

Temas penales en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional

ANUARIO DE DERECHO PENAL 2008

DOCTRINA * JURISPRUDENCIA * LEGISLACIÓN * BIBLIOGRAFÍA

José Hurtado Pozo
Director

Percy García Cavero
Coordinador



Universidad de Friburgo
Suiza



FONDO
EDITORIAL

PONTIFICIA UNIVERSIDAD CATÓLICA DEL PERÚ

TEMAS PENALES EN LA JURISPRUDENCIA
DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL
ANUARIO DE DERECHO PENAL 2008

**TEMAS PENALES EN LA JURISPRUDENCIA
DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL
ANUARIO DE DERECHO PENAL 2008**

***DOCTRINA *JURISPRUDENCIA *LEGISLACIÓN *BIBLIOGRAFÍA**

JOSÉ HURTADO POZO
DIRECTOR

PERCY GARCÍA CAVERO
COORDINADOR



**Universidad de Friburgo
Suiza**



**FONDO
EDITORIAL**

PONTIFICIA **UNIVERSIDAD CATÓLICA** DEL PERÚ

Temas penales en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional

De esta edición

© Fondo Editorial de la Pontificia Universidad Católica del Perú, 2009

Av. Universitaria 1801, Lima 32, Perú

Teléfono: (51 1) 626-2650

Fax: (51 1) 626-2913

feditor@pucp.edu.pe

www.pucp.edu.pe/publicaciones

© Universidad de Friburgo, Suiza, 2009

Miséricorde, 1700 Friburg, Suiza

Teléfono: 41 26 300 8071

Fax: 41 26 300 9754

Correo electrónico: jose.hurtado@unifr.ch

Cuidado de la edición, diseño de cubierta y diagramación de interiores:

Fondo Editorial PUCP

Prohibida la reproducción de este libro por cualquier medio, total o parcialmente,
sin permiso expreso de los editores.

Primera edición: diciembre de 2009

Tiraje: 500 ejemplares

Hecho el Depósito Legal en la Biblioteca Nacional del Perú N°

ISBN:

Registro del Proyecto Editorial:

Impreso en Tarea Asociación Gráfica Educativa

Pasaje María Auxiliadora 156, Lima 5, Perú

TEMAS PENALES EN LA JURISPRUDENCIA
DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL
ANUARIO DE DERECHO PENAL 2008

DIRECTOR

José Hurtado Pozo

Asociación Peruana de Derecho Penal

CONSEJO DIRECTIVO

José Hurtado Pozo, Presidente

Florencio Mixán Mass, Vicepresidente

Manuel Cerpa Cerpa (+), Secretario

CONSEJO CONSULTIVO INTERNACIONAL

Nodier Agudelo Betancourt (Medellín)

Ignacio Berdugo Gómez de la Torre (Salamanca)

Juan Bustos Ramírez (Santiago de Chile)

José Luis de la Cuesta Arzamendi (San Sebastián)

José Luis Diez Ripollés (Málaga)

Florencio Mixán Mass (Trujillo)

Francesca Molinari (Génova)

Franz Riklin (Friburgo)

Klaus Tiedemann (Friburgo de Brisgovia)

ÍNDICE

ABREVIATURAS UTILIZADAS	13
PRESENTACIÓN	15
Principio de proporcionalidad y habeas corpus LUIS CASTILLO CÓRDOVA	25
La reforma de la justicia militar en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional y el contenido material del delito de función CÉSAR SAN MARTÍN CASTRO / FIDEL MENDOZA LLAMACPONCCA	59
La prisión preventiva en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional GONZALO DEL RÍO LABARTHE	97
La relación de conexidad en el habeas corpus conexo PERCY GARCÍA CAVERO	123
Prueba prohibida e interpretación de la jurisprudencia del Tribunal Constitucional y del Tribunal Supremo españoles JUAN-LUIS GÓMEZ COLOMER	145
El derecho a ser informado de la imputación JOSÉ LUIS CASTILLO ALVA	189
Autoría y participación en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional. ¿Es necesaria una nueva teoría de la intervención? LUIS GUSTAVO GUILLERMO BRINGAS	223

