acuerdo con el artículo 44 del Código Procesal Constitucional, existe un tiempo límite de 30 días hábiles para que sea interpuesta la acción de amparo.

En tal sentido, la demanda se ajustó al plazo establecido al no superar los 30 días fijados en la norma antes referida. Sobre la tercera, indicó que el habeas corpus fue presentado por Ollanta Humala, padre de las niñas afectadas; por lo tanto, estaba legitimado para

obrar. Sobre la cuarta, se limitó a mencionar que no hubo modificación respecto al petitorio y/o la fundamentación de hechos del habeas corpus.

Sobre la quinta, afirmó que existía urgencia del caso alegando que la niñez es un sector vulnerable. Sobre la sexta, señaló que se garantizó el derecho de defensa del emplazado, en tanto el procurador público del Ministerio Público estaba presente en el proceso.

Por lo anterior, fue así como el Tribunal Constitucional fundamentó su decisión de realizar la reconversión del proceso de habeas corpus al de amparo al haber cumplido satisfactoriamente con cada uno de los parámetros establecidos por la sentencia del expediente N°. 05761-2009-PHC/TC. En consecuencia, el Tribunal afirmó encontrarse facultado para proceder con el análisis de fondo del caso para determinar la existencia de la amenaza o vulneración del interés superior del niño.

Al respecto, al Tribunal Constitucional le podría resultar cuestionable la fundamentación de la quinta regla que señala que debe haber riesgo de que el derecho se torne en irreparable. Sobre esta, la sentencia del expediente N°. 05097-2015-PA/TC precisa que la reconversión podrá efectuarse solamente si se halla una necesidad imperiosa de evitar que ocurra una lesión irreparable en los derechos fundamentales respectivos.

En el caso concreto, el derecho fundamental que alegó el Tribunal Constitucional que se pudo haber lesionado fue el correspondiente al interés superior del niño. Sin embargo, según lo expresado por este mismo órgano, la diligencia fiscal que habría sido la causante de la vulneración ya había cesado hace varios días, por lo que, siguiendo la lectura del parámetro de reconversión antes mencionado, en la práctica no existiría una necesidad apremiante para evitar que ocurra un daño irreparable en el derecho al interés superior del niño.

Sobre lo anterior se puede señalar que el Tribunal Constitucional en su argumentación para justificar el quinto parámetro de reconversión de la STC correspondiente al Exp. N°. 05761-2009-PHC/TC desvía el contenido del mismo y lo direcciona no al caso concreto, sino a la generalidad de que la niñez se encuentra en situación de vulnerabilidad.

Se concluye entonces que en el caso objeto de análisis procedía reconvertir la demanda de habeas corpus a la de amparo debido a que cumplió con el principio de flexibilidad señalado en el Código Procesal Constitucional y existió vulneración al interés superior del niño. No obstante, la reconversión presentó un vicio en su argumentación al observar de manera deficiente el quinto parámetro de reconversión de la sentencia N°. 05761-2009-PHC/TC referido al riesgo de irreparabilidad del derecho.

3.2.2. ¿Se vulneró algún derecho fundamental en el presente caso?

En este caso objeto de análisis se presenta una amplia gama de derechos que habrían sido vulnerados por las diligencias fiscales realizadas por el fiscal emplazado en perjuicio de las hijas del demandante. Estos derechos que habrían sido vulnerados pueden ser protegidos por la acción de amparo o por el habeas corpus. Por ello, para determinar si se vulneró algún derecho fundamental en el presente caso, es preciso señalar los alcances de los derechos a la libertad individual, los conexos a esta y la integridad psíquica vinculadas al caso concreto.

3.2.2.1. ¿Se vulneró algún derecho relacionado con la libertad individual o conexo a esta?

En este apartado se procederá a señalar los alcances del derecho a la libertad individual y sus derechos conexos vinculados al caso objeto de análisis con la finalidad de determinar si se produjo alguna vulneración a estos.

3.2.2.2.1. ¿Se vulneró el derecho a la libertad individual?

Para concluir si se vulneró algún derecho relacionado con la libertad individual o con conexas a esta, es preciso referirnos a dos conceptos que se encuentran presentes en la Carta Magna y en el Código Procesal Constitucional: la libertad personal y la libertad individual. Esto obedece principalmente a que se suele confundir ambos términos o se emplean arbitrariamente incluso en algunas sentencias del Tribunal Constitucional, lo cual podría vaciar de contenido o generar inseguridad jurídica.

En primer lugar, la Constitución recoge ambos conceptos. Por un lado, en el inciso 24b del artículo 2 se indica que toda persona tiene derecho a la libertad personal, por lo que se prohíbe su restricción salvo en los casos que sean previstos por ley. Por otro lado, solo hace una única referencia a la libertad individual en el artículo 200, el cual señala que el hábeas corpus es procedente por cualquier hecho u omisión realizado por autoridad o persona, que genere la vulneración o amenaza de la libertad individual o aquellos derechos constitucionales que presenten conexidad.

En segundo lugar, el Código Procesal Constitucional solo se hace referencia a la libertad individual, más no a la libertad personal. Esto puede verse en el artículo 4 referente a la procedencia respecto de resoluciones judiciales de los procesos de habeas corpus, amparo, habeas data y cumplimiento. Asimismo, en el artículo 25 referente a los derechos protegidos por el habeas corpus; además en el artículo 29 sobre la competencia del Juez de Paz en el proceso de habeas corpus; y en el artículo 41 con respecto a la procuración oficiosa en el proceso de amparo.

De acuerdo con la sentencia del Tribunal Constitucional del expediente N° 06855-2013-PHC/TC la Constitución señala en el artículo 200, inciso 1 que con el habeas corpus se protege la libertad individual y los derechos conexos a esta. Sin embargo, no todo reclamo que pretenda alegar la vulneración a estos derechos puede reputarse como tal y ser merecedor de protección, ya que para arribar a ello es preciso que se analice antes si es que aquellos actos que han sido denunciados afectan el contenido constitucionalmente protegido del derecho protegido por el habeas corpus.

En la sentencia del Tribunal Constitucional correspondiente al expediente N° 9057-2005-PHC/TC se profundiza sobre los alcances de la protección del habeas corpus, precisamente por lo difuso que puede resultar la figura de la libertad individual. En tal sentido, se procede a detallar las dos formas de interpretación de tal figura presente en el artículo 200 de la Constitución, las cuales corresponden a la concepción restringida y la concepción amplia.

Por un lado, con respecto a la concepción restringida, se indica que el ámbito de protección del habeas corpus se limita únicamente a la libertad personal que se relaciona al núcleo duro de los derechos fundamentales vinculados a este derecho como por

ejemplo el derecho a la seguridad social, el derecho a la libertad de tránsito y el derecho a la integridad personal.

Por otro lado, con respecto a la concepción amplia, se indica que obedeciendo al principio de indubio pro homine señalado en el artículo V del Título Preliminar del Código Procesal Constitucional, la protección del habeas corpus va más allá del núcleo duro de los derechos vinculados a la libertad individual. Por tal motivo, se entiende que su protección se extiende hacia más derechos tales como el derecho a la residencia, el derecho a la libertad de comunicación e incluso el derecho al debido proceso tanto sustantivo como adjetivo. Agrega además que esta última interpretación es la que se recoge en el artículo 25 del Código Procesal Constitucional al precisar este que el habeas corpus procede también para la protección de los derechos conexos a la libertad individual.

Asimismo, en la sentencia del Tribunal Constitucional N°. 06855-2013-PHC/TC el entonces magistrado del Eloy Espinoza-Saldaña agregó en su voto dirimente que en reiteradas veces ha señalado cuáles son las diferencias entre la libertad personal (libertad física) y la libertad individual (autodeterminación de manera amplia). Agrega que esta diferenciación no ha sido considerada por el constituyente, ya que este suele orientar sus definiciones hacia el lado político, prescindiendo así de la debida rigurosidad técnico-jurídica. Por ello, es una obligación del Tribunal el empleo adecuado de las categorías respectivas.

En otros términos, es una obligación del Tribunal Constitucional, atendiendo a una rigurosidad técnico-jurídica, emplear correctamente cada una de las categorías que se relacionan a la libertad. Ello encuentra sentido en tanto si se realiza un uso indiscriminado de las mismas, se podría generar inseguridad jurídica y consecuentemente desprotección para quienes acuden al sistema judicial con la determinación de salvaguardar sus derechos fundamentales.

En el artículo 7 de la Convención Americana de Derechos Humanos se indica que toda persona tiene derecho a la libertad personal y señala prescripciones a la detención y retención arbitraria. En tal sentido, al igual que la Constitución, la Convención

Americana de Derechos Humanos como derecho protegido solo alude a la libertad personal; es decir, la libertad corpórea.

En doctrina, algunos autores equiparan la libertad personal con la libertad individual y señalan que está reconocida en el inciso 2, artículo 2 de la Constitución e involucra un margen de acción amplio con respecto al individuo. Este derecho implica que ninguna persona esta obligada a realizar aquello que la ley no ordena ni tampoco se le impide realizar aquello que no se encuentra prohibido legalmente (Landa, 2017, p. 47).

Otros autores, con respecto a la libertad personal y libertad individual señalan que a pesar de que se empleen nombres diferentes, lo que ambos tienen como objetivo es tutelar la indemnidad y libertad personales en su dimensión física. De esta manera, sobre la seguridad y libertad personales indicadas en el inciso 24 del artículo 2 de la Constitución se refiere a la dimensión física de la libertad humana, prohibiendo diferentes modos de afectación arbitraria o violencia sobre los individuos. Además, en el inciso 2 del artículo 200 de la Carta Magna también se aduce a la dimensión física de la libertad, el cual es el objeto protegido por el habeas corpus de manera histórica (Sosa, 2018, p. 186).

Se señala también que no hay duda de que la libertad individual es el derecho protegido de manera constitucional por el habeas corpus. No obstante, ciertos constitucionalistas consideran de modo firme que lo que se busca tutelar es la libertad personal en su vertiente física (García, 2008, p. 126).

En el caso concreto el Tribunal Constitucional no se detiene a realizar un análisis pormenorizado con respecto a la libertad individual y la libertad personal ni tampoco desarrolla si es que existe diferencia entre ambas o no. De hecho, en el considerando N° 8 señala que en la sentencia objeto de análisis no nos encontramos inmersos en un caso que involucre vulneración o peligro de afectación al derecho a la libertad individual, sino ante la posible vulneración del interés superior del niño, el cual se encuentra protegido por la acción de amparo y no por el habeas corpus.

A continuación, el Tribunal Constitucional procedió a realizar un análisis de procedencia para la reconversión del proceso de habeas corpus al de amparo; sin

embargo, consideramos que perdió la oportunidad de señalar los motivos que conllevaron a que se descarte el derecho a la libertad individual como eje del caso y solo se limitó a señalar que la protección del interés superior del niño era la pretensión principal implícita de la demanda.

3.2.2.2.2 ¿Se vulneraron derechos conexos a la libertad individual?

De acuerdo con el artículo 200 de la Constitución el habeas corpus es procedente por hecho u omisión que es efectuada por parte de autoridades, funcionarios o personas, que amenazan o vulneran la libertad individual o aquellos derechos constitucionales conexos a esta. De esta manera se puede apreciar que el artículo constitucional señalado anteriormente manifiesta una concepción amplia de la protección del habeas corpus al indicar que no solo se protege la libertad en su manifestación corpórea, sino también los derechos conexos a la libertad individual.

Asimismo, el artículo 25 del Código Procesal Constitucional indica que el habeas corpus procede ante la acción u omisión que amenace o vulnere los derechos que forman parte de la libertad individual y señala una lista de estos derechos. Además, al finalizar el listado de derechos señala que de igual manera es procedente la demanda de hábeas corpus para proteger los derechos constitucionales que son conexos a la libertad individual, sobre todo cuando involucran a la inviolabilidad del domicilio y el debido proceso.

En la sentencia del Tribunal Constitucional correspondiente al expediente N°. 00584-2008-PHC/TC resalta que, si bien el artículo 25 del Código Procesal Constitucional habilita que se protejan derechos conexos a la libertad individual, ello no quiere decir que cualquier reclamo pueda ir por la vía del habeas corpus. En tal sentido, precisa que para que proceda, tal demanda debe cumplir con el requisito de conexidad. Este requisito exige que aquellos actos que atentan contra los derechos constitucionales conexos, deben afectar también a la libertad individual.

En tal sentido, plantearse dos maneras de entender la conexidad aludida. Por un lado, desde una concepción sustancial o material puede entenderse como conexos los derechos que por su naturaleza se hallan materialmente vinculados a la libertad

personal. Por otro lado, desde una concepción pragmática no se necesita aquella relación sustantiva, sino que puede considerarse conexos a la libertad personal aquellos derechos que se afecten de modo simultáneo a la libertad individual, aunque tal relación sea solo contingente y casuística (Sosa, 2013, p. 16).

Asimismo, con respecto al habeas corpus conexo el artículo 25 del Código Procesal Constitucional se señala que busca tutelar los derechos constitucionales conexos a la libertad individual y resalta aquellos tales como el derecho al debido proceso y la inviolabilidad del domicilio. De esto se desprende que los derechos antes señalados pueden establecer una relación de conexidad con el derecho a la libertad personal sin oponerse a que es posible que otros derechos constitucionales puedan cumplir con tal relación de conexidad (García, 2008, p. 132).

Con respecto al requisito de conexidad de este tipo de habeas corpus se señala que primero es importante demostrar la afectación ya sea como lesión o amenaza de un derecho constitucional; segundo, debe señalarse de manera convincente que este derecho constitucional posee un nivel razonable de conexidad con la libertad individual. Esto último es conocido como el requisito de conexidad (García, 2008, p. 141).

En la sentencia del Tribunal Constitucional correspondiente al Exp. N°. 2016-2004-AA/TC) se señala que los derechos fundamentales considerados como conexos a la libertad individual son los que de manera particular vulneran la libertad individual directamente. Ejemplo de ello es la afectación al derecho a la vida de las personas cuando no se les otorga a estas una atención médica de urgencia de carácter gratuito en hospitales públicos en los casos de aquellos pacientes que padecen del VIH-SIDA.

De lo anterior se desprende entonces que para que proceda un habeas corpus conexo no es necesario que exista una afectación directa al derecho a la libertad individual, sino que basta con alegar que existió una lesión o amenaza de un derecho protegido constitucionalmente y también que la vinculación de este con la libertad individual sea estrecha.

En el caso concreto, Ollanta Humala señaló como parte de sus pretensiones que se ordene el cese de los actos violatorios de los derechos conexos a la libertad individual de sus menores hijas, los cuales involucran los siguientes derechos: a la educación, el a la libertad de enseñanza, a la intimidad, a un adecuado desarrollo mental, moral y social, a la tranquilidad emocional, a la integridad moral y el libre desarrollo y bienestar; a participar en la vida cultural, y al interés superior del niño.

Al respecto, en el presente caso, el Tribunal Constitucional omitió referirse a estos derechos conexos señalados en el párrafo anterior que habrían sido vulnerados por parte del fiscal Germán Juárez Atoche en contra de las menores hijas de Ollanta Humala en general por las diligencias fiscales que en ese entonces todavía se estaban realizando y que alcanzaba a las niñas a pesar de que estas no eran parte del proceso penal seguido en su contra.

Sin embargo, esta omisión fue observada por el magistrado Miranda Canales, quien en su voto singular señaló que la demanda de habeas corpus interpuesta en el presente caso debía declararse fundada en parte debido a que, además del interés superior del niño, se habría vulnerado el derecho a la integridad personal de las hijas de Ollanta Humala.

