

UNIVERSIDAD NACIONAL
“SANTIAGO ANTÚNEZ DE MAYOLO”
FACULTAD DE DERECHO Y CIENCIAS POLÍTICAS
ESCUELA PROFESIONAL DE DERECHO



CONTROL CONSTITUCIONAL DE LA NORMA Y ACTOS
JURÍDICOS EN EL SISTEMA PENAL PERUANO

Tesis para optar el Título Profesional de Abogado

Responsable de la investigación:

Bach. SÁNCHEZ VILLANUEVA, VICTOR EULOGIO

Asesor:

Dr. ROBLES TREJO, LUIS WILFREDO

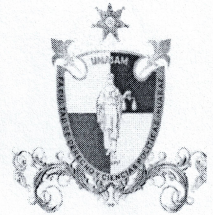
Huaraz – Perú

2021





FACULTAD DE DERECHO Y CIENCIAS POLITICAS
SECCION DE GRADOS Y TITULOS



ACTA DE SUSTENTACION – VIRTUAL

PARA OPTAR EL TITULO DE ABOGADO, TOMO V, FOLIO 145 – FDCCPP

MODALIDAD: TESIS

En la ciudad de Huaraz, siendo las quince horas del día jueves dieciséis de diciembre del dos mil veinte y uno se reunieron en la plataforma virtual del Microsoft Teams el Jurado Calificador, integrado por los siguientes docentes:

Dr. ELMER ROBLES BLACIDO	:	PRESIDENTE
Mag. ARMANDO CORAL RODRIGUEZ	:	SECRETARIO
Dr. LUIS WILFREDO ROBLES TREJO	:	VOCAL

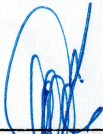
Con el objeto de examinar la Sustentación de Tesis, titulada: “Control Constitucional de la Norma y Actos Jurídicos en el sistema Penal Peruano” del bachiller SANCHEZ VILLANUEVA VICTOR EULOGIO, para OPTAR el Título Profesional de Abogado.

Acto seguido, el bachiller fue llamado por su nombre e invitado a ingresar a la plataforma virtual del Microsoft Teams a efectos de su exposición, luego de lo cual, fue examinado en relación a la Tesis sustentada. Culminado el acto, el Presidente se reúne mediante la plataforma virtual del Microsoft Teams con los Miembros de la Comisión para la deliberación, obteniéndose la siguiente calificación:

PROMEDIO : QUINCE (15).

RESULTADO : Aprobado por unanimidad.

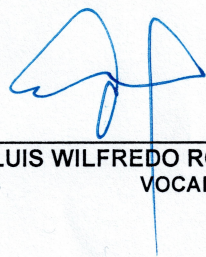
En mérito de lo cual, el **Jurado Calificador** la **Declara: APTO**, para que se le otorgue el Título Profesional de Abogado. Con lo que concluye el Acto, siendo las diecisiete horas del mismo día. Firman por cuadruplicado los Miembros del Jurado en señal de conformidad.



Dr. ELMER ROBLES BLACIDO
PRESIDENTE



Mag. ARMANDO CORAL RODRIGUEZ
SECRETARIO



Dr. LUIS WILFREDO ROBLES TREJO
VOCAL

AGRADECIMIENTOS

Mi más sincero agradecimiento, a la Facultad de Derecho y Ciencias Políticas de la UNASAM, y a mis maestros y maestras por haberme impartido conocimientos y permitido hacer realidad un sueño.



DEDICATORIA

A mi madre por todo el esfuerzo que realizó para darme la mejor educación y ayudarme en esta tarea de ser mejor.



ÍNDICE

	Pág.
RESUMEN.....	ix
ABSTRACT.....	x
INTRODUCCIÓN	1

CAPÍTULO I

EL PROBLEMA Y LA METODOLOGÍA DE LA INVESTIGACIÓN

1.1. Descripción del problema	1
1.2. Formulación del problema.....	3
1.2.1. Problema general	3
1.2.2. Problemas específicos.....	3
1.3. Importancia del problema	4
1.4. Justificación y viabilidad	6
1.4.1. Justificación teórica	6
1.4.2. Justificación práctica	7
1.4.3. Justificación legal	8
1.4.4. Justificación metodológica.....	8

1.4.5. Justificación técnica.....	9
1.4.6. Viabilidad	9
1.5. Formulación de objetivos	10
1.5.1. Objetivo general.....	10
1.5.2. Objetivos específicos	10
1.6. Formulación de hipótesis	10
1.7. Variables	11
1.8. Metodología	12
1.8.1. Tipo y diseño de investigación	12
1.8.2. Plan de recolección de la información	13
1.8.3. Instrumento(s) de recolección de la información	14
1.8.4. Plan de procesamiento y análisis de la información	15
1.8.5. Técnica de análisis de datos y/o información	16
1.8.6. Validación de la hipótesis	16

CAPÍTULO II

MARCO TEÓRICO

2.1. Antecedentes.....	17
------------------------	----



2.2. Bases teóricas	21
2.2.1. Neoconstitucionalismo como paradigma jurídico	21
2.2.2. Control de constitucionalidad	25
2.2.3. Constitucionalismo penal	29
2.2.4. Programa constitucional y contención penal	33
2.2.5. Constitucionalización del derecho penal.....	36
2.3. Definición de términos.....	40

CAPÍTULO III

RESULTADOS Y ANÁLISIS DE LA INFORMACIÓN

3.1. Resultados normativos: El control constitucional jurisdiccional en perspectiva comparada.....	43
3.1.1. El control difuso.....	45
3.1.2. Control abstracto	50
3.2. Resultados jurisprudenciales: El carácter superior de la constitución en el ordenamiento jurídico según la jurisprudencia del Tribunal Constitucional.....	53
3.3. Control constitucional de la ley penal: Jurisdicción constitucional y jurisdicción penal.....	67

3.4. Programa penal de la Constitución de 1993	81
3.4.1. Principios penales constitucionales y disposiciones constitucionales que conforman el Derecho Penal de la Constitución	81
3.4.2. Identificación de los principios constitucionales del Derecho Penal y su ubicación sistemática en la Constitución	81
3.4.3. Los preceptos constitucionales con incidencia en el sistema penal en su conjunto: Disposiciones constitucionales que regulan prohibiciones, mandatos, y regulaciones que inciden en el sistema penal.....	82
3.4.4. Los preceptos constitucionales con incidencia en el sistema penal en su conjunto: Disposiciones constitucionales que regulan prohibiciones, mandatos, y regulaciones que inciden en el sistema penal	84
3.4.5. Los preceptos constitucionales con incidencia en el sistema penal en su conjunto: Disposiciones constitucionales que regulan prohibiciones, mandatos, y regulaciones que inciden en el sistema penal	84
3.4.6. Disposiciones constitucionales que recogen los derechos fundamentales y que, por lo tanto, constituyen el fundamento y límite de la punición estatal.....	85
3.4.7. Las garantías procesales, que a la vez constituyen derechos fundamentales derivados del debido proceso	85
3.4.8. Las garantías procesales derivados del debido proceso creados por el TC.....	86

3.4.9. Disposiciones constitucionales que recogen aquellos preceptos que de modo expreso regulan conceptos del sistema penal	86
3.5. El principio de legalidad como límite del ius puniendi en materia penal.....	87

CAPITULO IV

DISCUSION DE LA INVESTIGACIÓN

4.1. El ejercicio de control de constitucionalidad por los jueces peruanos....	91
4.2. Alcances del contenido constitucional de la Constitución de 1993	96
4.3. Los alcances de los principios constitucionales.....	99
V. CONCLUSIONES	103
VI. RECOMENDACIONES	105
VII. REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS	107

RESUMEN

El propósito de la presente tesis fue determinar el impacto e importancia del control constitucional de las normas y actos jurídicos en el sistema penal peruano; para lo cual se realizó a cabo una investigación dogmática, no experimental, transversal, descriptiva, donde la unidad de análisis estuvo constituida por las fuentes formales del derecho: doctrina, jurisprudencia y normatividad; empleándose la técnica del fichaje y el análisis de contenido, y como instrumentos de recolección datos las fichas y ficha de análisis documental respectivamente. Y la técnica de análisis cualitativo y la argumentación jurídica se empleó para la discusión. Se obtuvo como resultado de la existencia de una relación directa entre constitución y derecho penal, convirtiendo al primero en fuente y legitimación del segundo; y que el principio constitucional de que no existe zonas exentas de control constitucional constituye el parámetro de validez constitucional de los actos y normas del sistema penal peruano. Concluyendo que el proceso de constitucionalización del derecho penal exige el ejercicio racional del *ius puniendi* y que la garantía jurisdiccional forma parte integrante del contenido esencial de los derechos fundamentales, donde la garantía judicial es necesaria para asegurar la efectividad de los derechos; por ello existe el propósito de elevar la racionalidad de las decisiones relativas al control de las decisiones político criminales del legislador y en una herramienta argumentativa para los jueces en el sistema penal peruano.

Palabras claves: Constitución, Principios constitucionales, Control constitucional, Normas y actos jurídicos, Sistema penal.

ABSTRACT

The purpose of the present thesis was to determine the impact and importance of the constitutional control of the norms and legal acts in the Peruvian penal system; for which a dogmatic, non-experimental, transversal, descriptive investigation was carried out, where the unit of analysis was constituted by the formal sources of law: doctrine, jurisprudence and regulations; using the technique of filing and content analysis, and as data collection instruments the records and document analysis record respectively. And the technique of qualitative analysis and legal argumentation was used for the discussion. It was obtained as a result of the existence of a direct relationship between the constitution and criminal law, making the former the source and legitimation of the latter; and that the constitutional principle that there are no zones exempt from constitutional control constitutes the parameter of constitutional validity of the acts and norms of the Peruvian penal system. Concluding that the process of constitutionalization of criminal law requires the rational exercise of *ius puniendi* and that the jurisdictional guarantee is an integral part of the essential content of fundamental rights, where the judicial guarantee is necessary to ensure the effectiveness of the rights; For this reason, there is the purpose of raising the rationality of decisions related to the control of the legislator's criminal political decisions and in an argumentative tool for judges in the Peruvian criminal system.