El reincidente como «enemigo»: aproximación al tema
EDUARDO ALCÓCER POVIS 247

Constitucionalidad del tipo legal del delito de terrorismo
JOSÉ HURTADO POZO 263

ANEXOS

Tribunal Constitucional. Exp. N. 010-2002-AI/TC Lima.
Sentencia del 3 de enero de 2003 279

Tribunal Constitucional. Pleno Jurisdiccional N. 0014-2006-PI/TC,
del 19 de enero de 2007 339

BIBLIOGRAFÍA 367

ESCRIBEN EN ESTE NÚMERO

Eduardo Alcócer Povich

Doctorando en Derecho Penal por la Universidad Pompeu Fabra de Barcelona-España

Luis Gustavo Guillermo Bringas

Profesor de Derecho Penal de la Escuela de Postgrado de la Universidad Nacional de Trujillo.

José Luis Castillo Alva

Profesor de la Academia de la Magistratura

Luis Castillo Córdova

Profesor de Derecho Constitucional de la Universidad de Piura

Gonzalo Del Río Labarthe

Profesor de la Pontificia Universidad Católica del Perú

Percy García Cavero

Profesor de Derecho Penal de la Universidad de Piura

Juan-Luis Gómez Colomer

Catedrático de Derecho Procesal. Universidad Jaume I de Castellón. España

José Hurtado Pozo

Profesor de Derecho penal y procesal penal de la Universidad de Fribourg

César San Martín Castro

Profesor de la Pontificia Universidad Católica del Perú. Vocal de la Corte Suprema de la República.

ABREVIATURAS UTILIZADAS

AJ	Actualidad Jurídica
AP	Actualidad Penal
Art.	Artículo
Arts.	Artículos
CADH	Convención Americana de Derechos Humanos
CEDH	Convención Europea de Derechos Humanos
Cfr.	Compárese
CIDH	Corte Interamericana de Derechos Humanos
CJM	Código de Justicia Militar
CJMP	Código de Justicia Militar Policial
Const.	Constitución
CP	Código Penal
CPC	Código Procesal Constitucional
CPP	Código Procesal Penal
CdePP	Código de Procedimientos Penales
DL	Decreto Ley
DLeg	Decreto Legislativo
Exp.	Expediente
FJ	Fundamento jurídico
Ib., ibid.	en el mismo lugar
Id., Idem	lo mismo
Inc.	Inciso

JC	Revista Jus Constitucional
LOMP	Ley Orgánica del Ministerio Público
LOPJ	Ley Orgánica del Poder Judicial
LECRIM	Ley de Enjuiciamiento Criminal española
NCPP	Nuevo Código Procesal Penal
OCMA	Órgano de Control de la Magistratura
p·	página (s)
RA	Repertorio Aranzadi
RCL	Repertorio Cronológico de Legislación
PIDCP	Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos
RPDJP	Revista Peruana de Doctrina y Jurisprudencia Penales
SCIDH	Sentencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos
STC	Sentencia del Tribunal Constitucional
StPO	Ordenanza Procesal Penal (Alemania)
TEDH	Tribunal Europeo de Derechos Humanos
TC	Tribunal Constitucional.
TS	Tribunal Supremo
Vid.	Véase

PRESENTACIÓN

Las divergencias entre el TC y la CS se multiplican en materia penal, en la medida en que las sentencias de la corte son recurridas cada vez con mayor frecuencia ante el primero, de acuerdo a las posibilidades ofrecidas por nuestro ordenamiento jurídico. Esto seguirá sucediendo y hasta acentuándose, tal como sucede en todas partes, en donde rige el mismo sistema de altas cortes o tribunales formalmente situados en el mismo nivel. Esta situación es denominada Guerra de Cortes. Así, por ejemplo, en España, Alemania e Italia. Las causas de estos conflictos son diversas y se generan aun cuando las competencias de dichos órganos colegiados sean establecidas con el máximo cuidado. La complejidad de los casos que llegan a conocer, debido en particular a los problemas de constitucionalidad que implican, conducen a que las decisiones del TC tengan consecuencias respecto a las soluciones jurisdiccionales establecidas en las sentencias judiciales.