A partir de lo señalado por la sentencia del Tribunal Constitucional objeto de análisis se tiene entonces que la vulneración a la lista de derechos conexos señalada por Ollanta Humala no fue analizada a cabalidad. Sin embargo, a partir del análisis realizado en este informe jurídico consideramos que no se llegó a probar cuál sería el nexo causal entre los derechos conexos aludidos y el derecho a la libertad individual, por lo que de plano quedaría descartado un análisis pormenorizado sobre cada uno de ellos.

No obstante, el único derecho que podría ser considerado como conexo a la libertad individual sería el derecho a la integridad psicológica, debido a que en el caso se tiene como medio probatorio un informe psicopedagógico emitido por el colegio de las niñas el cual podría considerarse como nexo causal.

3.2.2.2.1. ¿Se vulneró el derecho a la integridad psicológica?

De acuerdo con el magistrado señalado en párrafos inmediatamente previos, el derecho

a la integridad personal de las niñas en la vertiente de la integridad psicológica se vio vulnerado en tanto el informe psicológico realizado por el colegio de las niñas arrojó que estas presentaron sentimiento de culpa por la prisión interpuesta en contra de Ollanta Humala y Nadine Heredia como consecuencia del viaje que realizaron al extranjero.

Al respecto, consideramos que la argumentación anterior no cumple con el requisito de conexidad señalado en los párrafos anteriores, por dos motivos.

En primer lugar, si bien la integridad psicológica podría vincularse al derecho a la libertad individual, su conexidad solo se basa en un informe psicopedagógico realizado por el colegio el cual no indica que existió vulneración a la integridad psicológica como tal, sino que solo se limitó a señalar que presentaron sentimientos de culpa por la consecuencia de la prisión preventiva en contra de sus padres por el viaje que ellas realizaron.

Lo anterior no se relaciona en estricto con las diligencias fiscales ordenadas por el fiscal Germán Juárez Atoche en el colegio de las niñas orientadas a la verificación del arraigo familiar de los procesados, sino que se vincula directamente con las consecuencias del viaje de las niñas a Estados Unidos. En tal sentido, la conexidad no se presenta en este extremo.

En segundo lugar, el requisito de conexidad exige que se determine cuál es el derecho conexo a la libertad individual que se estaría vulnerando. En este caso, el magistrado Miranda Canales señala que se presentó vulneración al derecho de la integridad psicológica debido a que las niñas presentaron sentimientos de culpa luego de que a sus padres se les impuso prisión como consecuencia de su viaje a Estados Unidos. Al respecto, consideramos que faltó profundizar en el desarrollo de la integridad psicológica para vincularlo como derecho conexo a la libertad individual, debido a que la sola presencia de sentimientos de culpa no implica necesariamente que existió vulneración a la integridad psicológica.

Cabe señalar que la integridad psíquica es la que en realidad se protege por la Constitución y su vulneración se encuentra proscrita por el inciso 24-h de la Carta

Magna, la cual proscribe la violencia moral, psíquica o física y el sometimiento a tortura o a tratos humillantes. Asimismo, se agrega que cualquier persona puede solicitar inmediatamente el examen médico de la persona agraviada o de aquella que no pueda acudir por sí misma a la autoridad.

Con respecto al derecho a la integridad psíquica, el Tribunal Constitucional ha señalado en la sentencia del expediente N°. 00325-2012-PHC/TC que esta involucra las habilidades intelectuales, emocionales y motrices según lo expresado por la Constitución en el artículo 2, inciso 24-h, mediante el cual se señala que se encuentra prohibida la violencia psicológica contra las personas.

Asimismo, el Tribunal Constitucional ha expresado en la sentencia del expediente N°. 2333-2004-HC/TC que el derecho a la integridad psíquica se manifiesta en el cuidado de las habilidades intelectuales, emocionales y motrices. Por lo tanto, se tutelan los aspectos psicológicos y discursivos de las personas, como por ejemplo su carácter, su personalidad, su forma de ser, al igual que su temperamento y su discernimiento respecto a los ámbitos internos y externos de su persona.

De igual manera, el derecho a la integridad psíquica se encuentra reconocido en el inciso 1 del artículo 5 de la Convención Americana Sobre Derechos Humanos, la misma que refiere que todas las personas poseen el derecho de que su integridad física, psíquica y moral sea respetada.

Al respecto, en la Corte Interamericana de Derechos Humanos se puede apreciar un caso en el que existió vulneración a la integridad psíquica. Este es denominado Caso Familia Pacheco Tineo vs Bolivia en el cual se detalló que esta familia había ingresado a Chile con autorización de este país, pero que al día siguiente fue ejecutada una resolución de expulsión en su contra sin notificación previa, lo cual impidió que pueda apelarla y dejó en incertidumbre su pedido de asilo en tal país. Ello generó temor en la familia por las medidas en su contra que traería tal deportación hacia Perú. Como consecuencia de ello la Corte consideró que “la zozobra, el temor y la desprotección provocada por los hechos descritos constituyeron una violación a la integridad psíquica y moral de los miembros de la familia Pacheco Tineo”.

En el caso antes descrito, la Corte encontró responsable al Estado boliviano por haber violado la integridad psíquica y moral de la Familia Pacheco Tineo en base a lo reconocido en el artículo 5.1 de la Convención Americana de Derechos Humanos.

Otra situación similar de vulneración a la integridad psíquica se aprecia en el denominado caso Espinoza Gonzales vs. Perú. Al respecto, la Corte Interamericana de Derechos Humanos señaló que durante la detención de una persona, la incomunicación y el aislamiento humano debe ser un mecanismo excepcional, pues de lo contrario puede generar extremo sufrimiento psicológico y moral para el detenido. Además, considera que esta forma de actuar es un “trato cruel e inhumano, lesivos de la integridad psíquica y moral de la persona y del derecho de todo detenido al respeto debido a la dignidad inherente al ser humano”.

De lo señalado en párrafos anteriores se desprende entonces que la vulneración a la integridad psíquica involucra un grado de afectación a la psiquis humana a tal nivel que cause un sufrimiento intenso en la persona que incluso pueda generar que su percepción de la realidad se vea afectada gravemente. Es en este momento en el que el Estado se encuentra facultado para intervenir con la finalidad de reponer la situación al estado anterior con respecto a la lesión al derecho a la integridad psíquica.

En el caso concreto, en la sentencia del Tribunal Constitucional objeto de análisis, la única referencia que se hace a la afectación psíquica de las hijas de Ollanta Humala es el sentimiento de culpa que habrían presentado por haberse enterado por medios de comunicación que sus padres fueron enviados a prisión por el viaje que ellas realizaron. Lejos de ello, no se pudo comprobar que tal sentimiento de culpa haya sido producido a tal nivel que les causara un sufrimiento agobiante o con tal intensidad que haya afectado el desempeño regular de su vida cotidiana.

En tal sentido, consideramos que, al igual que los otros derechos conexos a la libertad individual aludidos por el demandante, la integridad personal en la vertiente de la integridad psíquica no fue vulnerada por las diligencias fiscales de Germán Juárez Atoche con respecto a las hijas de Ollanta Humala.

3.2.2.2. ¿Se vulneró el interés superior de las niñas?

El artículo 4 de la Constitución señala que tanto el Estado como la comunidad social protegen de manera primordial a sectores considerados vulnerables tales como la niñez y adolescencia. De esto se desprende que la Constitución le otorga una protección adicional y diferenciada a las niñas, niños y adolescentes en virtud de que se encuentran inmersos en un sector considerado vulnerable precisamente porque se encuentran en una edad de desarrollo en la cual los impactos que tienen en sus vidas tempranas podrían determinar su desenvolvimiento tanto a nivel familiar como social en su edad adulta.

Asimismo, en el artículo 3 de la Convención sobre los Derechos del Niño se indica que en todas aquellas decisiones que involucren a los niños que sean realizadas en el ámbito público o privado es necesario que se considere de manera especial a la atención del interés superior de la niña, niño y adolescente.

Tal disposición implica que en todas las decisiones ya sean públicas o privadas de bienestar social, las autoridades correspondientes deben atender al interés superior del niño en todo aquello en los que se vean involucrados niños y adolescentes.

El artículo 3, párrafo 1, de la Convención sobre los Derechos del Niño le da al niño el derecho a que se incluya y se considere primordialmente su interés superior en todas aquellas medidas o decisiones que lo involucren en el ámbito público o privado. Además, esa norma señala uno de los valores fundamentales de la Convención. El Comité de los Derechos del Niño ha indicado que en el párrafo 1 del artículo 3 se señala un principio general de la Convención sobre la interpretación y aplicación de aquellos derechos de la niña, niño y adolescente, y lo ejecuta desde una concepción activa que debe ser estimado de manera adecuada en cada caso concreto. (Convención Sobre los Derechos del Niño, 2013, p. 3).

En el ámbito nacional el derecho al interés superior del niño se encuentra implícitamente reconocido en el artículo 4 de la Constitución, el cual señala que los niños y adolescentes gozan de una especial protección. Esta afirmación es consecuente con lo señalado por el Tribunal Constitucional en la sentencia del expediente N°. 02079-2009-HC en la cual se señala que, respecto al artículo antes mencionado, la

protección permanente que con esta norma se reconoce tiene sustento en el interés superior de la niñez y adolescencia. En tal sentido, su protección en un proceso constitucional corresponde por la vía del amparo.

De igual manera, en la sentencia del Tribunal Constitucional correspondiente al expediente N°. 05692-2008-PHC/TC se indica que es relevante que los jueces apliquen las leyes considerando el principio del interés superior del niño señalado en el artículo 4° de la Carta Magna contemplando su fragilidad.

Asimismo, la sentencia del Tribunal Constitucional correspondiente al expediente N°. 02132-2008-PA/TC se señala que el principio constitucional de tutela del interés superior del niño, niña y adolescente tiene un contenido constitucional implícito del artículo 4° de la Constitución en tanto señala que la comunidad y el Estado protegen de manera especial a la niña, niño y adolescente.

Además, en la sentencia del Tribunal Constitucional correspondiente al expediente N°. 3330-2004-AA/TC con respecto al fundamento que tiene la constitución sobre la protección de la niñez y adolescencia, se precisa que se centra en la especial situación en la que estos se hallan; esto es, en plena etapa de formación integral de su personalidad. Por ello, el Estado, a la par de proveer el contexto necesario para su libre desarrollo, debe también tutelar su seguridad y bienestar.

Tal es la importancia que se le brinda al interés superior del niño que existe incluso la Ley que Establece Parámetros y Garantías Procesales para la Consideración Primordial del Interés Superior del Niño (Ley N°. 30467) y su reglamento (Decreto Supremo N° 002-2018-MIMP). De acuerdo con este reglamento, el objetivo se centra en regular los parámetros y garantías procesales para la observación primordial del interés superior del niño en los procesos, procedimientos y otras actuaciones de las entidades estatales o privadas que involucran a niños, niñas y adolescentes.

Para el logro de este objetivo la normativa antes mencionada señala cinco parámetros:

“a) El carácter universal, indivisible, interdependiente e interrelacionado de los derechos del niño; b) El reconocimiento de las niñas, niños y adolescentes como titulares de

derechos; c) La naturaleza y el alcance globales de la Convención; d) La obligación de los Estados partes de respetar, proteger y llevar a efecto todos los derechos de la Convención. e) Los efectos a corto, mediano y largo plazo de las medidas relacionadas con el desarrollo de la niña, niño o adolescente”.

Asimismo, se precisan ocho garantías procesales obligatorias: “i) el derecho de la niña, niño o adolescente a ser informada/o, escuchada/o, expresar su propia opinión y que esta sea tomada en consideración con los efectos que la Ley le otorga; ii) la Determinación de los hechos; iii) la percepción del tiempo; iv) la participación de profesionales calificados; v) la representación letrada; vi) la Argumentación de la decisión tomada en la consideración primordial del interés superior del niño; vii) los mecanismos para examinar o revisar las decisiones concernientes a las niñas, niños y adolescentes; y viii) la evaluación del impacto de la decisión tomada en consideración de los derechos de la niña, niño o adolescente”.

En el caso concreto, el Tribunal Constitucional señaló en el fundamento N° 31 que el fiscal Germán Juárez Atoche no observó la octava garantía procesal, debido a que al emitir la Providencia 204-2017, que ordenaba el apersonamiento de los fiscales adjuntos al colegio de las niñas, no consideró incluir el interés superior del niño, lo cual sugiere que no se evaluó el impacto que tal decisión causaría en los derechos de las hijas de Ollanta Humala y Nadine Heredia.

Asimismo, agregó que tal evaluación no se reflejó tampoco en el desarrollo de tal diligencia fiscal, pues hubo incomodidad y se generó preocupación por la manera en que la información fue solicitada. Entonces a consideración del Tribunal Constitucional, la diligencia fiscal desplegada en el colegio fue desproporcional e innecesaria, dado que la información correspondiente al viaje de las niñas pudo haber sido recabada por otros medios alternativos tales como correos electrónicos u oficios, los cuales podían haber sido incluso más céleres que el apersonamiento. Por lo tanto, por lo expuesto, para el Tribunal Constitucional existió vulneración al interés superior de las hijas de Ollanta Humala y Nadine Heredia.

Al respecto, consideramos que, en efecto, el fiscal Germán Juárez Atoche por mandato legal, constitucional y convencional tenía la obligación de incluir en la Providencia

204-2017 parámetros específicos de actuación para salvaguardar el interés superior de las niñas. Esta omisión solo refleja que incluso en los funcionarios públicos, aún no se ha interiorizado la importancia del interés superior del niño a pesar de toda la normativa nacional e internacional que se encuentra detrás.

No obstante, es preciso señalar que la afectación al interés superior del niño solo se produjo por la no inclusión de parámetros determinados de actuación fiscal en la Providencia 204-2017. Ello debido a que durante la ejecución de este documento que implicó el apersonamiento de fiscales adjuntos el único argumento que señaló el Tribunal Constitucional fue la incomodidad y preocupación que generó este actuar. Esta argumentación carece de solidez en el sentido de que no precisa la magnitud de esta incomodidad y preocupación ni quienes fueron las personas que realizaron tales expresiones.

Ello es relevante, dado que el Tribunal Constitucional con tal argumentación pretende vincular la incomodidad y preocupación expresadas por personas desconocidas e indeterminadas como nexo causal respecto a la vulneración al interés superior del niño. Esto sin considerar que según el acta fiscal, que constaba en el expediente, la reunión se produjo en el área de dirección del colegio con la directora desde las 10:30 a.m. hasta las 11:00 a.m. del 03 de julio de 2017.

Entonces, en suma, se produjo la vulneración del interés superior del niño por parte del fiscal Germán Juárez Atoche en contra de las hijas de Ollanta Humala y Nadine Heredia a causa de la no inclusión de parámetros de actuación específicos para salvaguarda del derecho antes mencionado en la Providencia 204-2017. Sin embargo, de lo argumentado por el Tribunal Constitucional no se desprende que se vulneró el interés superior del niño por la ejecución de la providencia antes señalada.

De lo señalado en esta sección con respecto a la identificación y análisis de los problemas jurídicos, se puede concluir que la demanda a favor de las hijas de Ollanta Humala y Nadine Heredia debe declararse fundada por los siguientes motivos.

