



Por Eduardo Alcócer Povis*

EL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL Y EL DERECHO PENAL

I. APUNTE PREVIO

1. En los últimos años el Tribunal Constitucional Peruano (TC) ha tenido un rol protagónico en orden a dar contenido y límites interpretativos a algunas instituciones propias del Derecho Penal sustantivo¹. Con el presente trabajo se pretende revisar –a modo de resumen- algunas de estas importantes decisiones.

II. ANÁLISIS

2. Uno de los temas más controvertidos de la teoría del delito es el de la autoría y participación. Al respecto, el TC, en la STC n° 1805-2005-HC/TC, se decanta por la teoría del dominio del hecho. Para el TC **“es autor quien tiene el poder para manipular el resultado del hecho”**.

Sin embargo, esta tesis no está libre de crítica, pues el TC no toma en cuenta que el “dominio” es un concepto “vago”, que no resulta suficiente para crear seguridad jurídica. Por demás, se dice en la doctrina que, si la determinación de la autoría depende del poder de interrupción de la ejecución del plan criminal, esta capacidad también la tiene el partícipe e, incluso, terceros. Asimismo, si se sigue la teoría del dominio del hecho, entonces ¿cómo se fundamentará la autoría en el delito culposos, en el que no se advierte en el agente control alguno del hecho?

3. El TC también se pronunció respecto a los requisitos a valorar para determinar la legitimidad de la detención por flagrancia. En concreto, al analizar la “urgencia” de la intervención policial el TC, en la STC n° 3691-2009-HC/TC indicó lo siguiente: **“La intervención urgente sancionada para los casos de flagrancia se justifica constitucionalmente respecto de los delitos**

* Abogado graduado en la Pontificia Universidad Católica del Perú. Doctor en Derecho por la Universidad Pompeu Fabra de Barcelona, España. Profesor de Derecho Penal en la Pontificia Universidad Católica del Perú y en la Universidad San Martín de Porres. Socio fundador del estudio Alcócer & Abogados.

¹ En la STC n° 1805-2005-HC/TC, se indica que: “No obstante, es menester precisar que, si bien la calificación del tipo penal es atribución del juez penal, la tutela jurisdiccional efectiva se concreta a través de las garantías que, dentro de un iter procesal diseñado por la ley, están previstas en la Constitución Política del Perú, razón por la cual el Tribunal Constitucional estima conveniente revisar el marco técnico-jurídico de las formas de intervención delictiva”.



de consumación instantánea, pues en los delitos permanentes no se configuraría, en principio, la situación de urgencia que impida recabar la autorización judicial correspondiente. Por consiguiente, **en los delitos de tenencia de armas, drogas, contrabando y otros, cuya posesión continuada se indica como almacenada al interior de un domicilio, se requerirá la previa autorización judicial; pues, aun cuando puedan presentarse de manera concurrente los requisitos de la flagrancia delictiva, en los delitos permanentes se presenta el decaimiento del supuesto de la *extrema urgencia*”.**

En la Sentencia se afirma que la intervención “urgente” -a la que se hace referencia en los supuestos de “flagrancia”- se justifica en los delitos instantáneos. Claro está –aquí mi opinión- sólo en los casos en los que el agente haya empezado a “ejecutar” el hecho delictivo. De lo contrario, si nos encontramos en la etapa preparatoria de un delito instantáneo, no se presentaría tal situación de “urgencia”, por lo que la detención resultaría ilegítima.

Asimismo, no considero correcto considerar que la urgencia “decae” en los casos de delitos permanentes. A contrario, la urgencia (tanto para la evitación de la vulneración al bien jurídico como para la aprehensión al sujeto en los casos en los que se cumplen los requisitos de la flagrancia) es latente. Y es que, como se sabe, en este tipo de delitos, la situación antijurídica se mantiene mientras se prosiga voluntariamente con la conducta criminal, por tanto, la vulneración al bien jurídico persiste en el tiempo lo que hace necesaria la intervención a fin de evitar se siga realizando el actuar delictivo cuya comisión es evidente; asimismo la necesidad de detenerlo pervive mientras dure el estado antijurídico.

