



UNIVERSIDAD
DE PIURA

REPOSITORIO INSTITUCIONAL
PIRHUA

SOBRE CÓMO EL TC TRANSGREDE EL MARGEN DE ACCIÓN DEL JUEZ Y OTRAS TRISTEZAS

Luis Castillo-Córdova

Perú, 2013

FACULTAD DE DERECHO

Área departamental de Derecho

- Castillo, L. (2012). Sobre cómo el Tribunal Constitucional transgrede el margen de acción del juez y otras tristezas. *Gaceta constitucional: jurisprudencia de observancia obligatoria para abogados y jueces*, (65), 15-25.

- Castillo, L. (2013). Sobre cómo el TC transgrede el margen de acción del juez y otras tristezas [Comentarios]. *Diálogo con la jurisprudencia*, 18(176), 241-242.



Esta obra está bajo una [licencia](#)
[Creative Commons Atribución-](#)
[NoComercial-SinDerivadas 2.5 Perú](#)

Repositorio institucional PIRHUA – Universidad de Piura

SOBRE CÓMO EL TC TRANSGREDE EL MARGEN DE ACCIÓN DEL JUEZ Y OTRAS TRISTEZAS

Luis Castillo Córdova*

INTRODUCCIÓN

Del Estado de derecho legal al Estado de derecho constitucional

En la tradición de la Europa continental, es posible diferenciar dos modalidades de Estado de derecho: el Estado de derecho legal y el Estado de derecho constitucional. El Estado de derecho legal o Estado legal de derecho puede ser definido a partir de dos elementos que en su conjunto permitieron que “[e]l lugar del derecho tradicional pas[e] a ser ocupado cada vez más por el derecho legislado”¹. Uno es el papel que juega la ley positiva en el sistema jurídico: ésta es el fundamento de juridicidad porque la ley es tenida como “acto normativo supremo e irresistible al que (...) no es oponible ningún derecho más fuerte”²; convirtiéndola en criterio de existencia y validez jurídica³. El otro elemento es el concepto meramente formal de ley. Esta se definía como aquella decisión adoptada por el órgano competente siguiendo el procedimiento legislativo previsto⁴. Como el concepto de Ley era meramente formal, y lo jurídicamente válido lo definía la Ley, entonces, el concepto de derecho fue uno estrictamente formal.

Estos dos elementos supusieron que el derecho no tuviese relación alguna con elementos jurídicos materiales, por lo que pasaron como válidas decisiones manifiestamente injustas. Este fue el punto de declive del Estado legal de derecho: atender como derecho vinculante y exigible, decisiones formalmente legales y materialmente injustas. El derecho no había conseguido limitar al poder, lo que exigió una urgente y profunda reformulación⁵.

Esta reformulación supuso una transformación radical, un “auténtico cambio genético”⁶ en las bases del destruido Estado legal de derecho; cambio que tuvo un elemento esencial en su configuración: volver a vincular el derecho a los contenidos materiales de justicia. El derecho no se construiría sólo desde las disposiciones positivadas, sino que se volvía a reconocer la existencia de un ámbito jurídico previo y superior al derecho positivado, lo que reclamó la definición de la Constitución como instrumento de fijación de los

* Profesor de Derecho Constitucional en la Universidad de Piura.

¹ BRAND, Jürgen, “La evolución del concepto europeo de Estado de Derecho”, en *Anuario de Derecho Constitucional Latinoamericano*, año 2006, Tomo I, p. 52.

² ZAGREBELSKY, Gustavo, *El derecho dúctil. Ley, derechos y justicia*, 7ª edición, Trotta, Madrid 2007, p. 24.

³ Se afirma el principio de legalidad “como criterio exclusivo de identificación del Derecho válido y antes aún existente”. FERRAJOLI, Luigi, “Pasado y futuro del Estado de derecho”, en CARBONELL, Miguel, *Neoconstitucionalismo (s)*, Trotta, Madrid 2003, p. 16.

⁴ El Estado legal de derecho “identifica plenamente el Derecho con la ley, a la que define formalmente como un acto de voluntad del Parlamento sin referencia alguna a sus posibles contenidos axiológicos o teleológicos”.

GARCÍA PELAYO, Manuel, “Estado legal y Estado constitucional de derecho. El Tribunal Constitucional español”, en *ILANUD, Revista del Instituto Latinoamericano de las Naciones Unidas para la Prevención del Delito y Tratamiento del Delincuente*, año 9-10, números 23-24, p. 11.

⁵ Por esta razón el llamado Estado legal de derecho en estricto no fue un verdadero Estado de derecho porque convalidó el ejercicio absoluto del poder legislativo (y del Ejecutivo al que se sometía). Ocurrió que “[e]n la tradición europea continental, la impugnación del absolutismo significó la pretensión de sustituir al rey por otro poder absoluto, la Asamblea soberana”. ZAGREBELSKY, Gustavo, *El derecho dúctil*, ob. cit., p. 25.