Keywords: Constitution, Constitutional principles, Constitutional control, Norms and legal acts, Penal system.

INTRODUCCIÓN

Una de las principales características que acompaña el fenómeno de constitucionalización de los ordenamientos jurídicos es la puesta en marcha de mecanismos de control de constitucionalidad de las leyes. Aunque no existe una relación necesaria entre garantía de la supremacía constitucional y el establecimiento del control judicial de constitucionalidad de las leyes, lo cierto es que en la mayoría de los sistemas jurídicos constitucionalizados se ha optado por confiar dicha tarea a órganos de naturaleza jurisdiccional, carentes de legitimidad democrática directa, lo que ha dado lugar a la bien conocida objeción “contramayoritaria” que suele formularse en contra de la justicia constitucional.

De ahí que el principal desafío que deben enfrentar los órganos encargados del control judicial de la constitucionalidad de las leyes sea el compensar este déficit de legitimidad democrática de origen con una adecuada fundamentación de sus decisiones y con el diseño de procedimientos que amplíen las posibilidades de participación de los ciudadanos en el debate público en torno a la constitucionalidad de las leyes.

La solvencia argumentativa se convierte, entonces, en uno de los principales elementos de los que depende la “legitimidad de ejercicio” que deben ganar los Tribunales Constitucionales para cumplir su función de servir como alter ego institucional de las decisiones del legislador.

En ese sentido, la legislación penal necesariamente debe garantizar los derechos y libertades para todos los individuos, que establece la Constitución, y que

constituyen un límite al ejercicio del poder punitivo del Estado. Así, en el marco constitucional que regula el sistema penal encontramos: El sistema de protección constitucional de los derechos humanos, los principios relativos al aspecto sustantivo del enjuiciamiento criminal, los derechos y garantías procesales que permiten legitimar la intervención del Estado en la esfera personal de los involucrados en el proceso.

A través de la historia los máximos exponentes del derecho penal como, Cesar Beccaria, Francesco Carrara, Zaffaroni, Ferrajoli y otros, han buscado el porqué de la razón que justifica la existencia del derecho de castigar, que tiene el Estado, lo cual ha traducido las siguientes preguntas como: ¿En virtud de qué lo ejerce? ¿En dónde están esos fundamentos? Estas preguntas han sido planteadas y replanteadas y han sido contestada de acuerdo a las Escuelas penales.

Por ello, los principios que deben regir el derecho penal deben estar en unas normas rectoras, que sean reconocidas como principios rectores de nuestra legislación penal, por su fundamental sentido del derecho penal, el cual debe este guiado por normas rectoras y donde se encuentra preceptos orientados en la legalidad, tipicidad, antijuridicidad y culpabilidad, que poseen el doble carácter de principios del derecho penal peruano y elementos del concepto general e institucional de delito.

Finalmente, respecto a la estructura del trabajo de investigación, se debe indicar que este ha sido estructurado en cuatro capítulos: el **Capítulo I**, está referido al Problema y la metodología de la investigación, en la cual siguiendo el diseño de la investigación científica se elaboró el planteamiento del problema, la formulación

del problema, los objetivos, hipótesis y la metodología empleada. En el **Capítulo II**, referido al marco Teórico donde se han planteados los antecedentes de investigación, las bases teóricas y definición de términos de la Investigación, los cual en base a la técnica del fichaje se elaboraron su sustento teórico-doctrinario. El **Capítulo III**, está referido a los resultados de la investigación, en la cual se procedió al recojo de información en base a las variables de investigación, los mismos que fueron luego analizados en base a la técnica del análisis cualitativo. El **Capítulo IV**, referido a la discusión y análisis de la información, en la cual en base a la técnica de análisis cualitativo y la argumentación jurídica se justifica la hipótesis planteada en base a los resultados obtenidos plantean los fundamentos que justifican la validez de la misma, de forma coherente y argumentativa.

El titulado.

CAPÍTULO I

EL PROBLEMA Y LA METODOLOGÍA DE LA INVESTIGACIÓN

1.1. Descripción del problema

Dado el alto grado de indeterminación que caracteriza al lenguaje constitucional, particularmente en lo que a sus contenidos sustantivos se refiere, la tarea del Tribunal Constitucional trae consigo un amplio margen de discrecionalidad que es preciso justificar.

En ese orden de ideas, la búsqueda de herramientas argumentativas que logren hacer que las decisiones del Tribunal Constitucional resulten comprensibles y aceptables para los ciudadanos se convierte en tarea prioritaria para una teoría constitucional que, desde una perspectiva constructiva, pretenda aportar elementos para mejorar la práctica del control de constitucionalidad de las leyes.

Una de estas herramientas argumentativas, que ha gozado de especial predicamento entre la teoría y la práctica constitucional en las dos últimas décadas, es el llamado principio de proporcionalidad, en virtud del cual una medida que afecta un derecho fundamental (o algún otro contenido constitucional susceptible de operar como principio) sólo es válida a condición de que sea idónea para contribuir al logro de un fin legítimo (constitucionalmente justificado); necesaria, en tanto no existan alternativas que permitan lograr el mismo fin con un menor sacrificio para los principios constitucionales afectados por la medida enjuiciada; finalmente, que ésta sea proporcional en sentido estricto, lo que ocurrirá cuando los beneficios que la medida reporta, en términos de contribución al logro de un fin

constitucionalmente justificado, compensen los sacrificios que aquella representa para los derechos fundamentales u otros principios constitucionales afectados con la medida enjuiciada.

Existe un número significativo de trabajos que exploran la función del Tribunal Constitucional en su función de control de la constitucionalidad, ofrecen desarrollos minuciosos de su jurisprudencia o destacan las falencias de racionalidad que aquejan a dicha estructura argumentativa. Otros exploran sus posibilidades y límites como instrumento de control de las intervenciones en derechos fundamentales que tienen lugar en diversos sectores del ordenamiento jurídico, entre ellos el derecho penal.

En este ámbito, se ha reflexionado sobre los contenidos específicos y de los límites de racionalidad que aquejan al principio de proporcionalidad cuando se proyecta en el control de constitucionalidad de las leyes que definen los delitos y las penas.

El propósito de la presente investigación es evaluar el impacto del control constitucional de la norma y actos jurídicos penales y la forma en que ha sido utilizado, con el fin de indagar en qué medida tal herramienta ha contribuido al propósito de elevar la racionalidad de las decisiones relativas al control de las decisiones político criminales del legislador.

Para ello se pretende examinar las diferencias que median entre ambos sistemas de justicia constitucional para, sobre esta base, indagar si en qué medida y en qué ocasiones los tribunales constitucionales han formulado las preguntas e incorporado las exigencias que reclama la aplicación de aquella herramienta

argumentativa en el control constitucional de las leyes penales sustantivas y adjetivas.

1.2. Formulación del problema

1.2.1. Problema general

¿Cuál es el impacto e importancia del control constitucional de las normas y actos jurídicos en el sistema penal peruano?

1.2.2. Problemas específicos

- a) ¿Cuál es la legitimación constitucional del control constitucional en la intervención penal del legislador y del juez?
- b) ¿Qué mecanismo jurídico existe para realizar el control constitucional de las normas y actos jurídicos en el sistema penal peruano?
- c) ¿En qué medida tal herramienta del control de constitucionalidad ha contribuido al propósito de elevar la racionalidad de las decisiones relativas al control de las decisiones político criminales del legislador?
- d) ¿Qué exigencias plantea la aplicación de aquella herramienta argumentativa en el control constitucional de las leyes y actos jurídicos penales en el sistema penal peruano?

1.3. Importancia del problema

Uno de los problemas más álgidos -y una fuente de tensiones- entre la jurisdicción constitucional y la jurisdicción ordinaria, en aquellos países en que la primera está encargada a un órgano jurisdiccional propio, sui géneris y diferenciado del Poder Judicial, es, sin duda alguna, el referido al papel de la jurisprudencia, a su posición en el ordenamiento jurídico y a las relaciones entre jurisdicción constitucional y jurisdicción ordinaria, basadas –en este supuesto– en el principio de separación orgánica entre ambas jurisdicciones.

A su vez, el hecho de que en la mayoría de nuestros países no solo asuma el control concentrado de la constitucionalidad de las leyes y la solución de los conflictos de competencia entre los órganos constitucionales -que, a juicio de Haro (2004), es su atribución central y generalmente se expresa en un control abstracto y contencioso objetivo (p. 61).

Sino que también, asuma la defensa de los derechos fundamentales y libertades públicas contra las agresiones que pueden provenir de cualquier poder público, incluido el poder judicial (que es lo que, con Capeletti, se denomina “jurisdicción constitucional de la libertad” (Ortecho, 1994, p. 48)), ocasiona fuertes tensiones con el poder judicial en general y con la Corte Suprema en particular, pues a menudo sus propias decisiones son objeto de control por dicho Alto Tribunal.

A esto último se refería Tomás y Valiente (1989) cuando expresó:

La articulación entre la jurisdicción ordinaria y la constitucional no es fácil, ni podía nadie pensar que está establecida con nitidez [aunque] los numerosos

y en ocasiones difíciles problemas que plantea han de ser resueltos partiendo siempre del principio de supremacía formal y funcional del Tribunal Constitucional, que se deriva, tanto de la supremacía normativa de la Constitución como del carácter de intérprete supremo de aquélla atribuido al Tribunal. (p. 27)

Las decisiones políticas criminales deben ser precedidas de la información sobre la información social sobre la realidad social y en la autoconsciente decisión tomada en base a esa información. Junto con la necesidad de acudir a estudios empíricos, otro criterio de racionalización del proceso de legitimación de las normas penales radica en la necesidad de que se aproxima la empírica aborde de la manera más completa y la completa la realidad social.