En primer lugar, el habeas corpus incluso entendido desde una concepción extensiva que protege la libertad individual y los derechos conexos no era el mecanismo idóneo

para proteger el derecho constitucionalmente vulnerado en este caso: el interés superior del niño. En tal sentido, lo que corresponde es emplear el principio de flexibilidad procesal con la finalidad de reconvertir el proceso de habeas corpus al de amparo, dado que este último es el que protege el interés superior del niño. Se advierte, no obstante, que el Tribunal Constitucional en este caso no ha atendido estrictamente a las reglas de reconversión fijadas por jurisprudencia de este mismo órgano.

Ello específicamente en tanto no ha observado debidamente que el derecho aludido podría tornarse irreparable por la acción u omisión del emplazado, sino que solo se ha valido en señalar de manera amplia que la niñez y adolescencia es un sector vulnerable. Se aprecia así una argumentación que fuerza una interpretación que podría resultar perjudicial para la seguridad jurídica y tutela de los derechos tanto de la parte emplazada como de los niños y adolescentes en general por su falta de contenido.

En segundo lugar, con respecto a la vulneración de algún derecho fundamental. En este informe jurídico se ha determinado que solo se vulneró el interés superior del niño en tanto el emplazado omitió incluir tal interés en la providencia 204-2017, la cual ordenaba a los fiscales adjuntos a apersonarse al colegio de las niñas para recabar información sobre el viaje de ellas al extranjero. En aquel documento fiscal solo se señaló que se realizara la diligencia “con la reserva del caso”; sin embargo, consideramos que ello no es suficiente para que no se afecte directa o indirectamente los intereses de las niñas. De hecho, existe normativa tanto nacional como internacional que precisan que se considera vulneración al interés superior del niño solo por el hecho de no considerarlos en aquellas decisiones tomadas por autoridades.

Asimismo, somos de la idea de que si bien existieron otras vías menos invasivas para recabar información tales como llamadas telefónicas o correos electrónicos, es preciso señalar que de lo expresado por el demandante, no se tiene por acreditado que se vulneró algún derecho de las niñas por la mera ejecución de la diligencia fiscal. En este sentido, discrepamos en parte por los fundamentos del Tribunal Constitucional que considera a la incomodidad y preocupación que generó el apersonamiento de los fiscales adjuntos como suficiente para indicar que tales actuaciones fueron excesivas y desproporcionadas.

Es preciso señalar además que en el fundamento de voto del magistrado Miranda Canales se estimó que la demanda debió proceder como habeas corpus y que no era necesaria la reconversión, debido a que se habría producido una afectación al derecho de la integridad psicológica en razón de que se produjo un sentimiento de culpa en las niñas por creer que ellas fueron responsables de la prisión preventiva a sus padres al haber viajado al extranjero. El magistrado sustenta ello con el informe psicopedagógico emitido por el colegio de las niñas. Al respecto, consideramos que aludir a un sentimiento de culpa para indicar que existió vulneración al derecho a la integridad psicológica es insuficiente, ya que este derecho involucra una afectación más profunda que implica sufrimiento o congoja tal como se desarrolla con mayor detalle en jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos. Asimismo, es pertinente observar que no existiría nexo causal entre la prisión preventiva en contra de los padres de las niñas y la diligencia fiscal en su colegio, debido a que esta medida fue dictada por motivos diferentes a esta. En tal sentido, consideramos que en absoluto existió vulneración a la integridad psicológica de las niñas y reiteramos que solo se afectó su interés superior por lo señalado en párrafos previos.

4. Posición respecto a la decisión del Tribunal Constitucional

Consideramos que la decisión del Tribunal Constitucional es garantista del interés superior del niño, lo cual es saludable para el sistema jurídico y la sociedad en general en tanto genera un precedente respecto a las actuaciones fiscales cuando se encuentran involucrados niños y adolescentes que no son parte del proceso.

En jurisprudencia del Tribunal Constitucional es la primera que se pronuncia respecto a ello, por lo cual celebro el carácter innovador de esta sentencia. A su vez reflexiono que a lo largo de la existencia de este Tribunal este ha sido el único caso que evidencia los límites de las actuaciones fiscales con respecto al interés superior del niño a pesar de toda la normativa nacional e internacional que se encuentra detrás y sobre todo cuando quienes lo lesionan son aquellos funcionarios públicos que deberían velar por los intereses de la sociedad y en especial de aquellos grupos en situación de vulnerabilidad tal como es la niñez y adolescencia.

Reparo además que, si bien la decisión es satisfactoria con respecto al interés superior del niño, es preciso señalar que el Tribunal Constitucional perdió la oportunidad de realizar una argumentación más sólida respecto a los criterios de reconversión de demandas constitucionales, la libertad protegida con el habeas corpus y la implicancia de la afectación del interés superior del niño en la ejecución de las diligencias fiscales.

Lejos de ello, mantenemos firme la idea de que con esta sentencia del Tribunal Constitucional se da un paso definitivo para recordar a los funcionarios públicos que toda actuación que realicen incluso si es de mero trámite interno debe estar irradiada por la constitución sobre todo cuando se encuentran involucrados niñas, niños y adolescentes.

Conclusiones

1. La sentencia del Tribunal Constitucional correspondiente al expediente N°. 01587-2018-PHC/TC trata sobre el interés superior del niño en el marco de una investigación fiscal. Esta ha generado un precedente que limita constitucionalmente las actuaciones fiscales cuando involucra indirectamente a niños y adolescentes que no son parte del proceso.
2. La demanda fue presentada ante el Tribunal Constitucional como una de habeas corpus, porque con la providencia 204-2017 se habrían vulnerado derechos conexos a la libertad individual de las hijas de Ollanta Humala y Nadine Heredia.
3. El Tribunal Constitucional señaló que se produjo la sustracción de la materia en tanto las diligencias fiscales realizadas en el colegio de las niñas ya habían concluido.
4. El habeas corpus puede proceder incluso si existe la sustracción de la materia. Ello con el objetivo de perseguir los fines constitucionalmente protegidos. En tal

sentido se declara admisible la demanda y se exhorta a la parte emplazada evitar realizar conductas que generaron la interposición de la demanda.

5. Existen dos concepciones sobre el objeto de protección del habeas corpus: la restringida y la amplia. La primera refiere al núcleo duro de la libertad como por ejemplo la libertad ambulatoria. La segunda refiere además del núcleo duro, a aquellos derechos que se encuentran vinculados a la libertad como por ejemplo la integridad. En este informe jurídico nos decantamos por esta segunda concepción.
6. El Tribunal estimó que lo que se pretendía proteger no era la libertad, sino el interés superior del niño, motivo por el cual reconvirtió la demanda de habeas corpus a una de amparo en base a 6 reglas principales:
 - i. No obligatoriedad para jueces constitucionales de primera instancia
 - ii. Observación de que el plazo de prescripción de la demanda no haya vencido.
 - iii. Verificación de la legitimidad para obrar del demandante
 - iv. Prohibición de variación del petitorio y/o la fundamentación fáctica de la demanda
 - v. Existencia de riesgo de irreparabilidad del derecho
 - vi. Preservación del derecho de defensa del demandado
7. Se puede observar que el empleo de la quinta regla en la sentencia objeto de análisis carece de justificación en tanto alude a criterios generales de protección de la niñez y adolescencia, mas no lo vincula con el caso concreto
8. En el voto singular del magistrado Miranda Canales se señala que la sentencia debió ser resuelta como habeas corpus y no como amparo reconvertido, debido a que se afectó la integridad psicológica de las niñas involucradas. Al respecto, consideramos que ello carece de sustento en tanto lo que se protege en la Constitución es la integridad psíquica, la misma que implica más que un sentimiento de culpa de acuerdo con casos que ha resuelto la Corte Interamericana de Derechos Humanos sobre la materia.

9. La sentencia objeto de análisis actúa a favor de la niñez y adolescencia de manera innovativa al visibilizar por primera vez en sus tribunales la necesidad de que los fiscales y otras autoridades incluyan el interés superior del niño en sus decisiones en todo aquello que involucra directa o indirectamente a niñas, niños y adolescentes.

Bibliografía:

Doctrina

Deho, Eugenia. (2012). Consideraciones sobre la conclusión del Proceso Contencioso Administrativo por reconocimiento de la pretensión en la Vía Administrativa. Revista de derecho administrativo, (11), 143-154.

<https://revistas.pucp.edu.pe/index.php/derechoadministrativo/article/view/13551/14176>

García, Percy. (2008). La relación de conexidad en el habeas corpus conexo. Anuario de Derecho Penal 2008.

http://perso.unifr.ch/derechopenal/assets/files/anuario/an_2008_05.pdf

Landa, Cesar. (2018). Derecho procesal constitucional (Vol. 36). Fondo Editorial de la PUCP.

https://repositorio.pucp.edu.pe/index/bitstream/handle/123456789/170693/36%20Derecho%20procesal%20con%20sello.pdf?fbclid=IwAR3r7eri_tTEv41RC4OKZMiC9w8VB yCx5V22tjn6qGzbp_pCTeP-OatV0iM

Landa, Cesar. (2017). Los derechos fundamentales (Vol. 2). Fondo Editorial de la PUCP.

<https://repositorio.pucp.edu.pe/index/bitstream/handle/123456789/170363/Los%20derechos%20fundamentales.pdf>

Rioja, Alexander (2015). Causales de improcedencia de los procesos constitucionales. Lima: Gaceta Jurídica.

Sosa, Juan. (2013). Identificando los denominados “derechos conexos” a la libertad individual y su tutela a través del proceso de habeas corpus. Lima: Gaceta Jurídica.

Sosa, Juan. (2018). La libertad constitucional. Tres modelos esenciales de libertad y tres derechos de libertad.

<https://repositorio.pucp.edu.pe/index/handle/123456789/167795>

Valverde, Manuel. (2012). Del interés para obrar y su relación con la sustracción de la materia controvertida.

<https://revistas.pucp.edu.pe/index.php/derechosociedad/article/view/13106>

Jurisprudencia nacional

Sentencia del Tribunal Constitucional. Exp. N.º 01587-2018-PHC/TC, (2019).

<https://tc.gob.pe/jurisprudencia/2019/01587-2018-HC.pdf>

Sentencia del Tribunal Constitucional. Exp. N.º. 03878-2012-PHC/TC, (2012).

<https://www.tc.gob.pe/jurisprudencia/2013/03878-2012-HC%20Resolucion.html>

Sentencia del Tribunal Constitucional. Exp. N.º. 05559-2009-HC, (2010).

<https://www.tc.gob.pe/jurisprudencia/2010/05559-2009-HC.pdf>

Sentencia del Tribunal Constitucional. Exp. N.º 2663-2003-HC/TC, (2004).

<https://tc.gob.pe/jurisprudencia/2004/02663-2003-HC.pdf>

Sentencia del Tribunal Constitucional. Exp. N.º. 02503-2013-PA/TC, (2014).

<https://www.tc.gob.pe/jurisprudencia/2014/02503-2013-AA.html>

Sentencia del Tribunal Constitucional. Exp. N°. 01675-2016-PA/TC, (2018).

<https://www.tc.gob.pe/jurisprudencia/2019/01675-2016-AA.pdf>

Sentencia del Tribunal Constitucional. Exp. N°. 603-2004-AA/TC, (2005).

<https://tc.gob.pe/jurisprudencia/2005/00603-2004-AA.html>

Sentencia del Tribunal Constitucional. Exp. N°. 05097-2015-PA/TC, (2018).

<https://tc.gob.pe/jurisprudencia/2019/05097-2015-AA.pdf>

Sentencia del Tribunal Constitucional. Exp. N°. 05761-2009-PHC/TC, (2010).

<https://tc.gob.pe/jurisprudencia/2010/05761-2009-HC.pdf>

Sentencia del Tribunal Constitucional. Exp. N° 06855-2013-PHC/TC, (2017).

<https://tc.gob.pe/jurisprudencia/2018/06855-2013-HC.pdf>

Sentencia del Tribunal Constitucional. Exp. N° 9057-2005-PHC/TC, (2006).

<https://tc.gob.pe/jurisprudencia/2006/09057-2005-HC.pdf>

Sentencia del Tribunal Constitucional. Exp. N°. 00584-2008-PHC/TC, (2008)

<https://www.tc.gob.pe/jurisprudencia/2008/00584-2008-HC%20Resolucion.html>

Sentencia del Tribunal Constitucional. Exp. N°. 00325-2012-PHC/TC, (2013).

<https://www.tc.gob.pe/jurisprudencia/2014/00325-2012-HC.html>

Sentencia del Tribunal Constitucional. Exp. N°. 2333-2004-HC/TC, (2004).

<https://www.tc.gob.pe/jurisprudencia/2004/02333-2004-HC%20Resolucion.html>

Sentencia del Tribunal Constitucional. Exp. N°. 02079-2009-HC, (2010).

<https://www.tc.gob.pe/jurisprudencia/2010/02079-2009-HC.html>

Sentencia del Tribunal Constitucional. Exp. N°. 05692-2008-PHC/TC, (2009).

<https://tc.gob.pe/jurisprudencia/2009/05692-2008-HC%20Resolucion.pdf>

Sentencia del Tribunal Constitucional. Exp. N°. 02132-2008-PA/TC, (2011).

<https://www.tc.gob.pe/jurisprudencia/2011/02132-2008-AA.html>

Sentencia del Tribunal Constitucional. Exp. N°. 3330-2004-AA/TC, (2005).

<https://www.tc.gob.pe/jurisprudencia/2005/03330-2004-AA.pdf>

Jurisprudencia internacional

Sentencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos. Caso Familia Pacheco Tineo vs. Estado Plurinacional de Bolivia, (2013).

<https://www.acnur.org/fileadmin/Documentos/BDL/2013/9390.pdf>

Sentencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos. Caso Espinoza Gonzales vs. Perú, (2014).

https://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_289_esp.pdf

Constitución, leyes y reglamentos

Constitución Política del Perú. (29 de diciembre de 1993).

<http://www.pcm.gob.pe/wp-content/uploads/2013/09/Constitucion-Pol%C3%ADtica-de-l-Peru-1993.pdf>

Decreto Supremo N° 002-2018-MIMP. Reglamento de la Ley N° 30466, Ley que establece parámetros y garantías procesales para la consideración primordial del interés superior del niño. (30 de mayo de 2018).

<https://busquedas.elperuano.pe/normaslegales/aprueban-reglamento-de-la-ley-n-30466-ley-que-establece-pa-decreto-supremo-n-002-2018-mimp-1654825-3/>

Ley N°. 30466. Ley que establece parámetros y garantías procesales para la consideración primordial del interés superior del niño. (27 de mayo de 2016).

<https://leyes.congreso.gob.pe/Documentos/Leyes/30466.pdf>

Ley N°. 28237. Código Procesal Constitucional. (31 de mayo de 2004).

<https://www.acnur.org/fileadmin/Documentos/BDL/2014/9510.pdf>

Documentos internacionales

Comité de los Derechos del Niño. (2013). Observación General número 14 sobre el derecho del niño a que su interés superior sea una consideración primordial.

https://www.observatoriodelainfancia.es/oia/esp/documentos_ficha.aspx?id=3990

Convención Americana sobre Derechos Humanos (22 de noviembre de 1969).

<https://www.corteidh.or.cr/tablas/17229a.pdf>

Unicef. (2006). Convención sobre los Derechos del Niño.

<http://repositorio.mides.gub.uy:8080/xmlui/bitstream/handle/123456789/1858/CONVENCI%C3%93N%20SOBRE%20LOS%20DERECHOS%20DEL%20NI%C3%91O.pdf?sequence=1&isAllowed=y>

Otros

Humala, Ollanta. (2017). 90 días, por Ollanta Humala Tasso. *Diario El Comercio*.