⁶ Idem., ps. 33-34.



principios de justicia material⁷; elemento que fue completado con la consideración de la Constitución como verdadera norma y plenamente vinculante a sus destinatarios⁸.

Dos consecuencias del Estado de derecho constitucional

Para lo que aquí interesa destacar, en un Estado constitucional de derecho, es posible sostener las dos afirmaciones siguientes. Primera, que la Constitución como realidad plenamente normativa que es vincula a todos sus destinatarios, ya sean los poderes públicos como a los particulares. Consecuentemente, no existe ningún ámbito exento de vinculación a la Constitución, lo que da como consecuencia que no exista ningún ámbito exento de control constitucional. Así, y para lo que ahora interesa referir de cara al caso que se comentará más adelante, el ámbito jurisdiccional judicial (también el arbitral y militar), no está exento de vinculación a la Constitución, por lo que no está exento de ser controlado constitucionalmente. De modo general, este control se manifestará tanto sobre las interpretaciones normativas (constitucionales e infraconstitucionales) que formule el Juez, así como de su aplicación a unos hechos concretos para justificar una determinada decisión.

La segunda afirmación que es posible sostener en un Estado de derecho constitucional es que ninguna decisión ni pública ni privada será válida si es contraria al contenido material de la Constitución, es decir, a las exigencias de justicia que representan los derechos fundamentales⁹. Así, y en referencia al caso que se analizará más abajo, ninguna decisión judicial será jurídicamente válida si vulnera el contenido esencial del derecho fundamental al debido proceso por quebrantar la garantía de la motivación de las decisiones. Conviene decir algo acerca de este derecho fundamental

El derecho humano al debido proceso. En particular sobre el contenido esencial del derecho a la motivación de la decisión

Con base en la triada iusfundamental necesidad humana-bien humano-derecho humano¹⁰, es posible sostener que en lo que respecta al derecho humano al debido proceso, hay una necesidad humana esencial (que brota de su esencia), que debe ser satisfecha. Tal es la necesidad de que toda decisión que sobre los ámbitos distintos de la Persona se quiera adoptar, sea una decisión que se condiga con la calidad de absoluto, fin en sí mismo, que atribuido tiene toda Persona. En otras palabras, que se trate de una decisión acorde con la dignidad de quien se juzga. La única decisión digna de la Persona es la decisión que le da lo que le es suyo por corresponderle, es decir, la decisión justa. Una decisión injusta es una decisión indigna¹¹. Surge la necesidad, pues, de que cuando acerca de la Persona deba ser decidido, la decisión se adopte a través de un proceso en el que se verifique una serie de elementos que en la mayor medida de lo posible aseguren que la decisión a la que se arribe sea una decisión acorde con la dignidad humana, esto es, una decisión justa. Tales elementos bien pueden ser llamados garantías, en la medida que están destinados a garantizar la consecución de una decisión justa. Una de esas garantías es la motivación de la decisión.

⁷ Idem., p. 93.

⁸ ALEXY, Robert, "Los derechos fundamentales en el Estado Constitucional democrático", en CARBONELL, Miguel, *Neoconstitucionalismo (s)*, Trota, Madrid, 2003, p. 34.

⁹ CASTILLO CÓRDOVA, Luis, "El contenido constitucional de los derechos fundamentales como objeto de protección del amparo", en *Anuario Iberoamericano de Justicia Constitucional*, número 14, 2010, ps. 89-118.

¹⁰ "La interpretación iusfundamental en el marco de la persona como inicio y fin del derecho", en SOSA SACIO, Juan Manuel (Coordinador), *Pautas para interpretar la Constitución y los derechos fundamentales*, Gaceta Jurídica, Lima, 2009, ps. 31-72.

¹¹ CASTILLO CÓRDOVA, Luis, "El significado iusfundamental del debido proceso", en SOSA SACIO, Juan Manuel, *El debido proceso*, Gaceta Jurídica, Lima 2010, ps. 9-31.

Solo conociendo las razones por las que se llega a una determinada decisión, se podrá analizar si la corrección de ellas hace a la justicia de la decisión. La motivación exigida a de ser una que permita el convencimiento razonable de que la decisión no es consecuencia de la arbitrariedad del decisor, sino que lo es de lo que le corresponde a quien se enjuicia por estarle atribuido, en primer lugar desde la Constitución, entendida ésta como fuente que positiva las exigencias de justicia que se formulan en torno a la Persona.

En este sentido, el contenido esencial del derecho fundamental a obtener una decisión debidamente motivada, viene conformado por el conjunto de posiciones jurídicas que atienden a dos tipos de reclamaciones: la primera es que se expresen las razones que llevaron a formular la decisión; y la segunda es que tales razones sean formal y materialmente las suficientes para generar una justificación correcta de la decisión. Estas reclamaciones –y las posiciones jurídicas correspondientes- vienen exigidas por la necesidad humana esencial ya justificada de aseguramiento de la justicia en la decisión.

Hasta aquí se han puesto las bases principales para estar en condiciones de analizar la sentencia al EXP. N.º 04298-2012-PA/TC, análisis que a continuación se pasa a elaborar.