Aun cuando dicho enfrentamiento cause sorpresa y desasosiego en todos los sectores sociales y políticos, solo tiene efectos negativos si no es asumido con espíritu constructivo tanto por los miembros de dichas cortes como por todos los implicados en la administración de justicia y por los encargados de garantizar que las actuaciones de los órganos estatales sean conformes a la Constitución. En caso contrario, debería constituir, mientras se busca una solución definitiva, una ocasión propicia para consolidar el sistema democrático constitucional que supone una interacción leal y transparente de los órganos estatales. La solución pasa por el replanteamiento de la estructura del sistema jurídico y que debería conducir al establecimiento de una sola última instancia que comprendería las funciones a cargo actualmente del TC y de la Corte Suprema. De esta manera, se ganaría en coherencia y se recuperaría o mantendría la confianza que todos deben tener en las instituciones oficiales. Además, se lograría que disminuyan los recursos

ante las Cortes internacionales por la insatisfacción que provocan las decisiones nacionales.

Considerando las importantes repercusiones que las divergencias de ambos tribunales tienen en la interpretación y aplicación de las disposiciones penales tanto sustantivas como procesales, hemos considerado oportuno dedicar el presente libro al estudio de algunos aspectos de esta problemática. En los diversos trabajos que presentamos se apreciarán los esfuerzos realizados para explicar, justificar y criticar los criterios expuestos por el TC en materia penal. Los resultados obtenidos son parciales debido, sobre todo, a que no hemos pretendido abarcar todas las cuestiones y a que no nos ha sido posible contar con todos los juristas, especialistas en derecho constitucional o en derecho penal, que consideramos, inicialmente, podrían apoyarnos en lograr nuestros objetivos. Sin embargo, la seriedad y profundidad con que nuestros colaboradores analizan los temas abordados garantizan que esta publicación alcance sus objetivos primigenios: promover el estudio, el debate, el cuestionamiento de ideas en materia del sistema de control penal con la finalidad de contribuir al fortalecimiento del Estado de derecho y, en particular, del respeto de los derechos humanos.

Por la amplitud con que trata diversos aspectos relacionados con la temática del presente volumen, se justifica presentar en primer lugar la contribución de Castillo Córdova. Por la perspectiva constitucional que adopta y la amplitud de los criterios que expone, constituye la adecuada introducción a las demás contribuciones. Considerando que el TC ha recurrido al principio de proporcionalidad cuando ha tenido que resolver diversas controversias generadas por el ejercicio de la libertad personal, Castillo Córdova inicia su exposición con una breve presentación de las teorías, absoluta y relativa, sobre el contenido esencial de los derechos fundamentales. Luego, analiza el significado del principio de proporcionalidad en el contexto de estas teorías. De esta manera, establece la base indispensable para estudiar la diversa y abundante jurisprudencia constitucional en la que se recurre al principio de proporcionalidad para decidir y fallar una demanda de hábeas corpus en defensa de la libertad individual y derechos conexos. Este análisis le lleva a sostener, por ejemplo, que «la labor del principio de proporcionalidad no es definir una jerarquía concreta (*ad casum*), sino que su finalidad es valorar las posibilidades fácticas y jurídicas para establecer si existe o no una justificación razonable que permita concluir que una concreta pretensión (una concreta medida) forma o no parte del contenido constitucional de un derecho fundamental».