<https://elcomercio.pe/opinion/colaboradores/90-dias-ollanta-humala-tasso-noticia-465757-noticia/>



TRIBUNAL CONSTITUCIONAL



EXP. N.º 01587-2018-PHC/TC

LIMA

OLLANTA MOISÉS HUMALA TASSO,
EN REPRESENTACIÓN DE I.H.H. Y
N.S.H.H.

SENTENCIA DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

En Lima, a los 6 días del mes de junio de 2019 el Pleno del Tribunal Constitucional, integrado por los magistrados Blume Fortini, Miranda Canales, Ramos Núñez, Sardón de Taboada, Ledesma Narváez, Espinosa-Saldaña Barrera y Ferrero Costa, pronuncia la siguiente sentencia, con el fundamento de voto del magistrado Espinosa-Saldaña Barrera, y los votos singulares de los magistrados Miranda Canales y Ledesma Narváez, que se agregan. Se deja constancia que magistrado Sardón de Taboada votará en fecha posterior.

ASU TO

Recurso de agravio constitucional interpuesto por don Ollanta Moisés Humala Tasso contra la resolución de fojas 210, de fecha 15 de agosto de 2017, expedida por la Segunda Sala Especializada en lo Penal para Procesos con Reos Libres de la Corte Superior de Justicia de Lima que declaró improcedente la demanda de hábeas corpus.

ANTECEDENTES

Con fecha 10 de julio de 2017, don Ollanta Moisés Humala Tasso interpone demanda de hábeas corpus a favor de sus hijas menores de edad de iniciales I.H.H. y N.S.H.H., y la dirige contra Germán Juárez Atoche, Fiscal de la Segunda Fiscalía Supraprovincial Especializada en Delitos de Lavado de Activos y Pérdida de Dominio – Tercer Despacho del Ministerio Público (actualmente Tercer Despacho del Equipo Especial de Fiscales). Señala que el fiscal emplazado ha vulnerado los derechos a la educación y libertad de enseñanza, a la intimidad, a un adecuado desarrollo mental, moral y social, a la tranquilidad emocional y otros, y, en general, el interés superior del niño en perjuicio de sus hijas.

La parte recurrente refiere que el fiscal demandado viene realizando actos ilegales que amenazan y vulneran los referidos derechos conexos a la libertad individual de sus menores hijas. Señala que él y su esposa vienen siendo investigados penalmente (Carpeta Fiscal 69-2015) y que se les ha impuesto la medida de comparecencia restringida. En dicho contexto, alega que mediante Providencia 204, de fecha 3 de julio de 2017, el despacho del fiscal emplazado ordenó que se llevara a cabo una diligencia en el centro educativo de sus hijas luego de haber tomado conocimiento de que las dos niñas se encontraban fuera del país con la finalidad de realizar actividades culturales y de estudios en la Universidad de Chicago en Estados Unidos de América. Dicho viaje, a decir del recurrente, fue autorizado por el centro educativo de las beneficiadas.

Este accionar de la fiscalía, a juicio del recurrente, no ha tomado en cuenta el interés superior del niño y viola los parámetros y garantías procesales establecidos en la



TRIBUNAL CONSTITUCIONAL



EXP. N.º 01587-2018-PHC/TC

LIMA

OLLANTA MOISÉS HUMALA TASSO,
EN REPRESENTACIÓN DE I.H.H. Y
N.S.H.H.

Ley 30466, que establece parámetros y garantías procesales para la consideración primordial del interés superior del niño.

El demandante expone que la referida diligencia se llevó a cabo el 3 de julio de 2017 en las instalaciones de la institución educativa Hiram Bingham The British International School of Lima y que, luego de la misma, el fiscal emplazado realizó declaraciones a la prensa negando el acoso y calificando la diligencia como un acto de investigación cuyo propósito era verificar si existía la autorización de las menores para el curso en el extranjero (fojas 7).

El procurador público a cargo de la defensa jurídica del Ministerio Público se apersonó al proceso (fojas 82) y solicitó que la demanda sea declarada improcedente. Refiere que los hechos denunciados no inciden de forma directa sobre la libertad de las beneficiadas, ya que no se han demostrado molestias, obstáculos o perturbaciones a la libertad locomotora de las menores. Asimismo, afirma que mediante el Oficio 770-2017-2ºFPCELAAPD-3ERD, de fecha 3 de julio de 2017, se le comunicó a la institución educativa que se apersonarían dos fiscales adjuntos a sus instalaciones a fin de recabar la información pertinente sobre el viaje de las niñas, para lo cual solicitaron que la diligencia sea llevada a cabo con la reserva del caso a fin de no afectar el normal desarrollo de las actividades académicas.

De igual forma, señala que debido al carácter de excepcional urgencia (propio de un peligro de fuga), el fiscal encargado de la investigación no podía esperar a que se recabara la información por medios escritos, ya que ello hubiera significado un lapso prolongado de tiempo para cumplir los trámites burocráticos entre la entrega del oficio a las autoridades del colegio, la respuesta por parte de éstas y la remisión de la información al despacho del fiscal (fojas 105). Por último, refiere que fueron los propios procesados (los padres de las niñas) quienes hicieron pública la diligencia que el despacho fiscal practicó (fojas 106).

Con fecha 11 de julio de 2017, el Cuadragésimo Juzgado Penal de la Corte Superior de Lima declaró improcedente la demanda de hábeas corpus. A juicio del referido juzgado, la alegada violación cesó dado que la diligencia fiscal cuestionada ya había sido llevada a cabo. Por lo tanto, se habría producido la sustracción de la materia, en aplicación del artículo 5, inciso 5, del Código Procesal Constitucional.

A su turno, mediante resolución de fecha 15 de agosto de 2017, la Segunda Sala Especializada en lo Penal para Procesos con Reos Libres de la Corte Superior de Lima confirmó la apelada por similares fundamentos.



TRIBUNAL CONSTITUCIONAL



EXP. N.º 01587-2018-PHC/TC

LIMA

OLLANTA MOISÉS HUMALA TASSO,
EN REPRESENTACIÓN DE I.H.H. Y
N.S.H.H.

Interpuesto el recurso de agravio constitucional, el recurrente manifiesta que las instancias previas se han limitado a indicar que ya se habría dañado el derecho invocado y, que al haberse producido dicha afectación con carácter irreparable, habría operado la sustracción de la materia. Sin embargo, advierte que al recibir doble rechazo liminar, los jueces han omitido pronunciarse sobre la totalidad del petitorio que consiste, entre otros, en que se ordene el cese de actos violatorios por parte del Ministerio Público. De igual forma, refiere que han omitido pronunciarse sobre cuál es el margen de acción del Ministerio Público cuando dispone la realización de diligencias respecto de los hijos menores de los investigados y cual sería, en dicho contexto, el alcance del principio universal referido al interés superior del niño.

FUNDAMENTOS

Delimitación del petitorio

1. Del expediente se desprende que la demanda de autos tiene las siguientes pretensiones:
 - a) Que se declare la nulidad de la Providencia 204, de fecha 3 de julio de 2017, mediante la cual el fiscal emplazado dispuso que se constituyera personal de su despacho al centro educativo de las menores favorecidas;
 - b) Que se ordene el cese de actos violatorios de los derechos constitucionales de sus menores hijas ejecutados ilegalmente a través de la expedición de resoluciones, providencias, proveídos, visitas, entrevistas, solicitudes de información y toda actividad fiscal referida a sus actividades académicas o de cualquier otro tipo;
 - c) Que se ordene el cese de los actos violatorios de los derechos conexos a la libertad individual de sus menores hijas; y,
 - d) Que se determine la responsabilidad del agresor y se considere el agravante de ser éste un funcionario público.
2. Al respecto, se alega que el fiscal emplazado viene realizando actos ilegales que “amenazan” y “vulneran” los siguientes derechos conexos a la libertad individual respecto de las menores favorecidas: a la educación y libertad de enseñanza (artículo 13 de la Constitución), a la intimidad (artículo 2, inciso 7, de la Constitución y 16 de la Convención sobre los Derechos del Niño), a un adecuado



TRIBUNAL CONSTITUCIONAL



EXP. N.º 01587-2018-PHC/TC

LIMA

OLLANTA MOISÉS HUMALA TASSO,
EN REPRESENTACIÓN DE I.H.H. Y
N.S.H.H.

desarrollo mental, moral y social (artículo 27 de la Convención sobre los Derechos del Niño), a la tranquilidad emocional (artículo 2, inciso 22, de la Constitución), a la integridad moral y el libre desarrollo y bienestar (artículo 2, inciso 1, de la Constitución), a participar en la vida cultural (artículo 31 de la Convención sobre los Derechos del Niño) y, en general, al interés superior del niño (artículo 3 de la Convención sobre los Derechos del Niño).

3. Posteriormente, con fecha 22 de enero de 2019, la parte demandante informó a este Tribunal sobre presuntas nuevas afectaciones contra los derechos de las beneficiadas por parte del fiscal emplazado. Refiere que, con motivo de haber informado al fiscal demandando sobre la realización de un nuevo viaje de sus hijas fuera del país, éste viene realizando actos y diligencias que, a su juicio, constituyen injerencias arbitrarias en la libertad de tránsito de las beneficiadas quienes, enfatiza, no son las investigadas en la Carpeta Fiscal 69-2015. Señala que en todos estos actos posteriores tampoco se han cumplido con las disposiciones pertinentes de la Ley 30466 y su respectivo reglamento.
4. Ahora bien, este Tribunal considera que los alegatos vertidos por la parte demandante, aún cuando podrían involucrar la presunta afectación de diversos derechos (*supra* fundamento 2), están dirigidos principalmente a cuestionar la ausencia de la consideración del interés superior del niño, en el presente caso, como el principio que debe regir el accionar de toda autoridad pública al momento de tomar decisiones que involucren directa o indirectamente a menores de edad. Por lo tanto, al estar el principio del interés superior del niño investido de una fuerza normativa que lo convierte en el vértice de la interpretación de los derechos de los niños y niñas [*Cfr.* Expediente 02079-2009-PHC/TC, fundamento 13] se dilucidará la presente controversia a partir del análisis de esta cuestión.

La reconversión del proceso de hábeas corpus a amparo

5. El proceso de hábeas corpus tiene por objeto la tutela del derecho a la libertad individual y derechos conexos. Asimismo, el proceso de hábeas corpus responde a dos características esenciales: brevedad y eficacia. En consecuencia, lo que se pretende a través de este proceso constitucional es la restitución del derecho o cese de la amenaza o violación en el menor tiempo posible, debido a la naturaleza fundamental del derecho a la libertad individual. Por su parte, el proceso de amparo se configura como un proceso cuya finalidad esencial es la protección de los derechos fundamentales frente a violaciones actuales o de amenazas (ciertas e inminentes) de su trasgresión y que no son objeto de protección mediante los



TRIBUNAL CONSTITUCIONAL



EXP. N.º 01587-2018-PHC/TC

LIMA

OLLANTA MOISÉS HUMALA TASSO,
EN REPRESENTACIÓN DE I.H.H. Y
N.S.H.H.

procesos de hábeas data o hábeas corpus. De esa manera, se convierte el alto significado de los derechos fundamentales en algo efectivo, abriendo la puerta para una protección formal y material de éstos, permitiendo al Tribunal Constitucional cumplir con sus funciones.

6. Expuesto lo anterior, en el presente caso este Tribunal advierte que, en esencia, lo que la parte recurrente ataca es que la decisión adoptada por el fiscal emplazado – materializada en la Providencia 204-2017, de fecha 3 de julio de 2017– no haya considerado el interés superior de las niñas beneficiadas. La diligencia fiscal rogramada mediante dicha providencia se llevó a cabo el mismo 3 de julio de 2017, mientras que la demanda de hábeas corpus fue interpuesta el 10 de julio de ese mismo año. Esta circunstancia constituiría razón suficiente para declarar la improcedencia de la demanda de hábeas corpus en aplicación del artículo 5, inciso 5, del Código Procesal Constitucional pues el hecho denunciado habría cesado antes de la interposición de la demanda. No obstante, pese a lo discutible que pudiera resultar que el accionante haya interpuesto la demanda de hábeas corpus en lugar de un amparo, resulta imperativo verificar, dada la naturaleza de los hechos expuestos en el caso de autos, si se presentan los presupuestos para reconvertir el presente proceso en uno de amparo y así emitir pronunciamiento de fondo si se ha afectado o no el principio del interés superior del niño en agravio de las beneficiadas.
7. Pues bien, al respecto, algunos de los principios que sustentan la excepcional figura de la reconversión son los de suplencia de queja deficiente o el de adecuación de las formalidades al logro de los fines de los procesos constitucionales. En concreto, se trata de la facultad que tienen los jueces constitucionales para adecuar las pretensiones de los quejosos cuando se advierta un error o una omisión en el petitorio de su demanda y se sustenta en el artículo III del Título Preliminar del Código Procesal Constitucional, que exige al juez constitucional la relativización de las formalidades, presupuestos y requisitos cuando así lo justifique el cumplimiento de los procesos constitucionales.
8. En ese sentido, conviene observar que, en principio, más que hacer frente a una amenaza cierta e inminente al derecho a la libertad individual, nos encontramos ante la alegada vulneración del principio del interés superior del niño, niña o adolescente. Por lo tanto, estamos ante una pretensión que, en puridad, debería abordarse mediante el proceso de amparo, siempre y cuando se cumplan las reglas establecidas por este Tribunal para la reconversión de procesos.



TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

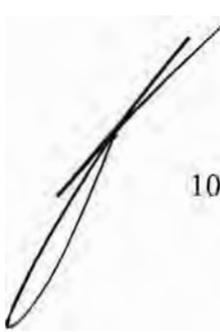


EXP. N.º 01587-2018-PHC/TC

LIMA

OLLANTA MOISÉS HUMALA TASSO,
EN REPRESENTACIÓN DE I.H.H. Y
N.S.H.H.

9. Conforme este Tribunal Constitucional lo ha establecido en la sentencia recaída en el Expediente 05761-2009-PHC/TC (fundamento 27), la reconversión debe guiarse por las siguientes reglas: i) no es obligatoria para los jueces constitucionales de primera instancia, más sí para los de segunda y última instancia; ii) deberá observar que el plazo de prescripción de la demanda no haya vencido; iii) deberá verificar la legitimidad para obrar del demandante; iv) en ningún caso se podrá variar el petitorio ni la fundamentación fáctica de la demanda; v) ha de existir riesgo de irreparabilidad del derecho; vi) solo si existe una necesidad apremiante de evitar la ocurrencia de un daño irreparable en los derechos fundamentales involucrados; y, vii) deberá preservar el derecho de defensa del demandado.



10. En el caso que se analiza, el proceso se encuentra en sede del Tribunal Constitucional. A su vez, la demanda de hábeas corpus se interpuso el 10 de julio de 2017 cuestionando la Providencia 204-2017, de fecha 3 de julio de 2017, en la que se dispone la realización de la diligencia fiscal discutida. En el amparo contra resoluciones judiciales, el plazo para interponer una demanda es de 30 días hábiles (artículo 44 del Código Procesal Constitucional), de modo que la demanda se encuentra dentro del plazo fijado para su interposición.¹ De otro lado, en la medida que el hábeas corpus ha sido interpuesto por el propio accionante, a favor de sus menores hijas, tampoco existe cuestionamiento respecto de su legitimidad para obrar.