LOS HECHOS DEL CASO

Los hechos que destacan el caso son los siguientes:

1. La norma penal relevante

El caso se conforma por un primer dato: en el ordenamiento penal peruano está vigente una disposición que recoge el tipo del delito llamado “peculado de uso”. En efecto, en el primer párrafo del artículo 388 del Código penal peruano se ha dispuesto lo siguiente:

“El funcionario o servidor público que, para fines ajenos al servicio usa o permite que otro use vehículos, máquinas o cualquier otro instrumento de trabajo pertenecientes a la administración pública o que se hallan bajo su guarda, será reprimido con pena privativa de libertad no mayor de cuatro años”.

En el último párrafo del mencionado artículo 388, se recoge una excepción de tipo en los términos siguientes:

“No están comprendidos en este artículo los vehículos motorizados destinados al servicio personal por razón del cargo”.

2. Los actos del Alcalde de Chiclayo denunciados como peculado de uso

Informaciones periodísticas dieron cuenta de que el Alcalde de Chiclayo habría permitido “que se use indebidamente el vehículo oficial camioneta de la placa P10-62 Toyota, de propiedad de la Municipalidad Provincial de Chiclayo, para trasladar a sus hijos al Jockey Club de Chiclayo, donde realizaban actividades recreacionales”¹²; por lo que la Sala penal emplazada con la demanda de amparo condenó al Alcalde por peculado de uso.

Hay un relevante dato adicional que se menciona en la sentencia: “el hecho de trasladar a sus hijos al Jockey Club de Chiclayo en el vehículo oficial, *un* día en que el Alcalde había viajado a la ciudad de Lima”¹³.

3. Las razones de la Sala penal para condenar al Alcalde

¹² EXP. N.º 04298-2012-PA/TC, fundamento 15.

¹³ Idem., fundamento 18.



A. La interpretación que la Sala penal formula del artículo 388 del Código penal

La Sala penal emplazada tomó la decisión de condenar al Alcalde en una resolución de la que hay que diferenciar dos momentos. El primero es la interpretación que formula de la excepción de tipo contenida en el tercer párrafo del artículo 388 del Código penal. Una tal interpretación dice que hay que diferenciar el “servicio personal”, del “servicio familiar” o del “servicio amical”, de un vehículo motorizado, para aplicar la excepción solamente al servicio personal del funcionario y excluirlo de las demás posibilidades de servicio.

Así se expresó la Sala penal emplazada:

“La exclusión vehículos motorizados del genero vehículos a que se contrae el primer párrafo del citado artículo, se justifica no por su adscripción a un servicio público sino por criterio de funcionalidad: "estar destinados al servicio personal por razón del cargo", excepción que como tal debe interpretarse en forma restringida, no pudiendo extenderse por ejemplo al concepto "servicio familiar por razón del cargo", pues esta salvedad se prevé por la ley como *intuitu personae*. (...) [N]o se puede distorsionar tal excepción normativa diciendo, por ejemplo, que no está fuera del concepto de servicio y uso de un vehículo del Estado —asignado a un funcionario las 24 horas del día-e1 llevar y traer por ejemplo a su esposa, hijos, conviviente, amigos y terceros en general, de una playa veraniega, aduciendo que su cargo, movilidad y seguridad, se extiende a toda su familia y parientes con el uso de vehículo oficial y chofer asignado a su jefatura”¹⁴.

B. La aplicación de la interpretación al caso

El segundo momento es la aplicación del sentido interpretativo asignado por la Sala penal al denunciado uso indebido de vehículo motorizado por parte del Alcalde de Chiclayo. La sentencia del TC no da noticia de razones específicas que hayan sido dadas por la Sala emplazada para justificar la aplicación del sentido interpretativo del artículo 388 del Código penal a los denunciados hechos en torno al Alcalde de Chiclayo.

LA CUESTIÓN JURÍDICA DEL CASO Y SU RELEVANCIA CONSTITUCIONAL

Desde estos hechos, el demandante de amparo afirma que se ha vulnerado su derecho al debido proceso por –entre otras- no haberse respetado la garantía de la motivación de la decisión. La falta de motivación se habría debido a que la segunda instancia penal “no ha aplicado, de modo injustificado, la excepción típica prevista en el tercer párrafo del artículo 388 del Código Penal, que define el delito de peculado de uso, apreciándose una motivación aparente”¹⁵.

En la medida que lo denunciado a través del amparo ha sido que la no aplicación de una excepción de tipo ha originado la condena penal del alcalde de Chiclayo y que tal no aplicación carece de justificación, es posible concluir que se halla comprometido el contenido esencial del derecho a la motivación de las resoluciones, en directa relación con el contenido esencial a la libertad personal. Es por eso que el caso tiene relevancia constitucional que justifica un control constitucional. A partir de aquí, la cuestión constitucionalmente relevante que se formula en referencia a los hechos descritos es la siguiente: la decisión de la Sala de condenar al Alcalde de Chiclayo, demandante en el proceso de amparo, ¿se ha ajustado a la exigida justificación de la decisión de la condena, o

¹⁴ Idem., fundamento 16.