Por ejemplo, en el caso del delito de secuestro, que es un delito permanente, la situación antijurídica persiste mientras no se libere a la víctima. Así, en el supuesto que la Policía advierta con certeza que una persona está secuestrada en una casa no es necesario solicitar y esperar una respuesta de la autoridad judicial para ingresar al inmueble, rescatar a la víctima y detener a los responsables. Dicha autoridad puede (capacidad individual de evitar riesgos) y debe (deber de garante) ingresar a dicho lugar, liberar al secuestrado y detener a los responsables. Se actúa en ejercicio legítimo de su deber. Al respecto, el art. 3 de la Ley Orgánica de la Policía Nacional regula lo siguiente “La finalidad fundamental de la Policía Nacional del Perú es garantizar, mantener y restablecer el orden interno. Presta protección y ayuda a las personas y a la comunidad.



Garantiza el cumplimiento de las leyes y la seguridad del patrimonio público y privado. Previene, investiga y combate la delincuencia (...)

4. Existen sentencias emitidas por el TC que han delimitado el contenido de algunos tipos penales, por ejemplo:
 - a. En cuanto al tipo de peculado (art. 387 CP), el TC ha brindado alcances respecto a la autoría de dicho delito. Se amplía de manera criticable el marco de imputación considerando funcionarios públicos a los llamados “funcionarios de hecho”. Es decir, a aquellos que de facto administran los fondos del Estado.

En la STC n° 2758-2004-HC/TC se indicó lo siguiente: “Si bien es cierto que formalmente Vladimiro Montesinos Torres ocupaba el cargo de Asesor II de la Alta Dirección del SIN, **en realidad ejercía de hecho la jefatura de esta institución de inteligencia, cargo que le permitía la custodia y administración de fondos públicos, por lo que dar lugar a considerársele sujeto activo del delito tal como lo prevé el artículo 387 del Código Penal**”.

Esta posición se aleja de lo expuesto en el Acuerdo Plenario 4-2005, en que se menciona que el autor del delito de peculado debe tener la “**disponibilidad jurídica**” de los bienes dispuestos a su cargo o vigilancia. Asimismo, se indica que entre los efectos y caudales debe de existir una “relación funcional”. Lo afirmado por la Corte Suprema se adecua a la consideración que se tiene del tipo de peculado, como **delito especial (el sujeto activo es cualificado) y de infracción de deber (el sujeto activo tiene la obligación, en virtud de su cargo, de administrar correctamente los bienes del Estado)**. Lamentablemente el TC no siguió esta línea argumental.

De otro lado, en la mencionada STC, se indica que: “la consumación del delito de peculado se da en el presente caso, cuando Vladimiro Montesinos **hace entrega de los caudales públicos al demandante, momento en que aquellos salen de la esfera de dominio estatal, consumándose así el peculado**”.

Erróneamente el TC considera que el delito de peculado se consuma cuando el agente dispone del bien (desde mi punto de vista, la disposición efectiva del bien vendría a ser la etapa de agotamiento de dicho tipo penal) y no cuando se apropia de los bienes. Según la Corte Suprema, en el Acuerdo Plenario 4-2005, **la**



apropiación debe ser entendida como el momento en que el agente se coloca “en posición de disponer de los mismos”.

- b. En cuanto al tipo de colusión desleal (art. 384 CP), el TC afirmó que “las razones subyacentes a la persecución penal de dicho ilícito buscan proteger **las condiciones de transparencia, imparcialidad en la contratación estatal, el trato justo e igualitario a los posibles proveedores** (STC n° 0017-2011-PI/TC)”. El TC se aleja de la consideración doctrinal de dicho delito como uno de corte patrimonial. Asimismo, lo expuesto por el TC resulta discordante con la actual regulación del tipo de colusión desleal (descrita por la Ley 29758), en que se hace la distinción entre tipo básico o agravado en base a la existencia o no de un perjuicio patrimonial efectivo en contra de los intereses del Estado. Lo cuestionable es que la STC materia de comentario se emitió cuando estaba ya vigente la Ley anotada.