11. De igual forma, no existe variación del petitorio o fundamentación fáctica del caso. En cuanto a la irreparabilidad del derecho y/o a la urgencia del caso, cabe precisar que la presunta afectación del interés superior de las beneficiadas, quienes son menores de edad, justifica la mayor celeridad y el examen urgente del Tribunal Constitucional pues, como se ha señalado antes en la jurisprudencia de este Colegiado, dicho sector de la población se encuentra en una situación de particular vulnerabilidad [Cfr. Expediente 02595-2014-PA/TC, fundamento 14]. Finalmente, cabe destacar que el procurador público a cargo de la defensa jurídica

¹ El Tribunal Constitucional tiene dicho que el proceso de amparo contra resoluciones judiciales “(...) está circunscrito a cuestionar decisiones judiciales que vulneren de forma directa derechos fundamentales, toda vez que a juicio de este Tribunal la irregularidad de una resolución judicial con relevancia constitucional se produce cada vez que ésta se expida con violación de cualquier derecho fundamental y no sólo en relación con los supuestos contemplados en el artículo 4 del C.P. Const.” [Cfr. Expediente 3179-2004-AA/TC, fundamento 14]; criterio que, *mutatis mutandis*, resulta aplicable a las decisiones y pronunciamientos expedidos por los representantes del Ministerio Público. Véase, al respecto, Expediente 00913-2012-PA/TC.



TRIBUNAL CONSTITUCIONAL



EXP. N.º 01587-2018-PHC/TC

LIMA

OLLANTA MOISÉS HUMALA TASSO,
EN REPRESENTACIÓN DE I.H.H. Y
N.S.H.H.

del Ministerio Público se apersonó al proceso, ejerciendo plenamente su derecho de defensa (fojas 82).

12. En el caso concreto, entonces, existen razones suficientes que justifican la re nversión del proceso de hábeas corpus a uno de amparo, pues se han cumplido las condiciones antes señaladas, lo que habilita a este Tribunal a entrar al fondo del asunto para verificar si existe una amenaza o violación del interés superior del niño, niña o adolescente.

Cuestión preliminar

13. Este Tribunal advierte que en el presente caso se cuestiona concretamente un acto de investigación fiscal que ya tuvo lugar el mismo 3 de julio de 2017. Por lo cual, a la fecha, se entiende que la investigación fiscal dentro de la cual se llevó a cabo dicho acto ha continuado su curso con el desarrollo de actos de investigación posteriores y de diversas diligencias. Incluso, como es de público conocimiento, el fiscal emplazado ya habría dado por concluida la investigación preparatoria seguida contra el demandante y su esposa, habiéndose presentado ya la acusación fiscal en contra de éstos [<https://elcomercio.pe/politica/claves-acusacion-fiscal-ollanta-humala-nadine-heredia-odebrecht-noticia-ecpm-633347>].
14. En consecuencia, visto el escenario descrito, este Tribunal considera que, en caso declararse fundada la demanda, entendida como una de amparo, no sería posible disponer la nulidad de la Providencia 204, de fecha 3 de julio de 2017, emitida por el Fiscal de la Segunda Fiscalía Supraprovincial Especializada en Delitos de Lavado de Activos y Pérdida de Dominio – Tercer Despacho del Ministerio Público (actualmente Tercer Despacho del Equipo Especial de Fiscales). Por lo tanto, de ser el caso, correspondería disponer que en el futuro las autoridades que se encuentren ante escenarios que involucren directa o indirectamente el bienestar de menores de edad, tomen en especial consideración el interés superior de éstos.

El derecho de las niñas, niños y adolescentes a que su interés superior sea tomado en cuenta en el ámbito fiscal y judicial

15. En el caso de autos, este Tribunal advierte que, en esencia, el demandante pone en cuestión que la autoridad fiscal emplazada no haya tomado en consideración el principio del interés superior del niño, niña o adolescente, al momento de emitir la orden para la realización de la diligencia fiscal del 3 de julio de 2017. Es decir, se trata de un cuestionamiento dirigido a la forma en la cual se motivó una



TRIBUNAL CONSTITUCIONAL



EXP. N.º 01587-2018-PHC/TC

LIMA

OLLANTA MOISÉS HUMALA TASSO,
EN REPRESENTACIÓN DE I.H.H. Y
N.S.H.H.

disposición fiscal. Sobre el particular, como ha expresado ya este Tribunal, la exigencia de la motivación debida resulta aplicable a las decisiones y pronunciamientos expedidos por los representantes del Ministerio Público [Cfr. Expedientes 01931-2014-PA/TC, fundamento 7; 00070-2014-PA/TC, fundamento 6; 00070-2014-PA/TC, fundamento 3; 02265-2013-PA/TC, fundamento 3, entre otros].

16. Ahora bien, sobre el cuestionamiento concreto en el caso de autos, este Tribunal ha establecido que el principio constitucional de protección del interés superior del niño, niña y adolescente constituye un contenido constitucional implícito del artículo 4 de la Constitución, en cuanto establece que “La comunidad y el Estado protegen especialmente al niño, al adolescente (...)”. Tal contenido fundamental es reconocido a su vez por la Convención sobre los Derechos del Niño de 1989, aprobada por la Asamblea General de las Naciones Unidas el 20 de noviembre de 1989 y ratificada por el Estado peruano mediante Resolución Legislativa 25278 publicada en el diario oficial *El Peruano* el 4 de agosto de 1990. El texto de la mencionada Convención se publicó en Separata Especial el 22 de noviembre de 1990 y mediante Ley 25302, del 4 de enero de 1991, se declaró de preferente interés nacional la difusión del aludido instrumento internacional [Cfr. Expedientes 04058-2012-PA/TC y 02132-2008-PA/TC].
17. La mencionada Convención sobre los Derechos del Niño establece, entre otras disposiciones, lo siguiente:

“Artículo 3

En todas las medidas concernientes a los niños que tomen las instituciones públicas o privadas de bienestar social, los tribunales, las autoridades administrativas o los órganos legislativos, una consideración primordial a que se atenderá será el interés superior del niño.

Los Estados Partes se comprometen a asegurar al niño la protección y el cuidado que sean necesarios para su bienestar, teniendo en cuenta los derechos y deberes de sus padres, tutores u otras personas responsables de él ante la ley y, con ese fin, tomarán todas las medidas legislativas y administrativas adecuadas.”

Así, la tutela permanente que con esta disposición se reconoce tiene una base justa en lo que se ha señalado como interés superior del niño, niña y del adolescente, doctrina que se ha admitido en el ámbito jurídico como parte del bloque de constitucionalidad del artículo 4 de la Constitución y a través del artículo IX del Título Preliminar del Código de los Niños y Adolescentes [Cfr. Expediente 02079-2009-PHC/TC, fundamento 11].



TRIBUNAL CONSTITUCIONAL



EXP. N.º 01587-2018-PHC/TC

LIMA

OLLANTA MOISÉS HUMALA TASSO,
EN REPRESENTACIÓN DE I.H.H. Y
N.S.H.H.

18. Así también, el deber especial de protección sobre los derechos de los niños, niñas y adolescentes vincula no sólo a las entidades estatales y públicas sino también a las entidades privadas e inclusive a la comunidad toda, a fin de que en cualquier medida que adopten o acto que los comprometa velen por su interés superior, el cual debe anteponerse a cualquier otro interés. Por tanto, constituye un deber el velar por la vigencia de los derechos del niño y la preferencia de sus intereses, resultando que ante cualquier situación en la que colisione o se vea en riesgo el interés superior del niño, indudablemente, este debe ser preferido antes que cualquier otro interés. Y es que la niñez constituye un grupo de personas de interés y de protección prioritaria del Estado y de toda la comunidad, por lo que las políticas estatales le deben dispensar siempre una atención preferente.

19. De manera particular, este Tribunal ya se ha pronunciado en anteriores oportunidades respecto del contenido constitucional del interés superior del niño, niña y adolescente en el marco de la exigencia de su atención especial y prioritaria en los procesos judiciales. Así, en la sentencia recaída en el Expediente 03744-2007-PHC/TC se estableció:

“(…) es necesario precisar que, conforme se desprende de la Constitución, en todo proceso judicial en el que se deba verificar la afectación de los derechos fundamentales de niños o menores de edad, los órganos jurisdiccionales deben procurar una atención especial y prioritaria en su tramitación. En efecto, como uno de los contenidos constitucionalmente protegidos del artículo 4º de la Constitución que establece que “La comunidad y el Estado protegen especialmente al niño, al adolescente (…)”

Tal atención a prestarse por los órganos jurisdiccionales, como se desprende de la propia Norma Fundamental (artículo 4º), debe ser especial en la medida en que un niño o un adolescente no se constituye en una parte más en el proceso sino una que posee características singulares y particulares respecto de otras, por lo que más allá del resultado del caso debe procurarse un escrupuloso tratamiento y respeto de sus derechos durante el proceso. Asimismo, tal atención deber ser prioritaria pues el interés superior del niño y del adolescente tiene precedencia en la actuación estatal respecto de aquellas decisiones judiciales en las que no se encuentran comprometidos sus derechos fundamentales.”

20. Esta obligación de especial atención al interés superior, qué duda cabe, también se hace patente en escenarios en los que el Ministerio Público despliega acciones de investigación y en cuyo contexto pudieran verse afectados directa o indirectamente niños, niñas o adolescentes.

21. De igual forma, el Comité de los Derechos del Niño en su Observación General 14, sobre el derecho del niño a que su interés superior sea una consideración



TRIBUNAL CONSTITUCIONAL



EXP. N.º 01587-2018-PHC/TC

LIMA

OLLANTA MOISÉS HUMALA TASSO,
EN REPRESENTACIÓN DE I.H.H. Y
N.S.H.H.

primordial (artículo 3, párrafo 1), ha establecido que, además de ser un derecho y un principio, “el interés superior del niño es también una norma de procedimiento”. Ello supone que, como norma de procedimiento, este principio obliga a que “siempre que se tenga que tomar una decisión que afecte a un niño en concreto, a un grupo de niños concreto o a los niños en general, el proceso de adopción de decisiones deberá incluir una estimación de las posibles repercusiones (positivas o negativas) de la decisión en el niño o los niños interesados. La evaluación y determinación del interés superior del niño requieren garantías procesales. Además, la justificación de las decisiones debe dejar patente que se ha tenido en cuenta explícitamente ese derecho. En este sentido, los Estados partes deberán explicar cómo se ha respetado este derecho en la decisión, es decir, qué se ha considerado que atendía al interés superior del niño, en qué criterios se ha basado la decisión y cómo se han ponderado los intereses del niño frente a otras consideraciones, ya se trate de cuestiones normativas generales o de casos concretos.” (literal c) del párrafo 6).

22. Es así que, siguiendo dicha pauta, en nuestro ordenamiento jurídico nacional la Ley 30466, que establece parámetros y garantías procesales para la consideración primordial del interés superior del niño, consagra también que el interés superior del niño es un derecho, un principio y una norma de procedimiento. Particularmente, el artículo 5 de esta norma exige a los organismos públicos en todo nivel fundamentar en sus decisiones o resoluciones administrativas o judiciales su consideración respecto del interés superior del niño, niña y los adolescentes, ya sea que los concierna o afecte de manera directa o indirecta.
23. En consecuencia, el interés superior del niño, como norma de procedimiento, resulta de orden imperativo ya sea que se trate de un escenario en el que los niños, niñas o adolescentes son los principales actores o uno en el cual, a pesar de no verse involucrados directamente, las decisiones que adopten las autoridades administrativas, fiscales o judiciales puedan, aunque sea de manera indirecta, afectarlos. Por lo tanto, el interés superior del niño, niña o adolescente, como norma de procedimiento, predispone cualquier decisión que adopten las autoridades (e incluso los particulares) y debe ser una cuestión a evaluar en el caso concreto y de manera detallada a efectos de salvaguardar los derechos de los menores de edad.

Análisis del caso concreto

24. En el presente caso, la parte demandante refiere que a partir del escrito de



TRIBUNAL CONSTITUCIONAL



EXP. N.º 01587-2018-PHC/TC

LIMA

OLLANTA MOISÉS HUMALA TASSO,
EN REPRESENTACIÓN DE I.H.H. Y
N.S.H.H.

autorización de salida del país presentado por doña Antonia Alarcón Cubas (abuela de las favorecidas), el fiscal emplazado tomó conocimiento sobre el viaje de sus hijas. A partir de entonces, según denuncia, el fiscal emplazado promovió una serie de actos que a su juicio resultan violatorios de los derechos de sus menores hijas, ya que en éstos no se tomó en cuenta desde ningún punto de vista su interés superior.

25. En dicho escrito, de fecha 27 de junio de 2017, doña Antonia Alarcón Cubas comunica al despacho de la Segunda Fiscalía Supraprovincial Corporativa Especializada en Delitos de Lavado de Activos y Pérdida de Dominio – Tercer Despacho (Tercer Despacho del Equipo Especial de Fiscales) que, conforme a la regla de conducta que le fue impuesta y ratificada por la Segunda Sala Penal de Apelaciones Nacional, cumplía con comunicar que realizaría un viaje a la ciudad de Chicago, Estados Unidos de América programado del 1 al 8 de julio de ese mismo año.
26. Es así que, a propósito de dicho escrito, mediante Providencia 204-2017, de fecha 3 de julio de 2017, el fiscal emplazado señaló que, tras haber tomado conocimiento por medios de prensa que doña Antonia Alarcón Cubas no viajó sola, sino que lo hizo con sus nietas (hijas del recurrente), disponía la realización de una diligencia fiscal en el colegio de las niñas a efectos de comprobar si es que existía algún evento académico vinculado con el viaje. En la referida providencia, la autoridad fiscal emplazada expresó los motivos de su decisión en los siguientes términos:

“DADO CUENTA: El escrito presentado por la procesada Antonia Alarcón Cubas en el cual comunica que por cuestiones de carácter personal se ausentará del país por un espacio temporal de siete días y estando a que a través de los medios de prensa esta Fiscalía ha tenido conocimiento que la procesada en mención viajó con sus menores nietas (hijas de los procesados Ollanta Humala Tasso y Nadine Heredia Alarcón); lo que no ha sido puesto en conocimiento de este Despacho. En este sentido, siendo importante observar el arraigo familiar de los procesados en este país. CONSTITÚYASE en el día los Fiscales Adjuntos Provinciales Alexander Daniel Taboada Guardán y Trilce Lissete Cruz Barrientos a las instalaciones de la Institución Educativa Hiram Bingham (donde estudian dichas menores), con el objeto de conocerse si a la fecha existe algún evento académico vinculado a dicho colegio que haya conllevado a que las menores salieran del país y si la ausencia se las menores han sido justificadas formalmente. Para dicho efecto OFÍCIESE a la institución educativa en mención, solicitándose además que dicha diligencia sea realizada con la reserva del caso, a fin de que no se vea afectado el ámbito académico de las menores en referencia. AL PRIMER OTROSÍ. TÉNGASE presente. AL SEGUNDO OTROSÍ. TÉNGASE por nombrado al abogado que menciona.”

MH



TRIBUNAL CONSTITUCIONAL



EXP. N.º 01587-2018-PHC/TC

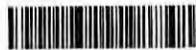
LIMA

OLLANTA MOISÉS HUMALA TASSO,
EN REPRESENTACIÓN DE I.H.H. Y
N.S.H.H.