¹⁵ Idem., segundo párrafo de antecedentes.

por el contrario transgrede la exigencia de motivación de una decisión como garantía que permite asegurar la justicia en la decisión?

LA RESPUESTA DEL TC

La respuesta que a la cuestión constitucionalmente relevante ha dado el TC es que la decisión judicial cuestionada es inconstitucional por no estar debidamente justificada¹⁶. Parte el TC de reconocer constitucionalidad a la interpretación que del tercer párrafo del artículo 388 del Código Penal ha formulado la Sala penal emplazada:

“la Sala emplazada ha llevado a cabo una interpretación correcta del sentido de la disposición normativa contenida en el tercer párrafo del artículo 388 del Código Penal, en tanto el "uso personal del vehículo", excluido de tipificación penal, no puede incluir un uso ajeno al funcionario, léase uso "familiar" o "amical" del mismo, dado que la razón de la exención normativa es la facilitación del desenvolvimiento y seguridad del alto funcionario (por lo que se permite un uso más allá de las funciones oficiales)”¹⁷.

De esta manera, el TC confirma la interpretación de la Sala penal: no existe la modalidad “servicio familiar por razón del cargo”¹⁸. Sin embargo, y a continuación, el TC Una vez reconocida la constitucionalidad de la interpretación, el TC declara que la Sala penal no ha dado las razones por las que aplica estrictamente esta interpretación al caso, vulnerando la garantía de la motivación de las decisiones. Así, dijo que

“existe una motivación insuficiente en cuanto a los términos en los cuales cabe entender que un "uso familiar" del vehículo resulta excesivo y totalmente ajeno a las razones de funcionalidad de la excepción penal en cuestión, dado que, como ya se dijo existe la posibilidad de que en algunos casos dicho "uso familiar" no constituya una acción típica. No ha efectuado, pues, la Sala emplazada un examen de razonabilidad de los términos en los cuales cabe excluir ciertas acciones de la esfera de aplicación de la excepción prevista en el tercer párrafo del artículo 388 del Código Penal o de los términos en los cuales cabe incluir dichas acciones”¹⁹.

En particular referencia al caso del Alcalde, manifestó el TC que

“la Sala no ha precisado por qué es que el hecho de trasladar a sus hijos al Jockey Club de Chiclayo en el vehículo oficial, un día en que el Alcalde había viajado a la ciudad de Lima, constituye un "uso familiar" del vehículo, ajeno a todo margen de razonabilidad, que se encuadre más bien como un uso exclusivo y sistemático del vehículo oficial por personas distintas del funcionario”²⁰.

Esta justificación resultaba además especialmente necesaria desde que

“una interpretación excesivamente rígida de esta exclusión [se refiere a la excepción de tipo contenida en el tercer párrafo del artículo 388 del Código Penal] puede llevar a desnaturalizar el sentido mismo de la

¹⁶ En consecuencia, ha ordenado que la Sala penal demandada emita una nueva decisión, esta vez, formulando las justificaciones requeridas.

¹⁷ EXP. N.º 04298-2012-PA/TC, fundamento 17.

¹⁸ Incluso expresamente manifiesta una modalidad más de las proscritas: “servicio amical por razón del cargo”.

¹⁹ EXP. N.º 04298-2012-PA/TC, fundamento 18.

²⁰ Ibidem.



excepción típica. En efecto, si bien el vehículo oficial del alto funcionario no puede ser destinado al "uso personal" del cónyuge, hijos u otros familiares del funcionario o como vehículo que sirva de movilidad permanente a otra persona distinta del funcionario (conducta que debe ser calificada como peculado de uso), tampoco puede considerarse que cualquier uso que se haga del vehículo por una persona distinta del funcionario constituye una conducta típica. Y es que muchas veces el vehículo oficial del alto funcionario, de modo inevitable, es utilizado por otras personas sin que ello distorsione necesariamente el "uso personal" que el funcionario hace de él"²¹.

ANÁLISIS DE LA RESPUESTA DEL TC

La formulación de las normas relevantes para el caso

La disposición constitucional concernida en el caso es el artículo 139.5, cuyo texto dice lo siguiente:

“La motivación escrita de las resoluciones judiciales en todas las instancias, excepto los decretos de mero trámite, con mención expresa de la ley aplicable y de los fundamentos de hecho en que se sustentan”.

Desde esta fórmula lingüística es posible concluir la siguiente norma constitucional directamente estatuida:

N139.5: Está ordenado motivar por escrito las resoluciones judiciales de todas las instancias, excepto los decretos de mero trámite, con mención expresa de la ley aplicable y de los fundamentos de hecho en que se sustenta.

En los fundamentos 12 y 13 de la sentencia que ahora se analiza, el TC formuló una serie de interpretaciones iusfundamentales –que son normas constitucionales adscriptas-, en torno a la obligación constitucional de motivar las decisiones judiciales. De entre ellas hay una que conviene ahora destacar, es la siguiente:

N1: Está prohibido no motivar o motivar solo aparentemente una decisión judicial.