Tres son los ámbitos sociales que deberían ser adecuados proceso de legitimación de una ley penal: el impacto social de la criminalidad, los efectos deseados o no de la criminalización y el grado de socialización del conflicto social. Ahora bien, debido a diversos factores, tanto estructurales como contingentes, la legitimación social de las leyes penales ve a lugar a la hora de acceder a la realidad social. Esta situación hace que la legitimidad social de las leyes penales no se pueda ser antes de cierta intuición, que deficiencia que deber ser mitigada por la legitimidad y discursiva.

1.4. Justificación y viabilidad

1.4.1. Justificación teórica

La teoría jurídica que se empleó fue el del Neoconstitucionalismo (Pozzolo, 2011) para quien la “doctrina Neoconstitucionalista, en definitiva, es una política constitucional, que indica no como el Derecho es, sino como el Derecho debe ser (...) Es, por tanto, de aquella capacidad de la Constitución para ofrecer respuestas a los dilemas del presente (...)” (p. 27). Es por ello, que el neoconstitucionalismo ha incidido en todas las ramas del derecho y ha afectado al sistema jurídico a través de la irradiación de la Constitución en todo el ordenamiento. Estamos en el marco del Estado constitucional, al que se ha llegado en virtud al cambio de paradigmas desde el Estado legalista al Estado constitucional.

Mientras que, en el Estado Constitucional “el poder se somete a la Constitución, porque reconoce en esta una forma, fórmula, instrumento y más acepciones que se encuentra fuera de las decisiones de poder” (Ballenas, 2016, p. 14). Y la Constitución es entendida como:

(...) no sólo es la norma jurídica suprema formal y estática, sino también material y dinámica, por eso es la norma básica en la que se fundamentan las distintas ramas del derecho y la norma de unidad a la cual se integran. Es así que por su origen y su contenido se diferencia de cualquier otra fuente del derecho. Y una de las maneras como se traduce tal diferencia es ubicándose en el vértice del ordenamiento jurídico. Desde allí, la Constitución exige no sólo que no se cree

legislación contraria a sus disposiciones, sino que la aplicación de tal legislación se realice en armonía con ella misma (interpretación conforme a la Constitución) (STC Exp. N.º 0020-2005-PI y N.º 0021-2005-PI).

En consecuencia, el neoconstitucionalismo implica un fuerte contenido normativo y garantía jurisdiccional; esto es, no viene a ser otra cosa que la constitucionalización del sistema jurídico.

1.4.2. Justificación práctica

La finalidad práctica de la presente investigación fue evitar la arbitrariedad por parte del juez y del legislador, lo que se busca es que sus decisiones y actos sean compatibles con el sistema de garantías constitucionales y que su actuar se desenvuelva en dicho marco jurídico.

El concepto jurídico de arbitrariedad va más allá del coloquial, definido por el Diccionario de la Real Academia de la Lengua como acto o proceder contrario a la justicia (véase principio de justicia), la razón o las leyes, dictado sólo por la voluntad o el capricho. Esa actuación caprichosa o no fundada objetivamente que se aparta de lo marcado por el Derecho -entendido éste en sentido amplio-, es lo que nuestro texto constitucional prohíbe en su artículo 45 y lo eleva a la categoría de principio.

Efectivamente, nuestro texto constitucional recoge el principio de interdicción de la arbitrariedad de los poderes públicos como un mecanismo más al servicio del control de la actuación de los poderes públicos,

singularmente de la Administración pública, poder que por imperativo constitucional debe actuar siempre sometida plenamente a la Ley y al Derecho. La posibilidad de efectuar esta comprobación respecto de cada actuación, singular o normativa, es lo que aporta una dimensión novedosa al principio al ser plasmado en el texto constitucional, que conlleva a que, si se afirma que nuestro Estado es un Estado de Derecho, el Derecho y no el capricho del gobernante (el cual opera en cuanto tal como agente del derecho) debe dominar la totalidad de sus decisiones.

1.4.3. Justificación legal

Normativamente la presente tesis se ha sustentado en los siguientes cuerpos legales:

- Constitución Política del Perú.
- Ley Universitaria N.º 30220.
- Estatuto de la UNASAM.
- Reglamento de General de Investigación de la UNASAM.
- Reglamento de Grados y título de la FDCCPP- UNASAM

1.4.4. Justificación metodológica

El enfoque metodológico que se empleó en la investigación fue el del Enfoque Cualitativo, toda vez que se recogieron datos sin medición numérica,

sino de valoraciones y apreciaciones jurídicas cuyo propósito es la descripción de los objetos que estudia, la interpretación y la comprensión.

1.4.5. Justificación técnica

Se contó con el soporte técnico necesario, habiendo previsto una computadora personal, impresora, scanner, y el software respectivo Office 2020.

1.4.6. Viabilidad

- a. **Bibliográfica:** Se contó con acceso a fuentes de información tanto bibliográficas, hemerográficas y virtuales, los que permitirán recoger información para el marco teórico y para la validación de la hipótesis.
- b. **Económica:** Se contó con los recursos económicos para afrontar los gastos de la investigación, los mismos fueron asumidos por el responsable de la investigación.
- c. **Temporal:** El periodo de investigación donde se desarrolló la ejecución, así como la elaboración del informe final de la tesis fue durante el año 2020.

1.5. Formulación de objetivos

1.5.1. Objetivo general

Determinar el impacto e importancia del control constitucional de las normas y actos jurídicos en el sistema penal peruano.

1.5.2. Objetivos específicos

- a. Explicar la legitimación constitucional del control constitucional en la intervención penal del legislador y del juez.
- b. Evaluar el mecanismo jurídico existente para realizar el control constitucional de las normas y actos jurídicos en el sistema penal peruano.
- c. Analizar si la herramienta del control de constitucionalidad ha contribuido al propósito de elevar la racionalidad de las decisiones relativas al control de las decisiones político criminales del legislador.
- d. Explicar las exigencias plantea la aplicación de aquella herramienta argumentativa en el control constitucional de las leyes y actos jurídicos penales en el sistema penal peruano.

1.6. Formulación de hipótesis

El proceso de constitucionalización del derecho penal exige el ejercicio racional del poder, en ese sentido el control constitucional de las normas y actos

jurídicos penales tienen un impacto significativo y directo en el propósito de elevar la racionalidad de las decisiones relativas al control de las decisiones político criminales del legislador y en una herramienta argumentativa para los jueces en el sistema penal peruano.

1.7. Variables

1.7.1. V. Independiente: Control de constitucionalidad

Indicadores:

- Neoconstitucionalismo
- Carácter invasivo de la constitución
- Principios constitucionales
- Derechos fundamentales
- Tipos de control
- Efectos del control constitucional
- Garantías constitucionales
- Procesos constitucionales

1.7.2. V. Dependiente: Normas y actos jurídicos penales

Indicadores:

- Presupuestos de constitucionalidad

- Control constitucional
- Racionalidad jurídica
- Normas penales
- Resoluciones judiciales
- Mecanismos de control constitucional
- Efectos del control de constitucionalidad

1.8. Metodología

1.8.1. Tipo y diseño de investigación

a. Tipo de investigación: Correspondió a una investigación jurídica dogmática: teórica y normativa, cuya finalidad fue ampliar y profundizar los conocimientos sobre el impacto e importancia del control constitucional de las normas y actos jurídicos en el sistema penal peruano. En este tipo de investigación se evalúa las estructuras del derecho, visualizó el problema jurídico sólo a la luz de las fuentes formales, desarrollándose una investigación teórica.

b. Tipo de diseño: Correspondió a la denominada **No Experimental**, debido a que careció de manipulación la variable independiente, además no poseerá grupo de control, ni tampoco experimental; su finalidad fue describir el hecho jurídico identificado en el problema después de su ocurrencia, es decir sobre el impacto e importancia del

control constitucional de las normas y actos jurídicos en el sistema penal peruano.

c. Diseño General: el diseño fue **transversal**. Este diseño recolecto datos en un solo momento, en un tiempo único del hecho jurídico objeto de estudio, 2020. Su propósito fue describir variables de estudio; analizar el estado de cuestión de la misma en un momento dado, con la finalidad de recoger datos sobre el impacto e importancia del control constitucional de las normas y actos jurídicos en el sistema penal peruano.

d. Diseño específico: Se empleó el diseño descriptivo, cuyos datos fueron utilizados con finalidad puramente descriptiva, no enfocados a una presunta relación causa-efecto. El propósito fue describir situaciones problemáticas, es decir cómo es y manifiesta determinado fenómeno. Este estudio descriptivo buscó especificar las características, aspectos, dimensiones o componentes sobre el impacto e importancia del control constitucional de las normas y actos jurídicos en el sistema penal peruano.

1.8.2. Plan de recolección de la información

1.8.2.1. Población

- a. Universo Espacial:** Ámbito nacional, de alcances general.
- b. Universo Social:** La población materia de estudio se circunscribió al aporte de los juristas a nivel dogmático y los magistrados a nivel

jurisprudencial.

- c. **Universo temporal:** Correspondió al periodo del 2020, espacio temporal donde se ejecutó la investigación.

1.8.2.2. Muestra

- a. **Tipo:** No Probabilística
- b. **Técnica muestral:** Intencional.
- c. **Marco muestral:** Doctrina, jurisprudencia y norma.
- d. **Unidad de análisis:** Documental.

1.8.3. Instrumento(s) de recolección de la información

- a. **Fichaje.** Ello referido a las fuentes o textos bibliográficos y hemerográficos para recopilar información sobre la doctrina sobre el problema de investigación, empleándose la Fichas textuales, Resumen y comentario.
- b. **Ficha de análisis de contenido.** Para el análisis de la jurisprudencia y determinar sus fundamentos y posiciones dogmáticas, se empelaron la ficha de análisis.
- c. **Electrónicos.** La información que se recabó de las distintas páginas web, que se ofertan en el ciberespacio, sobre nuestro problema de investigación, empelándose las fichas de registro de información.

d. Fichas de Información Jurídica. Es un criterio de recolectar la información, a fin de almacenarla y procesarla adecuadamente, de forma coherente y sistemática, para lo cual se empleó un programa informático como soporte técnico.