27. De manera posterior ese mismo día, a horas 10:30 a.m. tal y como consta en el Acta Fiscal (fojas 64), los Fiscales Adjuntos Provinciales de la Segunda Fiscalía Supraprovincial Corporativa Especializada en Delitos de Lavado de Activos y Procesos de Pérdida de Dominio – Tercer Despacho (Tercer Despacho del Equipo Especial de Fiscales), Alexander Daniel Taboada Guardán y Trilce Lissete Cruz Barrientos, acudieron a las instalaciones de la institución educativa de las niñas a efectos de llevar a cabo la diligencia programada. Según el Acta Fiscal que consta en el expediente, éstos se reunieron en el área de la Dirección del Colegio para sostener una entrevista con la directora del plantel. Dicha diligencia se prolongó hasta las 11:00 a.m. y en ella la autoridad a cargo del centro educativo dio cuenta sobre los motivos del viaje de las hijas del demandante y sobre la justificación de las ausencias de ellas a algunas clases como consecuencia de su viaje.
28. La parte demandante señala que todo este accionar por parte del fiscal emplazado ha afectado el interés superior de sus menores hijas, pues les ha causado gran molestia y desagrado a pesar de que ellas no son quienes se encuentran incurso en algún tipo de investigación fiscal. Incluso, sobre esta cuestión particular, el demandante presentó con fecha 14 de agosto de 2018 (Cuadernillo del Tribunal) un informe psicopedagógico por la institución educativa de sus hijas en el que se da cuenta del sentimiento de culpa que sienten las menores por haber escuchado en los medios de comunicación que a sus padres los sometieron a prisión preventiva por culpa del viaje que ellas realizaron.
29. Ahora bien, este Tribunal advierte que en la Providencia 204-2017, de fecha 3 de julio de 2017 (*supra* fundamento 26), no se hace mención al interés superior de las niñas y no se evalúa el impacto que directa o indirectamente pudiera tener sobre ellas el desarrollo de la diligencia fiscal programada. En efecto, más allá de una breve referencia a la necesidad de llevar a cabo la diligencia en forma reservada, el fiscal emplazado no evalúa si es que el interés superior de las niñas se puede ver o no perjudicado, ni justifica cómo es que no existen otras alternativas a la diligencia presencial de los fiscales adjuntos ni explica por qué, de ser el caso, éstas no serían adecuadas para el propósito de la fiscalía. Sobre el particular, es importante recordar que el Comité de los Derechos del Niño ha expresado que en sus decisiones (procedimentales o sustantivas) las autoridades deben demostrar que efectivamente han considerado el interés superior del niño, niña o adolescente [*Cfr.* Observación General 14 (2013). CRC/C/GC/14, párrs. 27 a 29].
30. Así, a juicio de este Tribunal, aún cuando la referida diligencia se haya llevado a



TRIBUNAL CONSTITUCIONAL



EXP. N.º 01587-2018-PHC/TC

LIMA

OLLANTA MOISÉS HUMALA TASSO,
EN REPRESENTACIÓN DE I.H.H. Y
N.S.H.H.

cabo en un ambiente distinto de aquel en el que normalmente se desarrollan las actividades académicas, resultaba imperativo de todas formas que el fiscal emplazado fundamente de manera clara cuales eran las medidas a adoptarse para evitar cualquier tipo de afectación directa o indirecta en las niñas. Es decir, era necesario que se adoptasen todas las medidas del caso para evitar cualquier tipo de afectación a las beneficiadas que pudiera proyectarse incluso después de llevada a cabo la diligencia. Dicho de otro modo, el fiscal emplazado debió valorar otras medidas –como recabar la información por medios electrónicos o telefónicos o mediante oficios, por ejemplo– que, siendo incluso más eficientes para recabar la información de manera más célere (que, según la parte emplazada, es lo que se pretendía), no interferían ni ponían en riesgo el interés superior de las niñas. Es decir, el fiscal emplazado, antes de emplear la medida más invasiva –disponiendo que se constituyan dos fiscales al colegio de las niñas– debió buscar la forma de no interferir de ninguna manera en los derechos de las niñas y en su interés superior.

31. Aunado a lo anterior, es necesario tomar en cuenta que el artículo 4 de la Ley 30466 establece, como una de las garantías procesales para la salvaguarda del interés superior del niño, la “evaluación del impacto de la decisión tomada en consideración de los derechos del niño”. Dicha evaluación, como resulta claro de autos, no fue realizada al emitirse la Providencia 204-2017, de fecha 3 de julio de 2017, ni tampoco durante el desarrollo de la diligencia misma pues, como refiere la institución educativa en su comunicación del 23 de noviembre de 2018, durante el desarrollo de la diligencia hubo bastante incomodidad y causó gran preocupación la forma en que se solicitó la información sobre las niñas. Dicha actuación resultó ser, por lo tanto, excesiva y desproporcionada de cara a los fines que se perseguía con aquella indagación en el contexto de la investigación fiscal.
32. En dicho contexto, este Tribunal considera oportuno recordar que en el marco de procesos judiciales seguidos contra personas que sean padres o madres de familia, las autoridades deben evitar desplegar medidas que supongan intervenciones innecesarias que incidan de alguna u otra manera en los derechos de sus hijos o hijas menores de edad. De manera que las acciones que las autoridades desplieguen en este tipo de casos no pueden mostrar ni siquiera indirectamente que los hijos o hijas de los investigados o procesados son también partes del proceso cuando en realidad no lo son. Ello expone a los niños, niñas o adolescentes a situaciones que les resulta ajenas y, por ende, afecta gravemente su bienestar.



TRIBUNAL CONSTITUCIONAL



EXP. N.º 01587-2018-PHC/TC

LIMA

OLLANTA MOISÉS HUMALA TASSO,
EN REPRESENTACIÓN DE I.H.H. Y
N.S.H.H.

33. Por lo tanto, en vista de que en el caso de autos se ha acreditado que la autoridad fiscal emplazada no tomó en cuenta el interés superior de las niñas en el marco de la diligencia fiscal llevada a cabo el 3 de julio de 2017, corresponde estimar la demanda en este extremo.
34. Por otra parte, en cuanto al extremo del petitorio que exige la determinación de la responsabilidad del agresor y se considere el agravante de ser éste un funcionario público, este Tribunal considera que dicho extremo debe ser desestimado dado que evidentemente excede los alcances de un proceso constitucional de hábeas corpus como el presente.

Efectos e la sentencia

35. En el presente caso se ha acreditado la vulneración del interés superior de las niñas favorecidas, pero, teniendo en cuenta lo señalado en los fundamentos 13 y 14 *supra*, lo que corresponde es exhortar a las autoridades que, como el fiscal emplazado, puedan verse en escenarios que involucren directa o indirectamente a menores de edad a fin de que en el futuro tomen en cuenta en todas sus decisiones y consideraciones, como prioridad, el interés superior del niño, niña o adolescente (tanto en el ámbito fiscal como judicial). Para ello, deberán tener en especial consideración tanto la Ley 30466, que establece parámetros y garantías procesales para la consideración primordial del interés superior del niño, así como su reciente reglamento, aprobado mediante Decreto Supremo 002-2018-MIMP publicado en el diario oficial *El Peruano* el 1 de junio de 2018 y lo expresado en la presente sentencia.
36. Lo anterior responde, como es lógico, a que si bien el Ministerio Público es un órgano autónomo en el desempeño de sus funciones, ello no supone que pueda desplegar sus actuaciones al margen de los límites legales y constitucionales existentes. En efecto, en reiterada jurisprudencia este Tribunal ha señalado que “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” [Expedientes 02689-2013-PA/TC, fundamento 6; 02920-2012-PHC/TC, fundamento 4, y 02748-2010-PHC/TC, fundamento 3; 02110-2009-PHC/TC y 02527-2009-PHC/TC (acumulados), fundamento 11]. Pues, si bien hay facultades discrecionales que, de modo expreso, el poder constituyente le ha reconocido al Ministerio Público, éstas no pueden ser ejercidas de manera irrazonable, con desconocimiento de los principios y valores constitucionales, ni tampoco al margen del respeto de los derechos fundamentales;



TRIBUNAL CONSTITUCIONAL



EXP. N.º 01587-2018-PHC/TC

LIMA

OLLANTA MOISÉS HUMALA TASSO,
EN REPRESENTACIÓN DE I.H.H. Y
N.S.H.H.

antes bien, tales facultades deben ser ejercidas en estricta observancia y pleno respeto de los mismos [Cfr. Expedientes 02067-2011-PHC/TC, fundamento 4; 2725-2008-PHC/TC, fundamento 3 y 6204-2006-PHC/TC, fundamento 7].

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

HA RESUELTO

1. Declarar **FUNDADA EN PARTE** la demanda, entendida como una de amparo, por haberse acreditado la vulneración del principio del interés superior del niño, niña y adolescente, de conformidad con los fundamentos 13, 14 y 35 de la presente sentencia.
2. Declarar **IMPROCEDENTE** la demanda, entendida como una de amparo, en sus demás extremos.
3. **EXHORTAR** a las autoridades fiscales y judiciales a fin de que, en el futuro, de encontrarse en iguales escenarios al descrito en el presente caso, tomen en especial consideración el interés superior del niño, niña o adolescente, de conformidad con los fundamentos 35 y 36 de la presente sentencia.

Publíquese y notifíquese.

SS.

BLUME FORTINI
RAMOS NUNEZ
ESPINOSA-SALDAÑA BARRERA
FERRERO COSTA

Lo que certifico:

Flavio Reátegui Apaza
Secretario Relator
TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

[PONENTE RAMOS NÚÑEZ]



TRIBUNAL CONSTITUCIONAL



EXP. N.º 01587-2018-PHC/TC

LIMA

OLLANTA MOISÉS HUMALA TASSO,

EN REPRESENTACIÓN DE I. H. H Y

N. S. H. H.

FUNDAMENTO DE VOTO DEL MAGISTRADO ESPINOSA-SALDAÑA BARRERA

Coincido con el voto de la mayoría en tanto que la presente demanda debe ser declarada **FUNDADA EN PARTE**, en mérito a las razones que se presentan en la ponencia.

Ahora bien, y sin perjuicio de ello, me permito realizar las siguientes observaciones::

1. En función de los hechos del presente caso, considero necesario referirme al derecho-principio de interés superior de los niños, niñas y adolescentes. A estos efectos, quiero empezar recordando al trato que este Tribunal Constitucional les brinda, tanto al referirse a ellos, como a la protección que se les debe.
2. Así, lo primero es precisar que la protección especial que merecen niños, niñas y adolescentes no significa que les pueda considerar como meros *objetos de protección*; sino, por el contrario, que deben ser entendidos como auténticos *sujetos de derechos*. En este sentido, la tutela que se les brinda no debe partir tan solo de su situación de debilidad o vulnerabilidad, y, menos aun, tenérseles por incapaces o “menores en situación irregular” (como lo sugiere la doctrina de la “minoridad” o de la “situación irregular”). Por el contrario, su debida protección exige reconocerlas como las personas que son, y se encuentra encaminada a la construcción y al fortalecimiento progresivo de su autonomía, así como a la asunción de responsabilidades como futuro ciudadano (conforme a la doctrina de la “protección integral”).
3. De este modo, la protección especial a favor de niñas, niños y adolescentes debe considerarse como encaminada a fortalecer y permitir que ellos desplieguen sus capacidades, así como a promover su bienestar; y nunca a su anulación o subordinación. A esto, por cierto, no ayuda el uso del término “menor”—que desafortunadamente este mismo Tribunal ha utilizado de manera frecuente— para hacer referencia a niñas, niños y adolescentes. Considero entonces, en este sentido, que la expresión “menor” debe ser en el futuro erradicada de las decisiones de este órgano colegiado.



TRIBUNAL CONSTITUCIONAL



EXP. N.º 01587-2018-PHC/TC

LIMA

OLLANTA MOISÉS HUMALA TASSO,

EN REPRESENTACIÓN DE I. H. H Y

N. S. H. H.

4. En cuanto al *principio de interés superior del niño*¹, conviene anotar que este se encuentra reconocido por el artículo 3.1 de la Convención sobre los Derechos del Niño y el artículo IX del Título Preliminar del Código de los Niños y Adolescentes. En este último artículo se señala que “toda medida concerniente al niño y al adolescente que adopte el Estado a través de entidades como el Congreso, el Gobierno, la judicatura ordinaria o Poder Judicial, el Ministerio Público, los Gobiernos Regionales, Gobiernos Locales y sus demás instituciones, así como en la acción de la sociedad, se considerará el Principio del Interés Superior del Niño y del Adolescente y el respeto a sus derechos”. Es más, la ratificación del valor de la protección y la deferencia interpretativa a favor de niños, niñas y adolescentes ha sido una constante en numerosos pronunciamientos de este mismo Tribunal Constitucional sobre el particular (por ejemplo, en STC Exp. n.º 1817-2009-HC, STC Exp. n.º 4058-2012-PA, STC Exp. n.º 01821-2013-HC y STC Exp. n.º 4430-2012-HC).
5. Asimismo, el Comité de los Derechos del Niño ha indicado, acertadamente, que el interés superior del niño puede concebirse como un derecho, como un principio interpretativo y como una norma de procedimiento². Efectivamente, ha señalado que es un concepto triple, pudiendo ser:

“a) Un derecho: el derecho del niño a que su interés superior sea una consideración primordial que se evalúe y tenga en cuenta al sopesar distintos intereses para tomar una decisión sobre una cuestión debatida, y la garantía de que ese derecho se pondrá en práctica siempre que se tenga que adoptar una decisión que afecte a un niño, a un grupo de niños concreto o genérico o a los niños en general. El artículo 3, párrafo 1, establece una obligación intrínseca para los Estados, es de aplicación directa (aplicabilidad inmediata) y puede invocarse ante los tribunales.

b) Un principio jurídico interpretativo fundamental: si una disposición jurídica admite más de una interpretación, se elegirá la interpretación que satisfaga de manera más efectiva el interés superior del niño. Los derechos consagrados en la Convención y sus Protocolos facultativos establecen el marco interpretativo.

¹ Solo por economía del lenguaje, cuando nos refiramos en adelante al “interés superior del niño” estaremos aludiendo en realidad al interés superior de la niña, el niño y los adolescentes.

² Comité de los Derechos del Niño. Observación general N° 14 (2013) sobre el derecho del niño a que su interés superior sea una consideración primordial (artículo 3, párrafo 1). CRC/C/GC/14, párr. 6.



TRIBUNAL CONSTITUCIONAL



EXP. N.º 01587-2018-PHC/TC
LIMA
OLLANTA MOISÉS HUMALA TASSO,
EN REPRESENTACIÓN DE I. H. H Y
N. S. H. H.

- c) Una norma de procedimiento: siempre que se tenga que tomar una decisión que afecte a un niño en concreto, a un grupo de niños concreto o a los niños en general, el proceso de adopción de decisiones deberá incluir una estimación de las posibles repercusiones (positivas o negativas) de la decisión en el niño o los niños interesados. La evaluación y determinación del interés superior del niño requieren garantías procesales. Además, la justificación de las decisiones debe dejar patente que se ha tenido en cuenta explícitamente ese derecho. En este sentido, los Estados partes deberán explicar cómo se ha respetado este derecho en la decisión, es decir, qué se ha considerado que atendía al interés superior del niño, en qué criterios se ha basado la decisión y cómo se han ponderado los intereses del niño frente a otras consideraciones, ya se trate de cuestiones normativas generales o de casos concretos.”
6. De este modo, de la noción de interés superior del niño se desprende una pretensión directamente invocable y exigible, relacionada con la preferencia o prevalencia jurídica e interpretativa a favor de los intereses de las niñas, los niños y los adolescentes. Ello incluso se impone o debe imponer sobre los derechos de los adultos u otros bienes constitucionales valiosos³.
7. En este sentido, como ha tenido ocasión de señalar recientemente este Tribunal, este principio “predispone al juzgador, *prima facie*, la obligación de brindar prevalencia a los derechos e intereses de los menores (sic), a no ser que existan razones poderosísimas y absolutamente necesarias en una sociedad democrática, que justifiquen el establecimiento de una regla de precedencia en sentido inverso” (STC Exp. N° 01665-2014-HC, f. j. 21).
8. En este mismo orden de ideas, la Corte Interamericana de Derechos Humanos, en el caso *Campo Algodonero vs. México* (sentencia sobre excepción preliminar, fondo, reparaciones y costas del 16 de noviembre de 2009), señaló que:
“[L]os niños y niñas tienen derechos especiales a los que corresponden deberes específicos por parte de la familia, la sociedad y el Estado. Además, su condición exige una protección especial que debe ser entendida como un

³ Vide STC Exp. N° 02132-2008-AA, f. j. 10; STC Exp. N° 2079-2009-HC, f. j. 13; STC Exp. N° 02132-2008-AA, f. j. 10.