Ayuda a la definición del ámbito normativo de N1 la siguiente definición presentada por el mismo TC:

“se viola el derecho a una decisión debidamente motivada cuando la motivación es inexistente o cuando la misma es solo aparente, en el sentido de que no da cuenta de las razones mínimas que sustentan la decisión o de que no responde a las alegaciones de las partes del proceso, o porque solo intenta dar un cumplimiento formal al mandato, amparándose en frases sin ningún sustento fáctico o jurídico”²².

N1 es una norma constitucional que se adscribe a la norma directamente estatuida N139.5²³. Aquí no se analizarán las razones que el TC presentó para justificar esta norma constitucional adscrita²⁴, sino que ellas se tendrán como razones correctas que justifican la constitucionalidad tanto formal como material de una norma constitucional adscrita. Lo que

²¹ Idem., fundamento 17.

²² Idem., fundamento 13.a.

²³ ALEXY, Robert, *Teoría de los derechos fundamentales*, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid 1993, ps. 63-73.

²⁴ No las da en esta sentencia sino en la sentencia al EXP. N. 0728-2008-PHC/TC, fundamento 7 (Caso Llamoja).

sí se analizará, es la aplicación por parte del TC de N1 al caso concreto y, particularmente, si es verdad que la Sala penal ha incumplido –como dice el TC- la norma constitucional adscrita N1.

La corrección en la aplicación de la interpretación legal al caso

A. La constitucionalmente correcta diferenciación de “servicio personal por razón del cargo”, del “servicio familiar por razón del cargo”

No hay reproche en el proceder del TC cuando decide que es objeto de control constitucional la aplicación al caso concreto de la interpretación que del tercer párrafo del artículo 388 del Código Penal ha formulado la Sala Penal de Chiclayo. Ya se justificó que es una consecuencia necesaria del Estado de derecho constitucional. El contenido esencial del derecho fundamental al debido proceso en la garantía de la motivación de las decisiones exige el cumplimiento de la norma constitucional adscrita N1; o dicho negativamente, prohíbe las decisiones sin motivación o con motivación solo aparente. La razón también fue justificada antes: con este derecho fundamental se intenta asegurar que la decisión judicial no sea fruto de la mera arbitrariedad del órgano que decide.

De esta manera, es posible sostener que está permitido el control constitucional para verificar si la decisión de no aplicar al alcalde la excepción del tercer párrafo del artículo 388 del Código penal, es una decisión justa por tener una justificación constitucionalmente correcta. Pero es en este punto que se acaba el acuerdo y la ausencia de reproches al proceder del TC. Más allá de que si la Sala penal dio o no razones singulares para justificar la aplicación de la interpretación legal al denunciado Alcalde de Chiclayo²⁵, cabe preguntarse si las razones que sí dio²⁶, permiten sostener que no solamente está justificada la interpretación legal propuesta por la Sala penal, sino también su aplicación al caso que examinaba.

B. Contenido del criterio de diferenciación

Si es constitucionalmente correcta la diferenciación entre “servicio personal por razón del cargo” y “servicio familiar por razón del cargo”, la cuestión se desplaza a determinar el contenido o significado del criterio diferenciador. Sobre tal criterio la Sala penal afirma que la adscripción del vehículo a un funcionario público se produce por un criterio de funcionalidad. Si bien este criterio parece no ser definido expresamente por la Sala, el ejemplo que acompaña permite razonablemente reconocer una definición implícita. El ejemplo es el siguiente:

“la excepción normativa diciendo, por ejemplo, que no está fuera del concepto de servicio y uso [personal por razón del cargo] de un vehículo del Estado –asignado a un funcionario las 24 horas del día-, el llevar y traer por ejemplo a su esposa, hijos, conviviente, amigos y terceros en general, de una playa veraniega, aduciendo que su cargo, movilidad y seguridad, se extiende a toda su familia y parientes con el uso del vehículo oficial y chofer asignado a su jefatura”²⁷.

Este ejemplo permite reconocer que la Sala penal manifiesta implícitamente un criterio de diferenciación entre “servicio personal por razón del cargo” y “servicio familiar por razón del cargo”. Tal criterio formulado negativamente es el siguiente: no estamos ante un servicio personal por razón del cargo sino ante un servicio familiar por razón del cargo, cuando el vehículo motorizado es empleado por la familia del funcionario público para la realización

²⁵ Como se dijo, eso no es posible de saberlo desde la sola sentencia del TC.

²⁶ Y que han sido transcritas en el fundamento 16 de la sentencia del TC que ahora se comenta.

²⁷ EXP. N.º 04298-2012-PA/TC, fundamento 16.



de una actividad que no está ni directa ni indirectamente vinculada con el ejercicio del cargo público. La formulación positiva de este criterio es la siguiente: no se deja de estar ante un servicio personal por razón del cargo, cuando el vehículo motorizado es empleado por la familia del funcionario público para la realización de una actividad que sí está directa o indirectamente vinculada con el ejercicio del cargo público. Así, el ejemplo que propone la Sala sería un caso proscrito de “servicio familiar por razón del cargo”, cuando el vehículo es empleado para movilizar a familiares y amigos de una playa a la que han ido, con el Alcalde, a veranear.