1.8.4. Plan de procesamiento y análisis de la información

El plan de recojo de la información por la naturaleza de la investigación que es teórica; comprendió en primer lugar la selección de las fuentes de información y los instrumentos de recolección de datos, en ese sentido se emplearon las siguientes:

Para las fuentes bibliográficas, hemerográficas y virtuales se realizó a través de las fichas bibliografías, literales, resumen y comentario. Para la jurisprudencia se empleó la ficha de análisis de contenido, los que nos permitirán recoger datos para la construcción del marco teórico y la discusión, y de esa forma validar la hipótesis planteada.

Para el estudio de la normatividad se realizó a través de los métodos exegético y hermenéutico, para tener una visión sistemática nuestro problema de estudio.

Para la sistematización de la información de la investigación se empleó la técnica de la argumentación jurídica, a fin de justificar las proposiciones y enunciados jurídicos de forma clara, coherente y racional.

1.8.5. Técnica de análisis de datos y/o información

Se empleó la técnica del análisis cualitativo, toda vez que en la investigación jurídica dogmática no admiten las valoraciones cuantitativas. Este enfoque recoge recopila, analiza y comprende información explicativa, causal, argumentativa. Es uno de los enfoques más usados en las ciencias sociales y del Derecho, por su capacidad argumentativa y de comprensión del hecho del impacto e importancia del control constitucional de las normas y actos jurídicos en el sistema penal peruano.

1.8.6. Validación de la hipótesis

Por la naturaleza de la investigación desarrollada, se empleó el método de la argumentación jurídica (Alexy, 2007). Partiendo que “los argumentos son las razones aducidas en la justificación de la interpretación de un texto jurídico (doctrinal o normativo)” (Huerta, 2017, p. 386). En ese sentido, la función de la argumentación en el discurso jurídico es relevante tanto en la investigación como en la toma de decisiones, por su carácter de fundamentación del significado atribuido a los enunciados normativos y las consecuencias jurídicas que de ello pueden derivarse.

CAPÍTULO II

MARCO TEÓRICO

2.1. Antecedentes

Revisado las tesis sustentadas en la FDCCPP de la UNASAM, así como de otras universidades de nuestra localidad no se ha podido encontrar trabajos de investigación relacionados con la presente investigación, pero si se han encontrado trabajos relacionados a nivel nacional e internacional:

Vélez-Rodríguez, Luis Andrés (2014). “El control constitucional de leyes penales en el marco de un modelo racional de legislación penal”. Tesis Doctoral. Universidad de Málaga – España, este trabajo de investigación se dirige al estudio de los problemas que plantea para el sistema democrático la existencia de una jurisdicción constitucional encargada de evaluar la compatibilidad de las decisiones del legislador en materia de política criminal con la carta fundamental. Aunque la actividad de los tribunales constitucionales encargados de controlar las leyes aprobadas por los parlamentos se ha asentado en el contexto jurídico de un gran número de países de Europa y de América Latina, las cuestiones relativas al alcance y límites de su función siguen siendo uno de los aspectos más debatidos por la doctrina jurídica constitucional. De esto da cuenta la inmensa producción bibliográfica que, desde diversos puntos de vista, se ha ocupado de analizar los problemas de legitimidad del control de constitucionalidad de las leyes a cargo de la jurisdicción. Por otra parte, en época reciente algún sector de la doctrina jurídico-penal ha venido llamando la atención acerca de cómo la creciente alarma social frente a diferentes manifestaciones de criminalidad dentro de la sociedad, sean

reales o aparentes, activa casi de manera instantánea el movimiento de grupos de presión interesados en que se efectúen reformas legislativas para atender a esta disfunción social. Estas reformas, no obstante, no siempre resultan adecuadas a la realidad social sobre la cual pretenden incidir, sea porque la reacción adoptada no es idónea, sea porque se realizó bajo un entendimiento erróneo de la problemática, lo que termina dando lugar a una política criminal irracional.

Ortiz Deza, Gissella Margoth (2019). “El abuso de la autonomía del Ministerio Público y la garantía del debido proceso a través del control constitucional”. Universidad Pedro Ruiz Gallo. Lambayeque. Motiva la presente investigación, el hecho de haber vivido de cerca la arbitrariedad que cometen los Fiscales, quienes, escudándose en su autonomía, con disposiciones arbitrarias lo cual podría caer en el supuesto de abuso de derecho al vulnerar el debido proceso produciendo impunidad, teniendo como resultado lógico un efecto social como es la desconfianza en el sistema de justicia penal, que al parecer tendría una orientación en defensa del imputado. Para verificar la posible vulneración del debido proceso que sirve de eje al derecho procesal penal, se estudian los actos en la investigación preliminar; tomando como referencia la autonomía del Ministerio Público y sus límites sometidos al control difuso que ejercen los jueces del Poder Judicial y el control concentrado del Tribunal Constitucional. Sobre el particular, en nuestra Constitución Política no existe una regulación expresa que se refiera en concreto a si las disposiciones fiscales pueden ser objeto de control constitucional; pero el Ministerio Público es un órgano constitucional constituido; por ende, no puede ejercer sus funciones al margen de los principios y valores constitucionales y sin respeto a los derechos fundamentales; en tal sentido, el control constitucional

de los actos del Ministerio Público tiene su sustento en el debido proceso, lo que significa que el Tribunal Constitucional tiene la potestad jurisdiccional de establecer criterios de razonabilidad y proporcionalidad que guíen la acción del control difuso para garantizar el respeto de los derechos fundamentales de las partes en la investigación y persecución del delito a cargo de los representantes del Ministerio Público.

Liliana del Carmen Placencia Rubiños (2012). “El hábeas corpus contra actos de investigación preliminar”. Tesis para optar el grado de Magíster en Derecho Penal. Pontificia Universidad Católica del Perú, Lima. Donde una de sus conclusiones refiere que: La ausencia del control judicial sobre parte importante de la actividad de la investigación preliminar convoca la necesidad de un control de naturaleza constitucional. Nuestro Tribunal Constitucional, como es común en otros campos, carece de una línea jurisprudencial coherente, sostenida y consistente, sobre la procedencia del hábeas corpus contra actos de la investigación preliminar, toda vez que ha asumido respuestas contradictorias ante el mismo supuesto fáctico-jurídico, configurándose dos posturas respecto a la procedencia del hábeas corpus contra los actos investigación preliminar. Por una parte, la postura a favor, que fundamenta la procedencia en la dignidad de la persona, sin exclusiones, y en la inexistencia de áreas o personas exentas del control jurisdiccional. Por su parte, la postura en contrario, que es la tendencia predominante en este escenario, y se sustenta en la función requirente del Ministerio Público, carente de la facultad decisoria propia de la judicatura, de manera tal que el tratamiento otorgado a la materia, no contribuye a la coherencia y consistencia de la jurisprudencia constitucional.

Paredes Mejía Miguel Ángel (2016). Obligatoriedad del control de convencionalidad Difuso como parámetro del control jurídico de la investigación preparatoria en el proceso penal peruano”. Tesis para optar el título profesional de Abogado. Universidad Nacional “Santiago Antúnez de Mayolo”. Huaraz. El objetivo de la investigación fue analizar y justificar la obligatoriedad jurídica y operatividad funcional del control de convencionalidad difuso como parámetro del control judicial de la investigación preparatoria en el proceso penal peruano; para lo cual se realizó un estudio cualitativo, transversal, explicativo, cuyo diseño fue no experimental, desarrollado en el ámbito de la jurisdicción nacional, careciendo el problema de delimitación temporal y espacial por el tipo de investigación realizada. La unidad de análisis estuvo constituida por la crítica de la doctrina, jurisprudencia y normatividad. Se utilizaron como técnicas el fichaje y el análisis de contenido, utilizando como instrumentos de recolección datos las fichas y ficha de análisis de contenido respectivamente. Entre los métodos empleados tenemos al exegético, hermenéutico, argumentación jurídica. La investigación ha demostrado que: El control de convencionalidad se debe considerar como una obligación internacional a la cual está llamado el Estado peruano, en virtud de la ratificación respectiva de la Convención Interamericana de Derechos Humanos; y que el TC ha reconocido aceptando el control de convencionalidad y la incidencia de la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos en la consideración y resolución de casos sometidos a la Corte de Constitucionalidad. Así se establece el deber *ex officio* por parte de los tribunales ordinarios de la primera realización del control de convencionalidad entre normas de derecho interno y las de un instrumento

normativo internacional, dentro de sus respectivas competencias y de acuerdo con las regulaciones procesales correspondientes.

2.2. Bases teóricas

2.2.1. Neoconstitucionalismo como paradigma jurídico

2.2.1.1. *Concepto y fundamentos*

Carbonell (2007) refiere que el neoconstitucionalismo alude a una nueva visión del Estado de derecho que parte del constitucionalismo, “cuya característica primordial es la primacía de la constitución sobre las demás normas jurídicas y que vienen hacer la distinción entre reglas como normas legalistas y principios como normas constitucionales” (p. 12).