TRIBUNAL CONSTITUCIONAL



EXP. N.º 01587-2018-PHC/TC

LIMA

OLLANTA MOISÉS HUMALA TASSO,

EN REPRESENTACIÓN DE I. H. H Y

N. S. H. H.

derecho adicional y complementario a los demás derechos que la Convención reconoce a toda persona. La prevalencia del interés superior del niño debe ser entendida como la necesidad de satisfacción de todos los derechos de la infancia y la adolescencia, que obliga al Estado e irradia efectos en la interpretación de todos los demás derechos de la Convención cuando el caso se refiera a menores de edad. Asimismo, el Estado debe prestar especial atención a las necesidades y los derechos de las presuntas víctimas en consideración a su condición de niñas, como mujeres que pertenecen a un grupo en una situación vulnerable” (Cfr. fundamento 408)

9. En este sentido, resulta claro que resulta pertinente y perfectamente justificado para los niños y niñas que se propenda a la defensa y protección de sus derechos fundamentales. Esto, como bien puede apreciarse del estudio de los presentes actuados, no se ha conseguido con las medidas adoptadas por el Ministerio Público en este caso.
10. Por lo demás, la posición que expongo en el presente fundamento guarda coherencia con otras controversias en donde se ha encontrado en juego el principio-derecho del interés superior de los niños, niñas y adolescentes, escenario en donde he venido bregando por la adopción de decisiones que optimicen sus derechos. Así, por ejemplo, puedo citar mis votos en las sentencias recaídas en los Expedientes 04937-2014-PHC y 02595-2014-PA/TC, o la sentencia recaída en el Expediente 01204-2017-PA/TC, caso en el que, además, fui el ponente.
11. De otro lado, y además de no haberse respetado en este caso el interés superior de los niños, bien puede constatarse que, en función a los fines supuestamente buscados con la actuación fiscal cuestionada, la medida tomada no resiste un examen de proporcionalidad. Y es que, tomando en cuenta lo que se buscaba obtener, había alternativas sin duda menos gravosas que la materializada en este caso en particular.

S.

ESPINOSA-SALDAÑA BARRERA

Lo que certifico:

Flavio Reátegui Apaza
Secretario Relator
TRIBUNAL CONSTITUCIONAL



TRIBUNAL CONSTITUCIONAL



EXP. N.º 01587-2018-PHC/TC

LIMA

OLLANTA MOISÉS HUMALA TASSO,

EN REPRESENTACIÓN DE I. H. H Y

N. S. H. H.

VOTO SINGULAR DEL MAGISTRADO MIRANDA CANALES

Con el debido respeto por la opinión vertida en la ponencia, emito el siguiente voto singular por las siguientes consideraciones:

Sobre la procedencia del habeas corpus para la tutela de los derechos invocados en el presente caso

1. La ponencia señala en los fundamentos 5 al 12 la necesidad de reconvertir el proceso de *habeas corpus*, planteado inicialmente por el recurrente a favor de las beneficiarias, por el proceso de amparo, alegando que lo que se cuestiona en punto es la vulneración del principio del *interés superior del niño*, con el dictado de la Providencia 204-2017 de fecha 3 de julio de 2017. Por tanto, no se trataría de una amenaza cierta e inminente de la libertad personal, tal como se afirmó en la demanda.
2. Al respecto, muestro mis reparos por las afirmaciones realizadas. En primer lugar, desde mi concepto, no se puede considerar que el acto que se pretenda cuestionar sea únicamente la disposición fiscal del 3 de julio de 2017, por el cual se realizaron indagaciones en el centro educativo de las favorecidas respecto al viaje al extranjero que realizaron. Ello, por cuanto, de ser así, el hecho presuntamente lesivo se habría tornado en irreparable antes de la fecha de interposición de la demanda (10 de julio de 2017), por lo que sería aplicable de manera directa la causal de improcedencia prevista en el artículo 5 inciso 5 del Código Procesal Constitucional.¹
3. Sobre este punto, soy de la opinión más bien que el acto lesivo en el presente caso no se reduce a la actuación fiscal realizada con fecha 3 de julio de 2017, sino que también incluye las acciones realizadas el 15 de enero de 2019, referidas a la comunicación realizada por el fiscal Germán Juárez Atoche al juez Richard Concepción Carhuacho sobre el nuevo viaje que iban a realizar las beneficiarias al extranjero, cuestionando la "exigua comunicación esbozada" por los padres sobre dicho viaje y relacionándola con un supuesto "riesgo de fuga"

¹ Artículo 5.- Causales de improcedencia

No proceden los procesos constitucionales cuando: (...) 5. A la presentación de la demanda ha cesado la amenaza o violación de un derecho constitucional o se ha convertido en irreparable.



TRIBUNAL CONSTITUCIONAL



EXP. N.º 01587-2018-PHC/TC

LIMA

OLLANTA MOISÉS HUMALA TASSO,

EN REPRESENTACIÓN DE I. H. H Y

N. S. H. H.

de los mismos. En ese sentido, no se trataría únicamente de un supuesto aislado, sino de actuaciones sistemáticas realizadas por el mismo sujeto emplazado contra las mismas beneficiarias, por lo que hablaríamos de una vulneración continuada en el tiempo.

4. Por otro lado, la actuación fiscal sobre las beneficiarias menores de edad, en tanto no son parte investigada del proceso penal que se le sigue a sus padres, desde mi percepción vulneró el derecho a la integridad personal, en su dimensión de integridad psicológica. Ello se corrobora con el fundamento 28 de la ponencia, que señala que, de acuerdo a un informe psicopedagógico realizado por la institución educativa a la que asisten las niñas favorecidas, estas presentan sentimientos de culpa por la prisión impuesta a sus padres debido al viaje que realizaron al extranjero.

5. En ese sentido, soy de la opinión de que no era necesario hacer una reconversión al proceso de amparo en el presente caso, tal como se señala en la ponencia. Ello por cuanto el derecho a la integridad, en sus diversas dimensiones, directamente puede ser tutelado a través del *habeas corpus*, tal como se establece en el artículo 25 inciso 1 del Código Procesal Constitucional.

El principio del interés superior del niño

6. Si bien desde la Declaración de Ginebra de 1924 –adoptada por la Liga de las Naciones– ya se reconocía a nivel internacional que la niñez y la adolescencia requerían de una protección especial distinta a la de los adultos, fundada en la falta de madurez física y psíquica; es recién con la Declaración de los Derechos del Niño de 1959 emitida por la Asamblea General de Naciones Unidas,² en la que se reconoce formalmente el principio del interés superior del niño.

7. Así, en su principio 2, la citada declaración internacional establece que:

El niño gozará de una protección especial y dispondrá de oportunidades y servicios, dispensado todo ello por la ley y por otros medios, para que pueda desarrollarse física, mental, moral, espiritual y socialmente en forma saludable y normal, así como en condiciones de libertad y

² Proclamada por la Asamblea General en su resolución 1386 (XIV), de 20 de noviembre de 1959.



TRIBUNAL CONSTITUCIONAL



EXP. N.º 01587-2018-PHC/TC
LIMA
OLLANTA MOISÉS HUMALA TASSO,
EN REPRESENTACIÓN DE I. H. H Y
N. S. H. H.

dignidad. Al promulgar leyes con este fin, la consideración fundamental a que se atenderá será el interés superior del niño.

8. Por su parte, el principio 7 señala que el interés superior del niño debe ser el principio rector de quienes tienen la responsabilidad de su educación y orientación la que recae, en primer término, en sus padres. Sin embargo, a pesar de la importancia de la declaración, sus normas fueron consideradas meramente programáticas, carentes de eficacia y exigibilidad. Es por ello que, a nivel internacional, se decide dar un paso más en la protección de los derechos de la infancia.

9. Así, la Convención sobre los Derechos del Niño del año 1989, a diferencia del instrumento anterior, tiene carácter vinculante a partir de su ratificación por los Estados, tal como ocurre en nuestro país. En lo que respecta al principio del interés superior del niño, este se encuentra regulado expresamente en su artículo 3.1 que señala que «en todas las medidas concernientes a los niños que tomen las instituciones públicas o privadas de bienestar social, los tribunales, las autoridades administrativas o los órganos legislativos, una consideración primordial a que se atenderá será el interés superior del niño».

10. Como desarrollo de dicho principio, el Comité de los Derechos del Niño de Naciones Unidas aprobó la “*Observación General No 14 (2013) sobre el derecho del niño a que su interés superior sea una consideración primordial (artículo 3, párrafo 1)*”. Esta observación, de capital importancia, establece determinados criterios referidos al principio de interés superior del niño que reseñamos a continuación:

- a) Constituye uno de los cuatro principios generales de la Convención en lo que respecta a la interpretación y aplicación de todos los derechos del niño, y constituye un concepto dinámico que debe evaluarse adecuadamente en cada contexto (párrafo 1).
- b) En estricto, es un concepto triple:
 - *Un derecho sustantivo*: cuando se tenga que adoptar una decisión que afecte a un niño, a un grupo de niños concreto o genérico o a los niños en general, se podrá aplicar el derecho del niño a que su interés superior sea una consideración primordial que se evalúe y tenga en cuenta al sopesar



TRIBUNAL CONSTITUCIONAL



EXP. N.º 01587-2018-PHC/TC

LIMA

OLLANTA MOISÉS HUMALA TASSO,

EN REPRESENTACIÓN DE I. H. H Y

N. S. H. H.

distintos intereses para tomar una decisión sobre una cuestión debatida. Este derecho es de aplicación directa (aplicabilidad inmediata) y puede invocarse ante los tribunales.

• *Un principio jurídico interpretativo fundamental:* si una disposición jurídica admite más de una interpretación, se elegirá la interpretación que satisfaga de manera más efectiva el interés superior del niño.

- *Una norma de procedimiento:* siempre que se tenga que tomar una decisión que afecte a un niño en concreto, a un grupo de niños concreto o a los niños en general, el proceso de adopción de decisiones deberá incluir una estimación de las posibles repercusiones (positivas o negativas) de la decisión en el niño o los niños interesados. La evaluación y determinación del interés superior del niño requieren garantías procesales. Además, la justificación de las decisiones debe dejar patente que se ha tenido en cuenta explícitamente ese derecho.

c) Esta Observación General establece 3 tipos de obligaciones a los Estados parte de la Convención (párrafo 14):

- La obligación de garantizar que el interés superior del niño se integre de manera adecuada y se aplique sistemáticamente en todas las medidas de las instituciones públicas, en especial en todas las medidas de ejecución y los procedimientos administrativos y judiciales que afectan directa o indirectamente a los niños.
- La obligación de velar porque todas las decisiones judiciales y administrativas, las políticas y la legislación relacionadas con los niños dejen patente que el interés superior de estos ha sido una consideración primordial; ello incluye explicar cómo se ha examinado y evaluado el interés superior del niño, y la importancia que se le ha atribuido en la decisión.
- La obligación de garantizar que el interés del niño se ha evaluado y ha constituido una consideración primordial en las decisiones y medidas adoptadas por el sector privado, incluidos los proveedores de servicios, o



TRIBUNAL CONSTITUCIONAL



EXP. N.º 01587-2018-PHC/TC

LIMA

OLLANTA MOISÉS HUMALA TASSO,

EN REPRESENTACIÓN DE I. H. H Y

N. S. H. H.

cualquier otra entidad o institución privadas que tomen decisiones que conciernan o afecten a un niño.

11. A nivel interno, el principio del interés superior del niño se encuentra regulado en el artículo IX del Título Preliminar del Código de los Niños y Adolescentes, Ley 27337, así como en otras disposiciones con rango de ley e inclusive infralegales. Sin embargo, cabe precisar que los alcances de la referida Observación General 14 han sido recogidos en la Ley 30466, Ley que establece parámetros y garantías procesales para la consideración primordial del interés superior del niño, y su reglamento, aprobado por Decreto Supremo 002-2018-MIMP.
12. Por su parte, en la jurisprudencia de este Tribunal Constitucional el principio del interés superior del niño ha sido tomado en consideración como parámetro de evaluación, como parte del bloque de constitucionalidad, en el análisis de casos en los que se alegó la vulneración de derechos fundamentales de niños, niñas y adolescentes. Ello ocurrió en las sentencias recaídas en los expedientes 00550-2008-PA/TC, 02132-2008-PA/TC, 02079-2009-PHC/TC, 04296-2009-PA/TC, 04509-2011-PA/TC, 01665-2014-PHC/TC, entre otros.
13. A partir de lo señalado se advierte la importancia que tiene el principio del interés superior del niño, no solo por su reconocimiento internacional en tratados de derechos humanos y su posterior incorporación en disposiciones normativas a nivel interno, sino por su naturaleza en tanto parámetro de evaluación para determinar la vulneración de derechos fundamentales cuyos titulares son los niños, niñas y adolescentes.

Análisis del caso concreto

14. De lo actuado en el expediente soy de la opinión que la diligencia llevada a cabo por los fiscales provinciales adjuntos Alexander Taboada Guardián y Trilce Lissete Cruz Barrientos el 3 de julio de 2017 en la institución educativa Hiram Bingham, donde asisten las beneficiarias, constituye una situación de acoso, que además pudo determinar que las niñas sean estigmatizadas dentro de su propio centro educativo por las autoridades y profesores del mismo. Asimismo, esta situación las afectó tanto en su desempeño académico como en su desarrollo emocional, de acuerdo a los reportes psicológicos con los que cuenta la institución educativa (de acuerdo al informe remitido por los directores del



TRIBUNAL CONSTITUCIONAL



EXP. N.º 01587-2018-PHC/TC

LIMA

OLLANTA MOISÉS HUMALA TASSO,

EN REPRESENTACIÓN DE I. H. H Y

N. S. H. H.

colegio Hiram Bingham, Silvia Vizurraga Muguruza y Derek Pringle a este Tribunal Constitucional con fecha 23 de noviembre de 2018).

15. Por su parte, el fiscal emplazado Germán Juárez Atoche, en su informe remitido a este Tribunal Constitucional mediante Oficio 271-2018-MP-FN-FSCECF/3ER.D.EE de fecha 7 de diciembre de 2018, afirmó entre otras cosas que la diligencia realizada se dio en razón a un posible peligro de fuga de los investigados, dado que ambos entregaron un poder amplio a doña Rosa Elena Heredia Mendoza para que pudiese viajar con las beneficiarias fuera del país, incluso en época escolar. Por tanto, la hipótesis era que, luego del viaje del extranjero de las hijas, los padres podrían seguir las, abandonando el país. Ante ello, la diligencia ordenada era la entrevista a los directores del centro educativo, la que además debía desarrollarse de manera reservada, en el área administrativa, para no afectar a las menores de edad. El emplazado asegura en ese sentido que los mismos procesados Humala Heredia son los responsables de que dicho acto de investigación haya sido hecho público, afectando a las menores beneficiarias.