García Caveró se ocupa, justamente, de un aspecto particular relacionado con el habeas corpus. Lo que se justifica por los efectos que tiene sobre el sistema punitivo. Se trata del denominado habeas corpus conexo, medio previsto para la defensa de los derechos constitucionales conexos a la libertad individual, en

especial en relación con el debido proceso y la inviolabilidad del domicilio. De la lectura y estudio de las diversas decisiones del TC, considerando además los análisis teóricos realizados, García Cavero afirma, primero, que el habeas corpus procedería también cuando, aun si no hay una directa vulneración o amenaza de la libertad individual, se afecta un derecho constitucional que está razonablemente vinculado a la libertad individual. De manera que no sería necesario probar la efectiva lesión o la cierta e inminente amenaza de la libertad individual. Sin embargo, luego, sostiene que este avance normativo resulta incompleto en la medida en que el TC, en varias de sus sentencias, exige una efectiva afectación de la libertad individual para afirmar la conexidad en el tipo de habeas corpus estudiado. En su opinión, por un lado, la conexidad solo exige que el ejercicio del derecho constitucional afectado esté relacionado con la libertad individual y, por otro, ella existe cuando la vigencia del derecho constitucional constitutivo del debido proceso garantiza las condiciones para proteger al procesado de una privación o restricción de la libertad individual arbitrarias.

San Martín y Mendoza Llamapponca presentan un oportuno e indispensable análisis de la jurisprudencia del TC relacionada con la reforma de la justicia militar en la jurisprudencia, refiriéndose de manera particular al contenido material del delito de función. En cuanto a la reforma de la justicia militar, su estudio toma en cuenta tanto las sentencias en las que el TC declara su inconstitucionalidad como las decisiones más resaltantes de la CIDH. De manera conveniente, presentan sucintamente el contexto social y legislativo de los esfuerzos realizados para democratizar la administración de justicia respecto a asuntos castrenses. Prestan un interés especial a las garantías procesales y materiales afectadas por la legislación relativa al fuero militar. Finalmente, desarrollan algunos criterios rectores que permitan fundamentar y delimitar el contenido material del delito de función, los mismos que han sido establecidos como precedente vinculante por la Corte Suprema de Justicia, en la perspectiva de la jurisprudencia de la CIDH y del TC. De acuerdo con sus convicciones democráticas, concluyen afirmando que la justicia militar «por constituir una excepción a la competencia recaída en el Poder Judicial para el ejercicio de la función jurisdiccional del Estado y ceñida únicamente al enjuiciamiento de delitos de función, [...] debe respetar de modo absoluto los principios constitucionales de unidad, exclusividad e independencia en la función jurisdiccional».

Alcocer se ocupa de la institución penal de la reincidencia que ha tenido variada suerte en nuestro contexto legislativo. En oposición a una afirmación expresada por el TC, en el sentido de que la reincidencia es una situación fáctica, subraya, desde un inicio, que discrepa de este criterio por considerar que se trata, más bien, de un supuesto normativo de agravación de la responsabilidad penal.

El nuevo delito cometido es valorado negativamente debido a que el agente demuestra o comunica un mayor desprecio al ordenamiento jurídico. Sus atenciones a las decisiones del TC, le conducen a concluir sosteniendo, entre otras afirmaciones, que «la reincidencia y habitualidad, como meras presunciones de peligrosidad (no corroborada con otros elementos), son insuficientes para aplicar al sujeto una ‘nueva sanción’, que supere el marco de la pena establecida previamente a nivel legislativo». Lo que implicaría, sostiene correctamente, tratar de manera indebida al delincuente como «enemigo».

Castillo Alva considera que el derecho a ser informado de la imputación es condición preliminar para el ejercicio de los derechos fundamentales y de las garantías del debido proceso. Lo que se comprende cuando se tiene en cuenta que por imputación no solo entiende la comunicación de si una persona debe o no ser llevada a juicio para que se le imponga una pena, sino que la considera como una obligación de toda autoridad de informar oportunamente al ciudadano sobre cualquier cargo (penal, disciplinario, administrativo) que pese contra él. Sus argumentos e indicaciones sobre los diversos aspectos de ese derecho constituyen criterios que permiten comprender las ventajas del sistema acusatorio dentro de un ordenamiento procesal democrático y, por tanto, las deficiencias del sistema inquisitivo.