De acuerdo a Carbonell (2007) considera que:

Lo que hoy denominamos neoconstitucionalismo se encuentra asociado primeramente al surgimiento de un conjunto de textos que surgen luego de la segunda guerra mundial, y especialmente en los años setenta del siglo XX, que contienen un conjunto de normas que ya no se limitan a determinar la estructura del Estado y las competencias de los poderes, sino a establecer pautas de carácter sustantivos que instituyen fines y valores (derechos fundamentales) que condicionan y, en ocasiones, limitan el ejercicio del poder al interior del Estado; además de lo anterior, y como consecuencia de la positivización de los derechos fundamentales y su efecto irradiador sobre el resto del ordenamiento jurídico, el neoconstitucionalismo se liga usualmente a la modificación que se ha operado en los parámetros interpretativos y la

forma como justifica las decisiones judiciales los tribunales y cortes constitucionales, en la que ahora entrar a jugar un papel fundamental la ponderación de valores y principios; finalmente, el neoconstitucionalismo se relaciona con un conjunto de “desarrollos teóricos novedosos” que reflexionan sobre los dos fenómenos anteriores no sólo para describirlo (análisis) sino también para contribuir a su desarrollo (crearlo) y de los que participan autores reconocidos. (pp. 9-11)

Por su parte Ferrajoli (2007) sostiene que:

(...) por “constitucionalismo” debe entenderse un nuevo modelo de derecho y democracia, materializado en el nuevo paradigma del “Estado constitucional de derecho” como superación del “Estado legislativo de derecho”, que se caracteriza por la existencia de un sistema de vínculos sustanciales de los poderes públicos a los principios y derechos fundamentales, establecidos en constituciones que surgen en la segunda posguerra, que establecen límites al legislador y a las mayorías políticas contingentes. El constitucionalismo, según Ferrajoli, representa el paso del Estado de Derecho al estado Constitucional de Derecho en el que no hay lugar a poderes soberanos, pues todos se hallan sometidos a la Ley y la Constitución, y en especial, a los derechos fundamentales que deben ser garantizados. Desde esta perspectiva, el garantismo constituye la otra cara del constitucionalismo, en cuanto se interesa por proponer técnicas de garantías idóneas para asegurar la eficacia de los derechos reconocidos constitucionalmente. (pp.71-72)

2.2.1.2. *Constitucionalización del ordenamiento jurídico*

Según Robles, Robles y Flores (2016) una de las consecuencias que ha generado el surgimiento del paradigma jurídico Neoconstitucionalista es “el fenómeno de la constitucionalización del Derecho o del ordenamiento jurídico, que ha generado un cambio en la concepción de la constitución, de una concepción formalista y política se ha dado paso a una concepción material y jurídica” (p. p. 31).

En este sentido, en la actualidad se nota de forma evidente un proceso de constitucionalización del ordenamiento jurídico. Al respecto Guastini (2013) nos señala que hay al menos siete condiciones de constitucionalización del ordenamiento jurídico:

- (i) **Una constitución rígida.** En el caso peruano estamos frente a una constitución rígida, al señalar que su modificación se establece un procedimiento agravado al de la reforma de las leyes (artículo 206° de la Constitución).
- (ii) **La garantía jurisdiccional de la Constitución.** En el ordenamiento jurídico peruano el control jurisdiccional de conformidad de las leyes con la constitución se establece en los arts. 201-205, el mismo que está atribuido al Tribunal Constitucional.
- (iii) **La fuerza vinculante de la Constitución.** Lo señalado en la parte anterior implicaría que las decisiones judiciales del Tribunal Constitucional, que atañen la supremacía de la Constitución (artículo

51), la conformidad de las leyes a los principios y valores constitucionales, así como el desarrollo del contenido de esos principios. Además, en ese sentido el Tribunal Constitucional, como mandato constitucional mediante sentencias interpretativas ha producido normas jurídicas ante la omisión de la Función Legislativa.

- (iv) **La “sobre interpretación” de la Constitución.** Para lo cual se debe hacer una interpretación amplia, extensiva, la más favorable y no restrictiva, literal, ni mecánica.
- (v) **La interpretación conforme de las leyes.** En el caso peruano la interpretación adecuada se realiza por el Tribunal Constitucional, como máximo intérprete de la constitución.
- (vi) **La aplicación directa de las normas constitucionales.** En el art. 38 se establece que todos tienen la obligación de defender la constitución, en consecuencia, las juezas y jueces, autoridades administrativas y servidoras y servidores públicos, deberán aplicar directamente las normas constitucionales, por su carácter normativo que posee.
- (vii) **La influencia de la Constitución sobre las relaciones políticas.** Dentro de esta condición podemos encontrar en el control del Tribunal Constitucional sobre la discrecionalidad política del legislador, se puede señalar como ejemplo la aplicación del método denominado “ponderación” de principios constitucionales.

Finalmente agrega Guastiní (2013) en que el proceso de constitucionalización los principios juegan un papel determinante en el proceso de interpretación. En este sentido, en especial los principios expresos son utilizados en primer lugar para para justificar una interpretación “adecuadora” con el fin de resolver aantinomias, para obtener así un ordenamiento generalmente coherente (p. 160). Por ejemplo, supongamos que una disposición admita dos interpretaciones contradictorias; en el caso de que la norma 1 está conforme a un principio y la norma sea opuesta, se deberá elegir la primera por cuanto esta se adecua al principio y con ello se garantiza un ordenamiento coherente.

2.2.2. Control de constitucionalidad

De acuerdo al concepto expresado por Pinillos, al referirse al control constitucional lo considera como:

(...) el conjunto de procedimientos tanto políticos como jurisdiccionales, destinados a defender la constitucionalidad; es decir, la plena vigencia de la Constitución y el respeto a las normas constitucionales, como la forma más adecuada de defender un Estado constitucional de Derecho, y por ende una manera de asegurar un ambiente de justicia, paz y progreso, en una determinada sociedad (Pinillos, 2007, p. 48).

En ese sentido, de acuerdo al concepto señalado, existe una relación inseparable entre Estado constitucional y control constitucional, toda vez que en el Estado constitucional la constitución es una norma jurídica vinculante a todos los poderes públicos y los particulares, en ese sentido Ramos (2015) señala que:

En tanto ideal político, el Estado constitucional requiere que todas las normas que ingresen al sistema jurídico lo hagan respetando el diseño jurídico implementado desde y por la Constitución. Y, en ese afán, el Tribunal Constitucional es, tal como lo establece la misma Carta Fundamental, el único órgano encargado de verificar la validez de una norma legal y, en consecuencia, expulsarla del ordenamiento jurídico si ella es inconstitucional. Para ello, la Constitución y el Código Procesal Constitucional han previsto un escenario en el que debe desarrollarse esta delicada tarea, que, además, fortalece el sistema democrático: el proceso de inconstitucionalidad. (p. 15)

En consecuencia, aparece no como el centro del cual todo deriva, como irradiación a través de la soberanía del Estado en la que se apoya, sino como el centro sobre el que todo debe converger. “Todos nos encontramos obligados a respetarla, cumplirla y defenderla” (Artículo 38 de la Constitución), porque es la norma que se configura como un ‘derecho sobre el derecho’, “en tanto fórmula de un vínculo ineludible de la persona con la eficacia de la normatividad” (Ferrajoli, 2002. p. 674); “concepto que se ha enunciado como ‘Derecho de la Constitución’” (STC Exp. N.º 5854-2005-PA/TC, FJ. 5).

En consecuencia, la vigencia de una Constitución como refiere Zagrebelski (1995) es el de un Estado constitucional, que representa una evolución respecto del concepto de Estado legal de derecho; ahora, es la ley la que debe adecuarse al contenido formal y material de la Constitución, toda vez que la primera se ha convertido en objeto de medición de la segunda, tal como se expresa en los procesos de inconstitucionalidad.

La Constitución, dado su carácter político y jurídico, y en tanto contrato social y codirector de su proceso continuo (Häberle, 2007), ostenta una supremacía que debe ser protegida. Esta dimensión supera la teoría política del *pouvoir neutre* “poder neutral” esbozada en el siglo XIX o la noción del *Herr der Verfassung*, “señor de la Constitución” (Landa, 2007, p. 20).

Esta necesidad de ser garantizada no impide desconocer su alto grado de complejidad. Por eso es imposible no entenderla como un contrato incompleto; pero esta apertura interpretativa no debe impedir que se equilibre el poder entre los órganos públicos y que se proteja los derechos, por ejemplo, a través de un proceso de inconstitucionalidad.

El proceso de inconstitucionalidad termina involucrando, en consecuencia, tal como algunos han afirmado, una expresión del principio antidemocrático (Hamilton, y Madison), toda vez que corrige la actuación de quienes han sido elegidos a través de las urnas y censura decisiones de otros poderes del Estado.

Según Toro (2008) cuando los jueces cumplen su función y dictan sentencias de inconstitucionalidad, como las que el Tribunal Constitucional ha emitido a lo largo de los años, se genera una incomodidad para el establishment, pues quedan expuestas las falencias del sistema y de sus instituciones; pero ello es ineludible en la labor de la jurisdicción constitucional.

Para actuar con corrección, de acuerdo a Hesse (1983) “el Tribunal Constitucional debe utilizar las herramientas hermenéuticas a su disposición y las técnicas que defina para cada caso” (p. 35). De hecho, se ha inclinado por el “modelo interpretativo institucional y ha reafirmado el principio de la interdicción

de la arbitrariedad dentro de la función reguladora de la interpretación correctora” (Guastini, 2011. p. 133).

“Como autoridad judicial que interpreta y aplica las normas constitucionales, ha de tener presente su contenido preciso cuando analice las normas con rango de ley sometidas a su control, y ha de vivificarlas, infundiéndoles el espíritu progresivo de la Constitución” (Calamandrei, 1962. p. 181).

En ese sentido, el parámetro a utilizar en un proceso de inconstitucionalidad no está compuesto únicamente por el contenido del texto constitucional, sino también por el bloque de constitucionalidad nacional (artículo 79 del Código Procesal Constitucional) e internacional (Cuarta Disposición Final y Transitoria de la Constitución), así como por las interpretaciones realizadas por la jurisprudencia constitucional (artículo VI *in fine* del Título Preliminar del Código Procesal Constitucional) y también por las normas del sistema interamericano de derechos humanos (artículo V del Título Preliminar del Código Procesal Constitucional).

Esta búsqueda constante por encontrar la norma, detrás de la disposición, permite que en el fondo se creen reglas jurídicas a partir de la actividad interpretativa del juez, aplicando -si es necesario- el principio de interpretación conforme, calificado en el modelo alemán como ‘*verfassungskonforme Auslegung des Gesetzes*’ o en el estadounidense, como ‘*in harmony with the Constitution*’ (Fix-Zamudio, 2009, p. 17).

Cuando se emite una sentencia de inconstitucionalidad, el Tribunal asume un rol de colaboración con la gobernabilidad del Estado, con su legitimidad y su desarrollo, pues la adopción de la decisión judicial sirve muchas veces para

solucionar controversias en el espacio político. La importancia de su actuación cobra mayor relieve si se tiene en cuenta que la naturaleza de las controversias constitucionales suele estar ligada a *hard cases* (casos trágicos).