Conviene dar algún ejemplo de vinculación directa e indirecta reclamada por la definición del criterio diferenciador mencionado antes. Un ejemplo del primer tipo de vinculación sería el siguiente: cuando por razón del cargo el funcionario público debe asistir a una ceremonia, pública o privada, y utiliza el vehículo asignado para ir tanto él como su familia. El funcionario público, por razón del cargo, debe asistir a la ceremonia, y acude acompañado por su familia a la misma ceremonia, en este supuesto no es razonable obligar al funcionario público a enviar a su familia por otro lado y a través de otro medio.

Mientras que un ejemplo de vinculación indirecta sería este otro: cuando el servidor público camino a su despacho funcional lleva a sus hijos al colegio o a su esposa al supermercado en el vehículo asignado. El uso familiar, en este caso, está indirectamente relacionado con el ejercicio del cargo público porque siendo exigido por el cargo el traslado del funcionario a su despacho, se aprovecha ese traslado para acercar al hijo a la escuela o a la mujer al supermercado a que realicen sus propias tareas u obligaciones particulares²⁸.

Y es que no debe ser olvidado que la excepción prevista en el artículo 388 del Código penal se compone de dos extremos: “servicio personal” y “por razón del cargo”, no se trata de “un servicio personal” a secas. Este segundo extremo le da sentido y legitimidad al primero, de modo que delimita el alcance del uso que puede ser dado al vehículo que se le asigna. Una es la causa y la otra es la consecuencia: por causa de que es funcionario público, se le asigna un medio para su servicio personal; por lo que resulta siendo razonable que el medio se destine al uso del funcionario para realizar actividades incluso familiares y amicales, pero necesariamente vinculadas con las personales del Alcalde que tengan algún grado de relación con el ejercicio del cargo. Si el medio se emplea para realizar actividades personales o familiares en ningún grado vinculadas con el ejercicio del cargo, tal uso sería ilegítimo.

Es en este marco que el TC reconoce la corrección de la interpretación que formula la Sala penal respecto del artículo 388 del Código penal²⁹. Para determinar el grado de vinculación de una actividad con el ejercicio del cargo público, hay que reconocerle y respetarle al Juez un grado de discrecionalidad. Solo dos tipos de decisiones le estarían vetadas. Una es aquella que decide que no se ha producido una vinculación o relación, directa o indirecta, de la actividad familiar con el ejercicio del cargo público, cuando es manifiesto que tal vinculación sí se ha dado; y la otra es la inversa, es decir, aquella en la que se decide que sí se ha dado tal vinculación, cuando de los hechos brota manifiestamente que la vinculación ni directa ni indirecta se ha configurado. Pero en uno y otro caso, debe ser manifiesta la vinculación o no vinculación, es decir, no debe existir ninguna duda de que ha ocurrido o que no ha ocurrido realmente; y porque es manifiesta la no correspondencia entre lo que ha ocurrido y la valoración del Juez, la decisión judicial resulta no discrecional que es lo permitido, sino arbitraria que es lo proscrito.

C. Aplicación del criterio al caso del Alcalde de Chiclayo

²⁸ Incluso en estos supuestos de vinculación indirecta, estará exigido que tanto la escuela como el supermercado queden razonablemente cerca del o de los caminos que razonablemente puedan seguirse para llegar al despacho del funcionario.

²⁹ EXP. N.º 04298-2012-PA/TC, fundamento 17.

Conviene ahora regresar al caso del Alcalde de Chiclayo para determinar si la aplicación de este criterio se presenta o no; dicho de otra forma, para determinar si existiendo alguna vinculación con el ejercicio del cargo en el uso de la camioneta que se le ha asignado por ser funcionario público, no ha aplicado la excepción prevista en el tercer párrafo del artículo 388 del Código penal.

Recordemos que el uso cuestionado fue el siguiente: utilizar la camioneta propiedad de la Municipalidad de Chiclayo para trasladar a sus hijos al Jockey Club de Chiclayo, para que realicen actividades recreacionales³⁰, un día en que el Alcalde no se encontraba en Chiclayo porque había viajado a la ciudad de Lima³¹. De este hecho es posible concluir que era manifiesto que el uso de la camioneta no tenía relación alguna con ninguna actividad personal del Alcalde relacionada con el ejercicio del cargo público. La razón es precisamente la actividad recreativa que los hijos desarrollarían en el Club, sumado a la ausencia del Alcalde. En efecto, toda duda acerca de si el vehículo fue empleado para la realización de alguna actividad familiar del Alcalde vinculada con alguna actividad personal que el Alcalde debía realizar en ejercicio del cargo público (por ejemplo, si el Club quedaba de camino al despacho del funcionario, o si en el Club se realizaba alguna actividad a la que el Alcalde estaba obligado acudir en razón del cargo), queda descartada con la presencia conjugada de dos datos: primero, que el transporte fue para que los hijos realicen una actividad recreativa en el club; y segundo, que el transporte se realizó sin la presencia del Alcalde porque este se encontraba en la ciudad de Lima.