5. El TC también se pronunció respecto a la reincidencia como agravante de la penal. En la STC n° 0014-2006-PI-TC² el TC indicó lo siguiente: “Si se consideran los alcances del texto de la norma, se comprende que la reincidencia consiste en una calificación de la conducta delictiva, adicional a la calificación ya prevista por el tipo penal. Esto quiere decir que, ante la presunta realización de un delito, el juzgador evalúa, en un primer momento, si la conducta puede subsumirse en los elementos que conforman el tipo penal; si se produce dicha subsunción, la conducta es calificada con el *nomen iuris* que corresponde al delito (primera calificación). En un segundo momento, el juzgador evalúa nuevamente la conducta para establecer si califica o no como reincidencia, en función a la existencia de antecedentes del imputado por cometer anteriormente el **mismo delito** (segunda calificación). Una vez que se constata la comisión del delito y su carácter reincidente, se produce la atribución de las sanciones: una sanción por la comisión *per se* del delito y la agravación de dicha sanción como consecuencia de haberse identificado el carácter reincidente de la persona”.

El TC se coloca en el lugar del legislador y explica los alcances –no establecidos en la Ley 28726, entonces vigente en el Perú– de la figura de la reincidencia. Señala que una persona es reincidente cuando, luego de realizarse la subsunción típica de la conducta (debería decir: luego de verificarse la responsabilidad penal), se identifica la

² En esta Sentencia, el TC peruano analizó la constitucionalidad de la Ley 28726, del 9 de mayo de 2006, que incorporó al CP a la reincidencia y a la habitualidad como agravantes genéricas y específicas de la pena.



existencia de antecedentes penales por el “**mismo delito**”. Es decir, el TC restringe la aplicación de la agravante a los casos en los que haya identidad “absoluta” de delitos cometidos y no sólo a los casos en que haya sólo identidad de delitos dolosos, como reguló expresamente la Ley cuya constitucionalidad se analizó (identidad relativa de tipo penal).

En la misma STC se afirma que la figura de la reincidencia no afecta el principio de *ne bis in ídem*, culpabilidad y proporcionalidad. Más allá de las discusiones que en la doctrina se tiene al respecto, conviene recordar la última parte de la Exposición de Motivos del Código penal de 1991 (que resume los principales argumentos esgrimidos en doctrina para criticar los fundamentos de la agravación de la reincidencia): *“Estas formas aberrantes de castigar [la reincidencia y habitualidad] sustentan su severidad en el modo de vida de un individuo [...] carece de lógica, humanidad y sentido jurídico, el incremento sustantivo de la pena [...] conlleva una violación del principio ne bis in ídem (nadie puede ser juzgado dos veces por el mismo delito) [...] este rezago de los viejos tiempos del derecho de castigar y que el positivismo peligrosista auspició con el fin de recomendar la aplicación de medidas eliminatorias y de segregación social”*.

6. En cuanto a los efectos de la prescripción de la acción penal, el TC en la STC 1805-2005-HC/TC afirma que “**el tiempo transcurrido borra los efectos de la infracción, existiendo apenas memoria social de la misma**”. De esta forma, el TC considera tácitamente que la naturaleza de la prescripción de la acción penal es sustantiva (elimina la relevancia penal del hecho) y no estrictamente procesal (mera causa de extinción de la potestad persecutoria por parte del Estado).