En ese sentido, Bidart (1998) refiere que:

Por eso es imperativo que las sentencias se emitan bajo criterios racionales y objetivos, sobre la base de razonamientos jurídicos; con ética, independencia e idoneidad, una triada que debe orientar su emisión. Las controversias sobre la Constitución deben resolverse en un marco interpretativo estrictamente normativo, y se debe procurar zanjar cuestiones sociales y asuntos públicos, que subyacen en el sentido de la propia Norma Fundamental (p. 131).

2.2.3. Constitucionalismo penal

Según refiere Mendoza (2019) la Constitución –en el contexto de un Estado Constitucional de Derecho– por sus orígenes históricos y fines liberales, sólo tiene aptitud para legitimar el Derecho Penal. En efecto, construir un Derecho penal constitucionalizado requiere considerar el origen y desarrollo del pensamiento constitucional, en esa línea Karl Loewenstein (1982) señala que: “la historia del constitucionalismo no es sino la búsqueda por el hombre político de la limitación al poder absoluto ejercido por los detentadores del poder” (citado por Mendoza, 2019, p. 22).

Agrega Mendoza (2019) que en el clásico constitucionalismo penal los derechos fundamentales aparecen circunscritos a garantías en clave racional y utilitarista de la pena como un conjunto de principios y criterios políticos criminales

orientados esencialmente a limitar la intervención penal del Estado. Con relación al Estado Constitucional y el derecho penal el Tribunal Constitucional, en la sentencia emitida en el Expediente N.º 0012-2006-PI/TC, tuvo la oportunidad de señalar precisiones importantes: “La relación existente entre el Derecho Penal y la Constitución no es reciente sino más bien viene asentándose progresivamente desde inicios del constitucionalismo”.

La primera etapa del constitucionalismo penal ubica a los derechos fundamentales como contención formal del poder estatal, con funciones limitadoras al poder punitivo del Estado. En ese contexto, los derechos fundamentales constituyen un conjunto de atribuciones del individuo frente al poder punitivo -una de sus expresiones es la legalidad-. Este tipo de constitucionalismo penal se manifestó con vitalidad hasta los años setenta según su significado tradicional de derechos fundamentales de garantía, y limitadores del poder punitivo del Estado (Mendoza, 2019).

Empero, este constitucionalismo penal clásico solo tuvo presencia prescriptiva (desde el Iluminismo, y se intensificó luego de la Segunda Guerra Mundial). Esta función clásica limitadora del poder punitivo en teoría es la que predomina y se difunde (Calderón, 2006, p. 41); pero, en la práctica es la que menos se comprende y aplica; así, emergen no sólo prácticas judiciales negadoras de estos límites constitucionales.

Pero, el constitucionalismo penal actual (Tiedemann, 2003, p. 67) tiene la bondad de considerar a la Constitución no solo como un conjunto de límites formales, sino sobre todo se orienta a una legitimación substancial del Derecho

Penal; en ese orden, el eje se desplaza de las garantías formales (legalidad, irretroactividad, etc.) a los contenidos sustanciales fijados por el poder constituyente como límite al poder punitivo -de un determinado momento histórico-. En efecto, la base de legitimación del Derecho Penal, requiere de un programa que esté vinculado a los límites “no decidibles” y “no decidibles que no” establecidos por el poder constituyente, con la finalidad que los poderes constituidos no pueden sobrepasarlos (Mendoza, 2019).

Agrega el autor antes citado que el ejercicio del poder punitivo formal en el Estado Social y democrático de derecho, no sólo debe respetar las garantías propias del Estado de derecho, como el principio de legalidad constitucional, etc., sino que además debe considerar contenidos materiales, establecidos por el Poder Constituyente, siempre en clave de contención; en efecto, estos contenidos van más allá del ámbito de las garantías puramente formales y aseguren una eficacia directa de la normas constitucionales, de los derechos de los procesados y condenados.

La constitucionalización del Derecho penal y procesal penal, en resumidas cuentas, significa configurar una política criminal de contención al servicio de la persona humana, vinculando los ejercicios funcionales (...) que evite cualquier género de subjetivismo o arbitrariedad en la actividad persecutoria del delito y durante el proceso que legitima la sanción del mismo.

En ese sentido el Tribunal Constitucional ha señalado que:

La política de persecución criminal de un Estado constitucional democrático no puede distinguir entre un derecho Penal de los ciudadanos y un derecho Penal del enemigo; es decir un Derecho Penal que distinga, en cuanto a las

garantías penales y los fines de las penas aplicables, entre ciudadanos que delinquen incidentalmente y desde su estatus en tanto tales, de aquellos otros que delinquen en tanto se ubican extramuros del Derecho en general y son, por ello considerados ya no ciudadanos sino más bien enemigos. Para los primeros son aplicables los fines constitucionales de las penas antes aludidas, mientras que, para los segundos, no cabe otra alternativa más que su total eliminación. Evidentemente, esta concepción no puede ser asumida dentro de un Estado que se funda, por un lado, en el derecho – principio de dignidad humana y, por otro lado, en el principio político democrático. (STC Exp. N.º 0003-2005-AI, FJ. 16)

Así el Tribunal Constitucional ha referido que: “La existencia de este amplio conjunto de garantías materiales y procesales, que en todos los casos deben ser respetadas por el Legislador, limita el tradicional espacio de libertad que tuvo el Parlamento en el Estado Legal de Derecho para determinar los delitos y las penas, así como para regular el proceso. En el Estado Constitucional, el Derecho Penal, el Derecho Procesal Penal y el Derecho de Ejecución Penal, vienen redimensionados por la influencia de los principios, valores y derechos constitucionales. Tanto el Derecho Penal, el Derecho Procesal Penal y el Derecho de Ejecución Penal, sólo pueden ser entendidos hoy en el marco de la Constitución”.

En síntesis, el Estado legal pretendió limitar formalmente al poder punitivo; empero, en el Estado Constitucional, esa limitación se refuerza con fundamentos materiales como el principio de razonabilidad y proporcionalidad y los contenidos esenciales de los derechos fundamentales.

2.2.4. Programa constitucional y contención penal

De acuerdo a Sota (2013) la consolidación del Estado Constitucional obliga al legislador, al aplicador del derecho, al intérprete, y en concreto a todo poder público y a privados, a respetar, aplicar y hacer cumplir los postulados de la Constitución Política. Esta vinculación se ve, especialmente, en materia penal, ya que las tensiones con los Derechos Fundamentales son más frecuentes.

Esto nos lleva a reconocer que en la Constitución existen mandatos legislativos en materia penal, de obligatorio cumplimiento al legislador que toma el nombre de “lo constitucionalmente necesario”, pero también hay prohibiciones de legislar en materia penal, que toma el nombre de “lo constitucionalmente prohibido”; y, por último, el amplio margen de actuación del legislador democrático se circunscribirá dentro de lo Constitucionalmente posible. Así:

La Constitución contiene un conjunto de normas-regla y normas-principio que configuran un programa constitucional penal de contención; y conforme a su carácter normativo de la Constitución, vincula no solo la actividad legislativa, sino también la actividad de los órganos jurisdiccionales, y los a órganos de ejecución penal. Este Programa Penal de la Constitución, está conformado con los principios generales de la Constitución, los derechos fundamentales, los valores superiores, los principios generales, los mandatos, prohibiciones y permisiones directamente vinculados con la finalidad de contención del Derecho penal, y lo que es más importante la cláusula general de cierre del contenido del Derecho penal, según la cual todo el ordenamiento penal debe ser interpretado conforme a la Constitución. (Arroyo, 1998, p. 3)

El conjunto de criterios que orienten la discrecionalidad legislativa en sus opciones de criminalización primaria, vertebrado sobre la base de los principios de fragmentariedad y última ratio del poder punitivo y que orienten la actividad jurisdiccional, no son para tratar de conferir un fundamento a una pretendida legitimación al poder punitivo (Ferrajoli, 1997, pp. 321-338), sino de legitimación del Derecho Penal como contención.

Las normas limitadoras del poder punitivo:

“(…) establecen la adopción de un Programa Penal, es decir, un conjunto de postulados político-jurídicos y político-criminales que constituyen un marco normativo en cuyo seno el legislador puede y debe tomar sus decisiones, y en la que el juez ha de inspirarse para interpretar las leyes que le corresponde aplicar” (Angulo, 2006, p. 9).

La función de contención de la Constitución y el Derecho Penal, ha sido expresada por el Tribunal Constitucional, en el Expediente N.º 0012-2006-PI/TC, ha precisado:

La relación existente entre el Derecho Penal y la Constitución no es reciente sino más bien viene asentándose progresivamente desde inicios del constitucionalismo. Ya en el artículo 8 de la Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano de 1789, se contenían las ideas fundamentales para limitar la acción del Estado cuando éste ejerce su poder punitivo. En efecto, en el referido artículo se establecía que “La ley no debe establecer más penas que las estricta y manifiestamente necesarias”, aludiéndose claramente a la obligación del Legislador de respetar el principio de proporcionalidad en la

determinación de las penas, al postulado de subsidiariedad del Derecho Penal, así como a la exigencia de que sea la “ley” el instrumento jurídico que establezca las penas aplicables a los ciudadanos. Si bien las referidas ideas fundamentales se presentaban inicialmente como fórmulas programáticas y políticas, se han venido repitiendo en las Constituciones y en los Códigos Penales con diversa amplitud y precisión. (Tiedemann, 1991, p. 146)

Así, Tribunal Constitucional define su posición con relación al objeto de Constitución y Derecho Penal como límite al poder punitivo; señala además que: “En el caso del ordenamiento jurídico peruano, la Constitución de 1993 ha establecido, en lo que se refiere a la actividad punitiva del Estado, determinadas exigencias no sólo de orden material, sino también de orden procesal”.