Si, como ha dicho el TC, es válido diferenciar entre “servicio personal por razón del cargo” y “servicio familiar por razón del cargo”, para proscribir a este último, entonces, ¿a cuál rubro pertenece el uso de la camioneta para llevar a los hijos del Alcalde a un club para que realicen actividades recreativas cuando el Alcalde no se encontraba en la ciudad? Es manifiesto que pertenece al segundo rubro, porque la finalidad del traslado de los hijos así como la ausencia física del Alcalde, no permiten sostener ninguna vinculación, ni tan siquiera indirecta, con la realización de alguna actividad personal del Alcalde exigida por el cargo público.

Esta conclusión no se ve enervada incluso si hubiese sido el caso que a Lima viajó el Alcalde por una exigencia del cargo público, no solo porque no es razonable admitir que corresponde a la esencia de los deberes naturales (y morales) que sea el padre (y no otra persona en condiciones, como la madre), quien se encargue de trasladar personalmente a sus hijos en todo momento y a todo lugar; sino también porque la configuración del servicio personal exigido por la excepción legal, requiere de una vinculación al menos indirecta con el ejercicio de la función pública, la que no se daba en el caso desde que los hijos, en ausencia del padre, fueron trasladados para asuntos personales suyos (realizar actividades recreativas) y no del Alcalde.

Resulta siendo manifiesto, pues, que en los hechos se cumplía la exigencia que implícitamente se desprendía de las razones que sí dieron los integrantes de la Sala para considerar que el uso del vehículo fue ilegítimo y, consecuentemente, ilegal: que el uso familiar tenga alguna vinculación con alguna actividad personal que debía desarrollar el Alcalde en razón de su cargo. Esto quiere decir que había razones fuertes para considerar que sí estaba motivada la decisión adoptada por la Sala penal de condenar al Alcalde de Chiclayo porque en los hechos no se había producido la excepción del artículo 388 del Código penal, según la interpretación constitucionalmente correcta dada por ella. Esto, a su vez,

³⁰ Idem., fundamento 15.

³¹ Idem., fundamento 18.



significa que no ha habido vulneración de la norma constitucional adscrita N1 arriba concluida, porque sí hubo justificación en la decisión, y esta no fue solo aparente.

Esto que se desprende razonablemente de las razones que sí da la Sala penal, permite sostener que el TC se equivoca a la hora de afirmar que la Sala penal está efectuando una “aplicación rígida de la interpretación restrictiva efectuada por la Sala emplazada, en el sentido de que la exención típica “servicio personal por razón del cargo”, se llena de contenido, en exclusividad, con los usos estrictamente *individualizados* del funcionario, de modo que sólo éste puede usar dicho vehículo”³²; pues, como se ha justificado, no es verdad que la Sala penal pretenda reconocer legitimidad solamente a usos exclusivos e individualizados por parte del funcionario, también será posible admitir usos familiares, pero no cualesquiera sino aquellos legitimados por tener alguna relación, aún indirecta, con la realización de alguna actividad por el cargo público que ocupa. Precisamente esta posibilidad de extender a la familia (e incluso a los amigos) el uso de un vehículo, permite coincidir con el TC a la hora de proscribir una interpretación que avale solamente usos exclusivos e individualizados del vehículo, pues una aplicación así “supondría restringir en extremo el sentido de la exención, y convertiría la prerrogativa en una camisa de fuerza que la haría casi impracticable, pues el funcionario estaría siempre cuidándose de que nadie distinto de él se encuentre en el vehículo, ante la amenaza de que un comportamiento distinto configuraría tipicidad por peculado de uso”³³.

UN ASUNTO ADICIONAL FINAL

En la sentencia que se comenta ahora, tiene dicho el TC que “si bien el vehículo oficial del alto funcionario no puede ser destinado al “uso personal” del cónyuge, hijos u otros familiares del funcionario o como vehículo que sirva de movilidad permanente a otra persona distinta del funcionario (conducta que debe ser calificada como peculado de uso), tampoco puede considerarse que cualquier uso que se haga del vehículo por una persona distinta del funcionario constituye una conducta típica. Y es que muchas veces el vehículo oficial del alto funcionario, de modo inevitable, es utilizado por otras personas sin que ello distorsione necesariamente el “uso personal” que el funcionario hace de él.

Se ha de coincidir con el TC cuando afirma que el vehículo oficial no puede ser destinado al uso personal de algún familiar (como el o la cónyuge o los hijos). El uso personal del familiar, según lo justificado arriba, se configuraría cuando se usa el vehículo para transportar al familiar sin que exista vinculación alguna, ni directa ni indirecta, con el ejercicio del cargo del funcionario. Así, por ejemplo, es un caso de uso personal de los hijos, cuando el vehículo es empleado para asuntos personales suyos, como acudir a un club a realizar actividades recreacionales suyas, cuando el padre funcionario público se encuentra a 700 kilómetros del lugar.