Esta polémica posición (si se sigue esta postura, no podrá aplicarse retroactivamente plazos de prescripción desfavorables ni se podrá sancionar a los partícipes si al autor se le declara prescrita la acción penal) se condice con lo expuesto en el Acuerdo Plenario 8-2008/CJ-116. En él se menciona que los acontecimientos que ya forman parte del pasado no ponen en peligro el modelo social vigente y, por tanto, **carecen de contenido lesivo** que justifique su sanción” [se cita: RAMÓN RAGUÉS Y VALLÉS, *La prescripción penal. Fundamento y aplicación*. Barcelona, 2004, p. 45].

7. Una de las sentencias destacables es STC n° 4118-2004-HC/TC, en la que se da contenido al tipo penal de asociación para delinquir (art. 317 CP). En ella el TC delinea los requisitos típicos de dicho delito diferenciándola de la participación delictiva: “de acuerdo con lo



establecido por el artículo 317 del Código Penal, la configuración del delito de asociación ilícita requiere, para su configuración, que el agente forme parte de una organización de dos o más personas destinada a cometer delitos, por lo que **el tomar parte de un delito aislado no puede dar lugar a la sanción por dicho delito**. El delito de asociación ilícita requiere, por lo tanto, de una vocación de permanencia. **Dicha vocación de permanencia no se presenta en la participación delictiva**, la cual opera ante la comisión de un delito aislado”.

8. En otros casos, lo resuelto por el TC ha contribuido a dar una nueva conceptualización de algunos bienes jurídicos, como el honor, reconociendo su goce a la persona jurídica: “El honor, como concepto único, **también es aplicable a las personas jurídicas**. Si su capacidad para interactuar en la sociedad se ve mellada, debe originarse la defensa del honor” STC 4072-2009-AA/TC. De esta manera, queda resuelta toda duda respecto a la posibilidad jurídica de que una persona jurídica pueda ser sujeto pasivo del delito de difamación.
9. El TC también se ha pronunciado respecto a los fines de la pena, tomando posición por la teoría unificadora. En la STC n° 0019-2005-PI/TC, se expone que: “Este Colegiado ya ha descartado que se conciba a la retribución absoluta como el fin de la pena. Ello, desde luego, **no significa que se desconozca que toda sanción punitiva lleva consigo un elemento retributivo**. Lo que ocurre es que la pretensión de que ésta agote toda su virtualidad en generar un mal en el penado, convierte a éste en objeto de la política criminal del Estado, negando su condición de persona humana, y, consecuentemente, incurriendo en un acto tan o más execrable que la propia conducta del delincuente./ Sin embargo, **las teorías preventivas, tanto la especial como la general, gozan de protección constitucional directa**, en tanto y en cuanto, según se verá, sus objetivos resultan acordes con el principio-derecho de dignidad, y con la doble dimensión de los derechos fundamentales”.

De esta forma, se ha aceptado que las teorías en su conjunto (prevención especial, prevención general en sus dos vertientes) legitiman la intervención de la pena estatal al interior de la esfera de libertades de la persona humana.

10. Por último, el TC se ha pronunciado en diversas resoluciones sobre los alcances de los beneficios penitenciarios. En especial resulta interesante el tratamiento que se le da a la **peligrosidad de los sujetos imputables**. Así, la concesión de esos beneficios a un determinado interno se encuentra sometida no solo al cumplimiento de los requisitos legales, sino también, y sobre todo, a la consideración de la



neutralización del riesgo de reincidencia: nuestra legislación exige que **“la naturaleza del delito cometido, la personalidad del agente y su conducta dentro del establecimiento penitenciario permitan suponer que no cometerá nuevo delito”** (STC n° 06191-2008-PHC/TC). Corresponde, pues, al Juez penal hacer una evaluación caso por caso y determinar si ese riesgo se ha neutralizado o no, antes de conceder un beneficio. De esta forma **la peligrosidad (probabilidad de comisión de hechos punibles) no solo es una característica propia del Derecho penal orientado a sujetos inimputables, sino también a los imputables que vienen sufriendo la privación de su libertad.**