Dentro de los primeras, las garantías materiales, destacan nítidamente: a) el principio de legalidad penal (artículo 2, inciso 24, apartado d); b) el principio de culpabilidad, contenido implícitamente en la cláusula del Estado de Derecho (artículos 3 y 43), así como en el principio-derecho de dignidad humana (artículo 1) y en el principio de libre desarrollo de la personalidad (artículo 2 inciso 1); c) el principio de proporcionalidad (último párrafo del artículo 200); d) el principio de inaplicabilidad por analogía de la ley penal y de las normas que restrinjan derechos (artículo 139 inciso 9); e) la aplicación de la ley más favorable al procesado en caso de duda o de conflicto entre leyes penales (artículo 139 inciso 11); f) el principio de no ser condenado en ausencia (artículo 139 inciso 12); g) el principio de no dejar de administrar justicia por vacío o deficiencia de la ley (artículo 139 inciso 8); h) el principio de que la ley, desde su entrada en vigencia, se aplica a las consecuencias

de las relaciones y situaciones jurídicas existentes y no tiene fuerza ni efectos retroactivos; salvo, en ambos supuestos, en materia penal cuando favorece al reo (artículo 103); y i) el derecho a que toda persona es considerada inocente mientras no se haya declarado judicialmente su responsabilidad (artículo 2, inciso 24 apartado e), entre otras.

2.2.5. Constitucionalización del derecho penal

La constitucionalización del Derecho Penal, será solo retórica, sino se define un programa de reconceptualización de las categorías del Derecho Penal; así, las propuestas genéricas cargadas de buenas intenciones y tono rimbombante, tienen el efecto de embotar y entorpecer la materialización concreta de valores constitucionales. (Rosales, 2005, pp. 469-515). Como fórmula de principio, es correcta, pero no debe quedarse como propuesta genérica, pues quedan en mero lirismo, nada más (Hurtado, 2005, p. 10). Pero ¿qué, propuesta de reconceptualización constitucional de la dogmática se presenta? (Angulo, 2006, p. 9).

En ese sentido, Mendoza (2019) se refiere al respecto que se debe otorgar operatividad a las normas –principio y reglas– limitantes de la Constitución y a las normas penales de desarrollo legal, para ser funcionales en la limitación del poder punitivo, un derecho penal de contención profundamente humano y liberador. En ese orden, se debe constitucionalizar el Derecho Penal –entendida como saber de contención con el objetivo político jurídico de configurar–, desde la razón constitucional un Derecho Penal de contención, opuesto a la pulsante emotividad del Poder punitivo; con ese objeto se debe construir conceptos insumidos de los derechos fundamentales, para limitar el poder punitivo; pero nunca buscando su

legitimación. Cargar contenido constitucional a los conceptos penales, es un objetivo central en el proceso de Constitucionalización del Derecho Penal.

Agrega que, el presupuesto para configurar este objetivo es el contexto de la permanente tensión entre Poder punitivo y Derecho Penal como contención – limitación del Poder–. Obviar esta unidad y contradicción permanente entre Poder punitivo y Derecho Penal, supondría el empleo ornamental de terminología formalmente constitucional, vacua de contenido, y serviría –perversamente- como cobertura de contenidos éticos y autoritarios.

Así mismo, se debe concretar la constitucionalización del derecho penal con el objeto de control de poder punitivo. El punto de referencia objetivo es partir de una realidad; describir el modo como opera esa violencia punitiva, precisar sus características específicas de irracionalidad y selectividad, etc. Sólo así podrá apreciarse la distancia entre la operatividad penal y la realización de los principios constitucionales; y este escenario recién se podrá reconceptualizar constitucionalmente las categorías de la dogmática, en línea de contener y controlar el poder punitivo. Estos contenidos conceptuales de una dogmática penal constitucionalizados, deben estar orientados a contener racionalmente, en la mayor medida posible, el poder punitivo y la pena como su expresión material.

Precisando que, esta conceptualización constitucional de la dogmática de la teoría del delito, incide directamente en la calificación de los hechos atribuidos como delitos-. Pero, es muy necesaria y urgente la construcción de una dogmática de la determinación e individualización de la pena, para dotar a los operadores de herramientas conceptuales que controlen los impulsos vindicativos –cargados de

sustancialismo ético— de los operadores fiscales y judiciales al momento de imponer la pena, pues impone el deber constitucional de fundamentar el quantum y calidad de pena. Ciertamente determina el salto del contexto de descubrimiento al contexto de justificación, de la animosidad emotiva a la exigencia de razonabilidad constitucional y racionalidad legal.

Por otro lado, los operadores jurisdiccionales deben entrelazar permanentemente los conceptos de la dogmática penal con los postulados constitucionales e insumirlos de su contenido, con clara comprensión del objetivo: la configuración de diques de contención a la violencia del poder punitivo, con datos concretos para la construcción del programa constitucional.

Concluyendo Mendoza (2019) indica que: en la actualidad la constitucionalización del Derecho Penal en su operatividad judicial, ha configurado solo un cambio formal terminológico; se abunda en citas de doctrina, de tribunales constitucionales, de tratados, etc., como argumentos formales de autoridad. Se aprecia saturación y hartazgo del uso en las resoluciones judiciales de categorías e instituciones formalmente constitucionales, pero, vacíos de contenido —meras reproducciones de sentencias del Tribunal Constitucional— utilizadas fuera de contexto; éstas tienen el efecto perverso de incidir en el debilitamiento del razonamiento y enervan la motivación de las resoluciones penales con fundamentación aparente. Ciertamente son un marco de referencia —político jurídico— general, que pueden aportar una premisa axiológica o un respaldo de autoridad —con citas en pie de página—, pero, no es una resolución judicial penal con

razonamiento constitucionalizado, pues, no existe preocupación por la comprensión y reconceptualización de sus contenidos.



2.3. Definición de términos

Previo al estudio el impacto e importancia del control constitucional de las normas y actos jurídicos en el sistema penal peruano, es necesario definir algunos conceptos básicos:

- **Constitución.**– Son documentos jurídicos, políticos y sociales y, por tanto, actúan como puntos de confluencia del sistema jurídico, el sistema político y la sociedad (Bulmer, 2021, p. 8). En ese sentido la Constitución es la fuente suprema dentro del ordenamiento, que conforma el orden jurídico fundamental del Estado y de la sociedad. En cuanto norma suprema del ordenamiento, la Constitución prevalece sobre todas las demás y en ese sentido condiciona el resto de las normas, por cuanto determina la invalidez de aquellas que formal o materialmente contradigan las prescripciones constitucionales. Es por ello que la Constitución termina convirtiéndose en el fundamento de validez de todo el ordenamiento instituido por ella (STC Exp. 0041-2004-PI/TC, FJ. 10).
- **Control constitucional.** - Constituye una herramienta esencial, fundamental, de control de los poderes políticos, concretamente del Legislativo. El control constitucional es un acto de poder puesto que controla el poder que emana de la Constitución. Y entre Constitución y control existe una visión unívoca porque es imposible concebir la Constitución sin mecanismos de control para su cumplimiento. (López, 2017, pp. 74 y 84)

- **Derechos fundamentales.** - Son aquellos derechos humanos garantizados con rango constitucional que se consideran como esenciales en el sistema político que la Constitución funda y que están especialmente vinculados a la dignidad de la persona humana (Lujan, 2013).
- **Garantías constitucionales.** - Son el conjunto de procesos de naturaleza constitucional que alberga nuestra Carta Magna para la defensa del ordenamiento jurídico allí instituido (protección de derechos de la persona, de los principios de ordenación competencial, de la jerarquía del sistema de fuentes, y de los valores fundamentales de nuestro sistema político (Chanamé, 2021, p. 458).
- **Constitucionalización del derecho penal y procesal penal.** - En resumidas cuentas, significa configurar una política criminal de contención al servicio de la persona humana, vinculando los ejercicios funcionales (...) que evite cualquier género de subjetivismo o arbitrariedad en la actividad persecutoria del delito y durante el proceso que legitima la sanción del mismo. Entiéndase en clave constitucional que la legitimidad del Derecho penal estriba en su configuración como contención al poder punitivo. Se trata de considerar a los derechos fundamentales como límite a la irracionalidad pulsante del poder punitivo, formalmente y reforzado con principios (Exp. N.º 0003-2005-AI, 09/08/2006, P, FJ. 16).
- **Programa constitucional penal.** - El conjunto de criterios que orienten la discrecionalidad legislativa en sus opciones de criminalización primaria, vertebrado sobre la base de los principios de fragmentariedad y última ratio

del poder punitivo y que orienten la actividad jurisdiccional, no son para tratar de conferir un fundamento a una pretendida legitimación al poder punitivo, sino de legitimación del Derecho Penal como contención (Chanamé, 2021, p. 363).

CAPÍTULO III

RESULTADOS Y ANÁLISIS DE LA INFORMACIÓN

3.1. Resultados normativos: El control constitucional jurisdiccional en perspectiva comparada

Según López (2017) en estos tiempos donde se aspira a que las democracias (sobre todo las latinoamericanas) se desenvuelvan en el paradigma del Estado constitucional, el control constitucional jurisdiccional constituye una herramienta esencial, fundamental, de control de los poderes políticos, concretamente del Legislativo.