Consecuentemente, se ha de estar de acuerdo con el TC cuando manifiesta que hay ocasiones en las que es inevitable que el vehículo lo utilice otras personas distintas a él mismo, sin que con ello se distorsione necesariamente el “uso personal” que el funcionario hace del, pero siempre y cuando se considere que ese uso inevitable por parte de terceros, alguna relación guarda con alguna actividad personal por razón del cargo que realiza el Alcalde.

En lo que no se debe de estar de acuerdo con el TC es cuando desliza la idea de que para que se configure un uso vehicular proscrito, deba presentarse el elemento de la permanencia. El uso proscrito no tiene que ver con la reiteración del acto, sino con la vinculación o no con el ejercicio regular de un cargo público. ¿Cuántas veces tendría el funcionario que utilizar el

³² Idem., fundamento 17, último párrafo.

³³ Ibidem.

vehículo oficial para ir él o mandar a algún familiar o a algún amigo a cobrar una coima, para que además del delito de cohecho pasivo propio se configure el delito de peculado de uso? Bastará una sola vez.

Pero además del error, el TC transgrede el margen de acción judicial que constitucionalmente tiene atribuido: al Juez le corresponderá determinar si en las circunstancias concretas está justificado o no el uso -incluso reiterado y permanente!- del vehículo oficial por parte de un familiar. Porque, incluso, no todo uso permanente o reiterado del vehículo por parte de un familiar configura un uso proscrito, siempre que en todas las veces exista una relación, al menos indirecta, con la realización de una actividad personal por razón del cargo por parte del funcionario público.

CONCLUSIONES

El TC cuando declara fundada la demanda de amparo presentada por el Alcalde de Chiclayo aduciendo que la Sala penal no ha motivado suficientemente su decisión, incurre en un grave exceso. Tal exceso se configura, entre otras cosas, porque no respeta el margen de apreciación que tienen los Jueces en los hechos que enjuician. Lo grave del exceso es que la situación denunciada penalmente (uso ilegítimo del vehículo asignado por el cargo público que se desempeña), muy claramente cumple con la interpretación del artículo 388 del Código penal presentada por la Sala penal y confirmada en su constitucionalidad por el TC. Por eso aciertan los tres magistrados que votan en contra de la sentencia cuando afirman que en realidad lo que el Alcalde pretendía y el TC terminó dando fue “un reexamen de la sentencia condenatoria emitida por la Segunda Sala Penal de Apelaciones de la Corte Superior de Lambayeque”³⁴.

Esta decisión se encuentra destinada a alentar las demandas de amparo o de habeas corpus contra resoluciones judiciales con el único propósito de alcanzar del TC un reexamen de sentencias legítimas dictadas por el Poder Judicial. Que haya o no verdadera agresión de la garantía de la motivación de las decisiones resulta siendo secundario, bastará con invocarla para que una mayoría del TC, enredado en su propio laberinto forjado sobre los excesos competenciales e ineptitudes argumentativas, termine fallando a favor de un derecho fundamental que solo ha sido agredido en la imaginación de un Guardián de la Constitución desgastado.

Por lo demás, una de las cosas que se han de destacar es que el TC ha declarado que la interpretación que la Sala penal formula del mencionado dispositivo legal, es correcta. Esto significa que de cara al contenido constitucional del derecho a la libertad personal, el TC en la sentencia ha formulado una norma constitucional adscrita en los términos siguientes:

N: Está ordenado considerar que el uso personal del vehículo excluido del tipo del artículo 388 del Código penal, no puede incluir un uso familiar o amical ajeno al funcionario público al que se le asigna el uso del mismo³⁵.

Esta es una norma que se adscribe al artículo 2.24 apartado f de la Constitución, por lo que reclama ser cumplida por todos los funcionarios públicos a los que se les ha asignado el

³⁴ Idem., fundamento 6 del voto singular de los magistrados Urviola y Calle; y fundamento 7 del voto de Vergara. Aunque desatinan cuando manifiestan que el caso no tiene relevancia constitucional.

³⁵ Se concluye de lo que TC dice la sentencia en el fundamento 17: “si bien la Sala emplazada ha llevado a cabo una interpretación correcta del sentido de la disposición normativa contenida en el tercer párrafo del artículo 388 del Código Penal, en tanto el “uso personal del vehículo”, excluido de tipificación penal, no puede incluir un uso ajeno al funcionario, léase uso “familiar” o “amical” del mismo, dado que la razón de la exención normativa es la facilitación del desenvolvimiento y seguridad del alto funcionario (por lo que se permite un uso más allá de las funciones oficiales)”.



uso de un vehículo motorizado. La aplicación de esta norma debe ser una razonable para que se reconozca constitucionalidad también a la decisión que se obtiene. Y la razonabilidad en este caso tiene que ver, como arriba fue justificado, con la presencia de al menos alguna relación o vinculación con la actividad personal en el ejercicio de la función pública que realiza el funcionario.