Guillermo Bringas se plantea la pregunta: ¿Es necesaria una nueva teoría de la intervención? La respuesta la da analizando esta cuestión en la sentencia N° 1805-2005-HC/TC, Lima, del 29 de abril de 2005. Con este objetivo, primero, expone el estado actual de la teoría de la autoría y de la participación. Segundo, analiza las diversas tesis doctrinales acerca del fundamento de esta última. Una vez establecidos estos criterios, los confronta con los sostenidos en la resolución indicada. El resultado es una crítica al hecho que el TC adoptó la tradicional teoría del dominio del hecho y un pronunciamiento firme para que sea abandonado en favor de un criterio normativo que afirma no existe diferencias cualitativas entre el autor y los partícipes secundarios (instigador, cómplice), pues todos ellos comparten el dominio del hecho y responden, por tanto, por un injusto único. La individualización de la pena que debe imponérseles depende de la relevancia normativa de su aporte al hecho delictivo cometido o tentado. Concluye manifestando su esperanza de que «es necesaria la búsqueda de una nueva teoría de la intervención delictiva y, segundo, que la teoría del injusto único de participación, con límites cualitativos en la teoría de la imputación objetiva, y, cuantitativos, en el inicio de la ejecución del hecho (estadio punible), resulta una alternativa que obligatoriamente debe considerarse en la discusión actual».

La prisión preventiva en la jurisprudencia del TC es el tema de la contribución de Del Río Labarthe, quien prefiere la expresión «prisión preventiva» a la de

«mandato de detención», utilizada por el TC en sus sentencias. La define como el acto procesal dispuesto mediante una resolución jurisdiccional y que produce la privación provisional de la libertad del imputado, con el propósito de asegurar el desarrollo del proceso penal y la eventual ejecución de la pena. Considera que de los fines o funciones que se atribuyan a esta institución procesal depende se respete la presunción de inocencia. Al respecto, señala que solo debe recurrirse a la prisión preventiva con fines estrictamente cautelares; por ejemplo, asegurar el desarrollo del proceso penal y la eventual ejecución de la pena. Objetivos que solo pueden ser alcanzados evitando los riesgos de fuga y de que se obstaculice la averiguación de la verdad. El recurso a dicha medida coercitiva está condicionado por los criterios de necesidad y proporcionalidad, lo que permite calificar su empleo de racional. Por esto, Del Río subraya la importancia de la debida motivación de la decisión por la que se aplica esa medida. Motivación que constituye «la piedra angular del fundamento procesal de la utilización de la prisión preventiva, porque sin ella, es imposible analizar su racionalidad».

El indispensable aporte foráneo sobre la temática del presente volumen es proporcionado por las contribuciones de Gómez Colomer y Ramírez Torrado. El primero estudia la jurisprudencia del Tribunal Constitucional y del Tribunal Supremo españoles respecto a la prueba prohibida, refiriéndose a los criterios de interpretación aplicados. De manera interesante presenta la larga e intensa evolución de las perspectivas en que se ha percibido y analizado los efectos de la prueba prohibida. De esta manera, cubre el periodo que va desde 1984, año en el que el TC conoció de un supuesto que le permitió dictar la primera sentencia española en materia de prueba prohibida, hasta la actualidad. En su opinión, la evolución de la jurisprudencia no es del todo positiva, lo que se evidencia en los vaivenes que ha sufrido. Si bien, inicialmente, se adoptó el criterio expansivo o más garantista de la teoría de la prueba prohibida, a partir de 1998 el TC español ha confirmado la tendencia claramente reduccionista en esta materia. De esta manera, ha negado no solo cualquier posibilidad de expansión a la doctrina de la prueba prohibida, sino también, y lo que es más preocupante, que al menos se conserve lo que se había logrado hasta ahora. Gómez Colomer concluye afirmando con pesimismo que: «Para finalizar, no queda más remedio que concluir que la realidad se impone. Las restricciones actuales en la aplicación de las doctrinas iniciales en materia de prueba prohibida son tan importantes que en el fondo de lo que se está hablando no es de prueba, sino de impunidad, es decir, que no importa tanto que la prueba sea lícita o no, cuanto que se castigue al verdadero culpable».