16. Personalmente no comparto la defensa esgrimida por la autoridad demandada, básicamente por lo siguiente:

- a) De acuerdo al texto de la Providencia 204-2017 del 3 de julio de 2017 (cuya copia certificada obra en el cuadernillo del Tribunal Constitucional) se señala que la entrevista con los directores de la institución educativa de las favorecidas constituye una diligencia importante para "(...) *observar el arraigo familiar de los procesados en este país*", sin realizar mayor justificación al respecto, y sin analizar la posibilidad de recurrir a otras medidas alternativas que permitan a la fiscalía obtener información para determinar el riesgo de fuga y, a su vez, sean menos gravosas para los derechos de las favorecidas, evitando su estigmatización (por ejemplo, solicitando información vía telefónica). En ese sentido, la diligencia realizada no supera el subprincipio de necesidad, dentro del test de proporcionalidad.

Adicionalmente, cabe precisar que el hijo menor de los investigados, S.H.H., se encontraba en el país y asistía normalmente a la institución educativa Hiram Bingham, lo que también tenía que ser analizado a fin de determinar el arraigo de los procesados en el país.



TRIBUNAL CONSTITUCIONAL



EXP. N.º 01587-2018-PHC/TC

LIMA

OLLANTA MOISÉS HUMALA TASSO,

EN REPRESENTACIÓN DE I. H. H Y

N. S. H. H.

b) De otro lado, la vulneración de los derechos fundamentales de las favorecidas no se produjo única y exclusivamente por la exposición pública del caso, sino porque a partir de la actuación fiscal realizada presentan sentimientos de culpa por el viaje que realizaron al extranjero, ya que lo relacionan con la situación jurídica de sus progenitores, quienes vienen siendo investigados por delito de lavado de activos y otros bajo comparecencia restringida (fundamento 28 de la ponencia). Se advierte entonces una vulneración del derecho a la integridad psicológica, que vuelve a manifestarse con las nuevas indagaciones sobre un futuro viaje de las favorecidas al extranjero, y que fueron comunicadas a este Tribunal mediante escrito de fecha 22 de enero de 2019.

Asimismo, tal como se ha señalado en el informe de la institución educativa, este sentimiento de culpa se ha visto reflejado en el desempeño escolar de las niñas, lo que sin duda no fue evaluado por el fiscal emplazado al momento de adoptar dicho acto de investigación. De esta manera, se acredita la vulneración del principio del interés superior del niño.

A partir de lo expuesto, mi voto es por lo siguiente:

1. Declarar **FUNDADA EN PARTE** la demanda de *habeas corpus* por la vulneración del derecho a la integridad personal y del interés superior del niño y, por ende, **NULA** la Providencia 204 del 3 de julio de 2017.
2. **ORDENAR** el cese de los actos violatorios contra las beneficiarias por parte del emplazado.
3. **EXHORTAR** a las autoridades fiscales y judiciales a fin de que, en el futuro, de encontrarse en iguales escenarios al descrito en el presente caso, tomen en especial consideración el interés superior del niño.
4. Declara **PROCEDENTE** la demanda en los demás extremos.

S.
MIRANDA CANALES

Lo que certifico:

Flavio Reátegui Apaza
Secretario Relator
TRIBUNAL CONSTITUCIONAL



TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

EXP. N.º 01587-2018-PHC/TC
LIMA
OLLANTA HUMALA TASSO en
representación de I.H.H. y N.S.H.H.

VOTO SINGULAR DE LA MAGISTRADA LEDESMA NARVÁEZ

Cada fiscal goza de la garantía de autonomía, independientemente del nivel o grado que ocupa

En el presente caso, no existen razones que justifiquen declarar fundada la demanda contra la Segunda Fiscalía Supranacional Corporativa Especializada en Investigación de Lavado de Activos y Pérdida de Dominio. Sólo basta revisar la decisión fiscal que se cuestiona para darse cuenta que el fiscal emplazado adoptó las medidas necesarias de reserva para no vulnerar los derechos de las hijas de los investigados y si es que hubo publicidad de dicho acto fue por decisión de tales investigados y no del fiscal.

Además no estoy de acuerdo en lo que podría representar una especie de intervención en la autonomía fiscal. La justicia constitucional no tiene competencia para indicarle a los fiscales qué diligencias deben hacer o cómo deben hacer la verificación del arraigo familiar de los investigados de un delito. En su sentencia, la mayoría del TC considera que era arbitrario que los fiscales vayan al colegio de las hijas de los investigados, pues consideran que más bien debieron: "recabar información por medios electrónicos o telefónicos o mediante oficios" (fundamento 23).

Aunque la lectura del artículo 158 de la Constitución ha sido con frecuencia referida a destacar la autonomía del Ministerio Público como institución en su conjunto, es poco o nula la referencia hecha sobre la autonomía de cada fiscal, independientemente del nivel o grado que ocupa. La Constitución también le reconoce dicha autonomía a cada uno de los fiscales del Ministerio Público.

Darle la importancia debida a la autonomía fiscal resulta vital actualmente en la medida que, como es de público conocimiento, la sociedad peruana viene afrontando inéditos casos sobre delitos de corrupción y seguridad ciudadana, entre otros. Ello exige del Estado de Derecho, dotar al Poder Judicial, Ministerio Público y Policía nacional de los recursos y garantías para la mejor realización de su trabajo, la misma que, claro está, debe desarrollarse en el marco de la Constitución y la ley.

Cabe recordar que conforme lo establece el artículo 159 de la Constitución, el Ministerio Público y cada uno de los fiscales que lo integran no sólo se encargan de la investigación del delito (inciso 4) o de ejercitar la acción penal (inciso 5), sino también de la defensa de la legalidad y de los intereses públicos tutelados por el derecho (inciso 1) y representar en los procesos judiciales a la sociedad (inciso 3), de modo que no se trata de cualquier funcionario público sino de funcionarios públicos que tienen la función especial de defensa de los intereses públicos y de la sociedad.



Argumento 1: el fiscal emplazado no vulneró los derechos de las menores pues ordenó que la diligencia sea realizada "con la reserva del caso"

1. En su demanda, el accionante refiere que "el fiscal emplazado viene impulsando actos ilegales que amenazan y vulneran los derechos constitucionales conexos al de la libertad individual [de sus menores hijas], tales como su derecho a la educación y a la libertad de enseñanza... a la intimidad... a un adecuado desarrollo mental, moral y social, a la tranquilidad emocional... a su integridad moral y libre desarrollo y bienestar... a participar de la vida cultural.. y en general, a la protección a la que gozan por el principio de interés superior del niño". (fojas 2)
2. A fojas 63 del expediente de autos aparece la impugnada Providencia 204-2017, de fecha 3 de julio de 2017, expedida por la Segunda Fiscalía Supranacional Corporativa Especializada en Investigación de Lavado de Activos y Pérdida de Dominio, a cargo del Fiscal Germán Juárez Atoche. En dicho documento se expresa lo siguiente:

DADO CUENTA: El escrito presentado por la procesada Antonia Alarcón Cubas en el cual comunica que por cuestiones de carácter personal se ausentará del país por un espacio temporal de siete días y estando a que a través de los medios de prensa esta Fiscalía ha tenido conocimiento que la procesada en mención viajó con sus menores nietas (hijas de los procesados Ollanta Humala Tasso y Nadine Heredia Alarcón); lo que no ha sido puesto en conocimiento de este Despacho. En este sentido, siendo importante observar el arraigo familiar de los procesados en este país, **CONSTITÚYASE** en el día los Fiscales Adjuntos Provinciales (...) a las instalaciones de la Institución Educativa (...), (donde estudia dichas menores), con el objeto de conocerse si a la fecha existe algún evento académico vinculado a dicho colegio que haya conllevado a que las menores salieran del país y si la ausencia de las menores han sido justificadas formalmente. Para dicho efecto **OFÍCIESE** a la institución en mención, solicitándose además que **dicha diligencia sea realizada con la reserva del caso, a fin de que no se vea afectado el ámbito académico de las menores en referencia (...)**. [resaltado agregado]

3. A fojas 64 aparece el acta fiscal de la diligencia realizada el mismo día. En el mencionado documento aparece que la reunión se realizó *únicamente* entre los dos fiscales comisionados y dos directores del colegio.
4. La mayoría del Tribunal Constitucional, resolviendo el presente hábeas corpus, afirma que "el fiscal emplazado debió valorar otras medidas -como recabar la información por medios electrónicos o telefónicos o mediante oficio, por ejemplo-, que siendo incluso más adecuadas para recabar la información de manera más célere... no interferían ni ponían en riesgo el interés superior de las niñas"



(fundamento 23) y además que "en vista de que en el caso de autos se ha acreditado que la autoridad fiscal emplazada no tomó en cuenta el interés superior de las niñas en el marco de la diligencia fiscal llevada a cabo el 3 de julio de 2017, corresponde estimar la demanda en este extremo" (fundamento 26).

5. Sobre el particular, de una simple revisión de la decisión fiscal impugnada en el presente hábeas corpus y del acta de la diligencia al colegio, se verifica que no existe ninguna actuación que vulnere los derechos de las menores favorecidas. Queda clara la decisión fiscal de proteger el ámbito académico de las menores y que la diligencia sea realizada "con la reserva del caso" -lo que efectivamente se cumplió-, pero queda claro también que para acreditar el *arraigo familiar* de unos padres procesados la fiscalía tiene la competencia de realizar la diligencias que estime necesarias para tal fin, cuidando siempre que tal competencia no sea usada de modo irrazonable y desproporcionado, situación que como hemos podido apreciar no ha ocurrido en este caso.

Argumento 2: cada fiscal goza de autonomía en el ejercicio de sus funciones

6. El artículo 158 de la Constitución establece la autonomía del Ministerio Público en los siguientes términos:

El Ministerio Público es autónomo. El Fiscal de la Nación lo preside (...)
Los miembros del Ministerio Público tienen los mismos derechos y prerrogativas y están sujetos a las mismas obligaciones que los del Poder Judicial en la categoría respectiva. Les afectan las mismas incompatibilidades (...).

7. Como se aprecia, además de la autonomía institucional, se resalta que a los miembros del Ministerio Público, sin hacer distinción de su jerarquía, gozan de autonomía en el ejercicio de sus funciones.
8. Así lo ha resaltado también el Tribunal Constitucional en la sentencia del Expediente 06204-2006-PHC/TC, fundamento 14: "los fiscales, individualmente considerados y cual quiera que sea su categoría dentro de la estructura organizativa del Ministerio Público gozan de autonomía externa, es decir, en relación con los demás poderes y órganos constitucionales del Estado. Pero también es necesario que se reconozca su autonomía interna, lo cual implica que las funciones que desempeñan conforme a Derecho, han de realizarse dentro de un marco exento de intervenciones ilegítimas de parte de otros funcionarios o particulares, e incluso de fiscales de mayor jerarquía".
9. Con la vigente Constitución de 1993, se ha producido un cambio del marco normativo básico en cuanto a las atribuciones del Ministerio Público. Así, se ha sostenido que "como consecuencia de la normativa constitucional, las funciones y



TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

EXP. N.º 01587-2018-PHC/TC

LIMA

OLLANTA HUMALA TASSO en
representación de I.H.H. y N.S.H.H.

atribuciones del Ministerio Público en general y del Fiscal Provincial en lo Penal en particular, han evolucionado desde una intervención puramente pasiva, limitada a emitir dictámenes ilustrativos previos a las resoluciones judiciales, pasando por la supervigilar la investigación del delito desde la etapa policial, que le asignó la Constitución de 1979, hasta la de conducir la investigación del delito con plenitud de iniciativa y autonomía, que le impone la Constitución vigente".¹

10. Pero la autonomía fiscal no sólo es mencionada expresamente por el aludido artículo 158 de la Constitución, sino que además se desprende de cada una de las atribuciones establecidas en el artículo 159 de la Constitución. En efecto, cuando la Constitución establece, por ejemplo, las atribuciones de "promover de oficio, o a petición de parte, la acción judicial en defensa de la legalidad y de los intereses públicos tutelados por el derecho" (inciso 1), "representar en los procesos judiciales a la sociedad" (inciso 3), "conducir desde su inicio la investigación del delito (...)" (inciso 4), y "ejercitar la acción penal de oficio o a petición de parte" (inciso 5), obviamente está reconociendo implícitamente que dichas atribuciones sólo podrían ser ejercidas por cada fiscal y no institucionalmente por el Ministerio Público.

11. Por ello, si bien cada fiscal del Ministerio Público goza de autonomía en el desarrollo de funciones tales como la defensa de los intereses públicos y de la sociedad, debe tener siempre en consideración que estas funciones tienen que estar orientadas por el respeto de los principios de legalidad, igualdad, interdicción de la arbitrariedad y proporcionalidad cuando se trate de la aplicación de medidas que intervengan en los derechos fundamentales.

S.

LEDESMA NARVÁEZ

Lo que certifico:


Flavio Reátegui Apaza
Secretario Relator
TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

¹ CUBAS VILLANUEVA, Víctor. "Comentarios al artículo 159 de la Constitución". En: *La Constitución comentada. Tomo III*, Lima, gaceta Jurídica, 2a ed. 2013, pp. 483-484.



TRIBUNAL CONSTITUCIONAL



EXP. N.º 01587-2018-PHC/TC

LIMA

OLLANTA HUMALA TASSO,  en
representación de I.H.H. y N.S.H.H.

Lima, 12 de junio de 2019

VOTO SINGULAR DEL MAGISTRADO SARDÓN DE TABOADA

Discrepo de los fundamentos y fallo emitidos por mis colegas en la sentencia recaída en el Expediente 01587-2018-PHC/TC, principalmente, por lo siguiente:

La sentencia en mayoría soslaya las afirmaciones del Ministerio Público, en el sentido de que no fue él quien dio a conocer públicamente la diligencia que desarrollaría en el colegio de las menores beneficiarias.

Según el Ministerio Público, en efecto, él tomó todas las precauciones que estaban a su alcance para que dicha diligencia fuera realizada con la reserva del caso, para no perturbar de manera algunas a dichas menores.

Así, en la comunicación que le dirigió al Director del Colegio Hiram Bingham le expresó la necesidad de que la diligencia no perturbara las labores del plantel, ni a las menores. Allí puede leerse lo siguiente:

SOLICITANDOSE además que la diligencia que se menciona sea realizada *con la reserva del caso*, a fin de que no se vea afectado el ámbito académico de las menores en mención [*énfasis añadido*].

Lamentablemente, fueron los padres de las menores —a decir del Ministerio Público— quienes hicieron público que se llevaría a cabo esta diligencia. Fue la madre, específicamente, quien publicó ello en las redes sociales.

Ciertamente, la Defensoría del Pueblo investigó lo ocurrido, dándole respuesta al abogado de las beneficiarias sobre los hechos imputados al Ministerio Público. La Defensoría concluyó que:

En este caso concreto no se advierte que la actuación fiscal haya lesionado algún derecho vinculado a los menores de edad, puesto que *no pretendía ser de carácter público sino estrictamente reservada* [*énfasis añadido*].

Mal hace, pues, la sentencia en achacarle al Ministerio Público lo que fue responsabilidad de los padres de las menores beneficiarias. Fueron ellos quienes no pensaron en el interés superior de sus hijas y las expusieron a una publicidad innecesaria.

Por tanto, la presente demanda debe ser declarada **INFUNDADA**.

S.

SARDÓN DE TABOADA

Lo que certifico:


Flavio Reátegui Apaza
Secretario Relator
TRIBUNAL CONSTITUCIONAL