Ramírez Torrado, en un artículo bastante informativo, presenta los criterios de la Corte Constitucional colombiana respecto a los diversos aspectos del poder sancionador de la administración. Al respecto, dice que dada la ausencia de una

norma que contemple el régimen legal de la acción sancionadora de la administración, la postura de la Corte Constitucional, como interprete supremo de la norma fundamental, se erige como la pieza clave para determinar el alcance de esta facultad. Su artículo tiene la finalidad de estudiar la posición de la Corte Constitucional, desde su creación, sobre este importante aspecto del sistema de control social. En este sentido, se ocupa particularmente del concepto de *ius puniendi* del Estado, de las implicancias del ejercicio de dicho poder, como por ejemplo las diferencias entre el derecho penal y el derecho administrativo sancionador y los postulados que presiden la actividad sancionadora. Al respecto, entre otras conclusiones, destaca aquella en que sostiene que «El *ius puniendi* del Estado es uno solo, pero se manifiesta de manera diversa, tales como el derecho penal y el derecho administrativo».

Hurtado Pozo señala como finalidad de su contribución la de esclarecer algunos aspectos concernientes a la apreciación de la constitucionalidad de la definición del delito de terrorismo en el D. L. N. 25475. Lo hace basándose en el análisis parcial de la sentencia N. 010-2002-AI/TC, en la que el TC determina los límites en los que la legislación terrorista es conforme o contraria a la Constitución. Para esto detalla la nueva versión que el TC establece de la disposición que tipifica el delito de terrorismo, destacando los aciertos respecto a ciertas impugnaciones formuladas por los recurrentes respecto a la constitucionalidad de la legislación terrorista, pero también subrayando los desaciertos en que se incurre. Resulta en particular interesante las sugerencias que hace en cuanto a los alcances de las sentencias del TC y, en especial, al hecho de que se les equipare a las leyes dictadas por el Parlamento. Para lograr este nivel de análisis, el autor presenta, oportunamente, algunos puntos referentes a la interpretación. En este sentido, cabe destacar su afirmación de que «cabe cuestionar los alcances que deben reconocerse a sentencias de esta índole. No porque sean dictadas por el TC tienen que ser apreciadas como portadoras del único, verdadero y definitivo sentido de las disposiciones legales interpretadas. Conforme a la índole misma de todo proceso interpretativo, ningún intérprete puede irrogarse el monopolio de no equivocarse o de establecer normas que no requieren ser interpretadas para ser aplicadas».

La lectura y comprensión de los trabajos hubiera sido facilitada con la incorporación en el presente volumen, como anexos, de las diversas sentencias y otras decisiones analizadas. Sin embargo, hacerlo resultaba desproporcionado en relación con la índole de la publicación. Además, la indicación de las fuentes, particularmente de las direcciones de internet de los sitios oficiales, permite consultar con cierta facilidad dichos documentos. Por todo esto, nos hemos limitado a insertar dos decisiones del TC y para lo cual hemos tenido en cuenta su gran trascendencia.

El presente volumen contiene también una bibliografía general, establecida con ayuda de las referencias bibliográficas indicadas por cada uno de los autores. En las notas de pié de página solo figuran, por tanto, indicaciones sucintas de la obra o artículo de revista consultados, las que reenvían a la bibliografía en donde figuran de manera completa todos los datos respectivos.

No podemos poner término a esta presentación sin expresar, como lo venimos haciendo cada año, primero, nuestro más sincero agradecimiento a los autores de los trabajos que constituyen este volumen. De esta manera, hacen posible que esta publicación periódica continúe saliendo a luz y conserve el nivel académico que posee. Segundo, nuestro reconocimiento a la Université de Fribourg (Suiza), a la Pontificia Universidad Católica del Perú y al Fondo Editorial de esta última. Así, se materializan una vez más las relaciones que mantienen en el marco del convenio que las une. Por último, no podemos dejar sin mencionar la leal colaboración de Joseph du Puit, asistente en la Universidad de Fribourg.

Esperamos que el resultado de nuestra labor sea recibido con interés por los lectores, que sea un incentivo para que se efectúen otros y mejores análisis de los temas tratados y constituya una modesta contribución al desarrollo y consolidación de nuestras instituciones.

José Hurtado Pozo/ Percy García Cavero
Fribourg/Piura, agosto de 2009