En palabras de Fioravanti (2009):

Si la constitución debe ser —precisamente como acto de fundación de los derechos y libertades— una verdadera y precisa norma jurídica —y no ya un mero manifiesto político-ideológico como sostenían los juristas liberales a propósito de las declaraciones de derechos de la revolución—, surge enseguida el problema de la ilegitimidad de aquellas normas de derecho positivo estatal vigentes en cuanto emanadas formalmente de manera correcta, pero contrarias a la Constitución —norma fundamental de orden superior— en cuanto a los contenidos sustanciales. En otras palabras, la existencia misma de un control de constitucionalidad —no importa si difuso o concentrado, si de mera inaplicación de la norma estatal constitucionalmente ilegítima al caso concreto o con eficacia anulatoria erga omnes de la norma misma— destruye el dogma liberal-estatalista de la fuerza absoluta de la ley, y crea así una

situación, inconcebible para la doctrina decimonónica, en la que la validez de las normas del Estado está como suspendida, en el sentido de que depende de un juicio sobre su conformidad con la constitución y, en definitiva, con una cierta interpretación de la Constitución y de los principios constitucionales. (p. 128)

El tránsito del paradigma del Estado de derecho al Estado constitucional se trata, sin duda alguna, de un cambio cultural: de pensar la Constitución para practicarla. Definitivamente, es fruto de lo acontecido en Europa occidental, específicamente como consecuencia de las dos guerras mundiales (Zagrebelsky, 2009). Si tuviésemos que pensar en algún hito histórico político común en Latinoamérica que permita ajustar nuestra brújula en dirección del Estado constitucional, creo que esta fue la celebración de la Convención Americana de Derechos Humanos (CADH) en 1969. Nuestro país abrazó la CADH recién en 1979 con la Constitución aprobada ese año. Sin embargo, pretender vivir en un paradigma de resguardo y respeto absoluto a los derechos fundamentales en países latinoamericanos, y específicamente en el Perú, es aún una lucha, una carrera de resistencia.

Refiere López (2017, p. 75) que “todo esto en la medida de que, en materia de control constitucional, los modelos o sistemas «originarios», como el difuso y concentrado, respondieron a una manera de pensar y practicar las libertades”.

Por su parte Amaro (2011) expresa que:

Doctrinariamente y en la práctica existen dos sistemas de control de la constitucionalidad y legalidad de las normas jurídicas, según sea el órgano al

cual la Constitución encargue dicho cometido. Uno de ellos se denomina control concentrado porque se crean órganos constitucionales con la específica finalidad de ejercer el control de la constitucionalidad de las leyes; y, el otro sistema se llama control difuso, porque cualquier operador del derecho, en caso de conflicto entre una norma de superior jerarquía con otra de inferior jerarquía, debe preferir la primera al resolver un caso concreto. Por su origen, al primer sistema se le llama austriaco o europeo y al segundo americano. (p. 72)

3.1.1. El control difuso

Facultad constitucional concedida a los jueces para revisar la constitucionalidad de las normas, haciendo prevalecer la Constitución sobre la ley u otras normas infralegales. Reconocida constitucionalmente en el artículo 138° de la Constitución:

Artículo 51.- Jerarquía normativa

“La Constitución prevalece sobre toda norma legal; la ley, sobre las normas de inferior jerarquía, y así sucesivamente. La publicidad es esencial para la vigencia de toda norma del Estado”.

Artículo 138.- Administración de Justicia. Control difuso

“La potestad de administrar justicia emana del pueblo y se ejerce por el Poder Judicial a través de sus órganos jerárquicos con arreglo a la Constitución y a las leyes.

En todo proceso, de existir incompatibilidad entre una norma constitucional y una norma legal, los jueces prefieren la primera. Igualmente, prefieren la norma legal sobre toda otra norma de rango inferior”.

El control difuso caló hondo en Latinoamérica a partir de la famosa sentencia de la Corte Suprema Federal Norteamericana pronunciada en 1803 en el caso *Marbury vs. Madison*. Sin embargo, como bien anota Bianchi (1992 pp. 52 y ss.), los antecedentes y fuentes de la doctrina empleada por el *Chief Justice* John Marshall en ese fallo se encuentran: i) en la sentencia del año 1610 pronunciada en Inglaterra por Sir Edward Coke, *Chief Justice* del *Common Pleas* en el conocido caso del médico Thomas Bonham; ii) en los debates de la Convención Constituyente de Filadelfia de 1787; iii) en los artículos de Alexander Hamilton en *El federalista* (N°s 78 y 82); y iv) en varios casos precursores pronunciados en las colonias norteamericanas inspirados en la doctrina del caso Bonham, que fuera dejada de lado en los tribunales ingleses con posterioridad a su dictado, pero bien recibida en dichas colonias.

Debe quedar claro, entonces, que el caso *Marbury vs. Madison* es el referente de la revisión judicial de las leyes, pero no su fundador. Es más, quince años antes de *Marbury vs. Madison* (1788), Alexander Hamilton, en la edición xxviii publicada en “*El Federalista*” (2014) expuso esta contundente argumentación: “El derecho de los tribunales a declarar nulos los actos de la legislatura, con fundamento en que son contrarios a la Constitución, ha suscitado ciertas dudas como resultado de la idea errónea de que la doctrina que lo sostiene implicaría la superioridad del Poder Judicial frente al Legislativo”. Se argumenta que la autoridad que puede

declarar nulos los actos de la otra necesariamente será superior a aquella de quien proceden los actos nulificados. Como esta doctrina es de importancia en la totalidad de las constituciones americanas, no estará de más discutir brevemente las bases en que descansa.

El Control Difuso presenta las siguientes características:

a. Naturaleza incidental:

Esto es, se origina a partir de un proceso existente en el cual se están dilucidando pretensiones o cuestiones con relevancia jurídica.

b. Efecto inter partis:

Esto es, de efecto entre partes, significando ello que los efectos de la aplicación del control difuso sólo afectarán a las partes vinculadas en el proceso. No Erga Omnes.

c. Declaración de inaplicabilidad de la norma cuestionada:

Esto es, en el caso concreto, más no su declaración de inconstitucionalidad o ilegalidad. Consecuentemente, la misma norma puede volver a ser invocada en otros procesos, en tanto no se la derogue, a través de los procesos legislativos correspondientes o la declaración de inconstitucionalidad.

El sistema de control difuso ha sido adoptado en varios países latinoamericanos. El artículo 133 de la Constitución Mexicana reproduce casi textualmente el artículo VI, sección 2 de la Constitución Norteamericana. Las

Constituciones de otras repúblicas –Bolivia, Chile Colombia, Uruguay, Venezuela, etc.– acuerdan, con algunas variantes entre ellas, atribución a la Corte Suprema para declarar la inconstitucionalidad de las leyes. También, en otros continentes han sido establecidos regímenes que acuerdan facultades semejantes al más alto Tribunal Judicial, como Suiza, Irlanda, India, Japón, etc. Pero estos sistemas no deben ser confundidos con el norteamericano.

A continuación, rotularemos los fundamentos constitucionales que se implantan en algunos países:

Venezuela:

“Cuando la ley vigente cuya aplicación se requiera está en contradicción con cualquiera de las disposiciones constitucionales, los jueces aplicarán preferentemente esta última” (Artículo 20 del Código de Procedimiento Civil de Venezuela de 1987).

Ecuador:

“La Corte Suprema de Justicia y los tribunales de última instancia tienen competencias para declarar inaplicable un precepto legal contrario a las normas de la Constitución, no teniendo dicha declaración fuerza obligatoria sino las causas en que se pronunciare” (Artículo 141 de la Constitución Política de Ecuador de 1996).

Colombia:

“La Constitución es la norma de normas. En ese caso de incompatibilidad entre la Constitución y la ley o cualquier otra norma jurídica, se aplicarán las disposiciones constitucionales” (Artículo 4 de la Constitución Política de Colombia de 1991).

Bolivia:

“La Constitución Política del Estado es la ley suprema del ordenamiento jurídico nacional. Los tribunales, jueces y autoridades la aplicarán con preferencia a las leyes, y éstas con preferencia a cualesquiera otras resoluciones” (Artículo 228 de la Constitución Política de Bolivia de 1994).

Guatemala:

“Los Tribunales de Justicia en toda resolución o sentencia observarán obligadamente el principio de que la Constitución de la República prevalece sobre cualquier ley o tratado...” (Artículo 204 de la Constitución Política de Guatemala de 1985).

Honduras:

“En caso de incompatibilidad entre una norma constitucional y una legal ordinaria, el Juez aplicará la primera...” (Artículo 315 de la Constitución de la República de Honduras de 1982).

Así podríamos mencionar también a otros países. Pues como se podrá observar el sistema norteamericano de control constitucional de las leyes influyó en gran partes de países latinoamericanos, los cuales terminaron adoptándolo de

una u otra forma (Argentina 1860; México 1857; Venezuela 1858; Brasil 1890; República Dominicana 1884; Colombia 1850), orientándose incluso algunos hacia un sistema mixto o integral, sea agregándole al método difuso el método concentrado del constitucionalidad como en Brasil o México, o adoptando el sistema mixto o integral desde el principio, como fue el caso de Venezuela, Colombia, Guatemala y nuestro país (Perú). En cambio, el sistema argentino sigue siendo el más parecido al modelo norteamericano.

3.1.2. Control abstracto

Facultad constitucional concedida al Tribunal Constitucional (al conocer procesos de inconstitucionalidad) y al Poder Judicial (al conocer procesos de acción popular), para expulsar del ordenamiento jurídico a aquellas normas que contravienen la Constitución. Reconocida constitucionalmente en el artículo 201 de la constitución.

Artículo 201.- Tribunal Constitucional

(...) El Tribunal Constitucional es el órgano de control de la Constitución. Es autónomo e independiente. Se compone de siete miembros elegidos por cinco años.

200.4. La Acción de Inconstitucionalidad, que procede contra las normas que tienen rango de ley: leyes, decretos legislativos, decretos de urgencia, tratados, reglamentos del Congreso, normas regionales de carácter general y ordenanzas municipales que contravengan la Constitución en la forma o en el fondo.

Y, por su parte, como bien señala Lombardi (2009: xxvi-xxvii), en el caso de Europa occidental, el planteamiento del problema de contar con una jurisdicción constitucional surge después de la Primera Guerra Mundial (1919), dado el notorio fracaso de atribuir al poder político un poder neutro en la tarea de garantizar el respeto de la Constitución.

Es así que Han Kelsen propone la tesis de un Tribunal Constitucional en el Anteproyecto de la Constitución Austriaca de 1920, como así lo pone de manifiesto en su trabajo intitulado *La garantía jurisdiccional de la Constitución* (García Belaunde, 2008, p. 6) y que, posteriormente, en 1938, defiende en la polémica con Carl Schmitt (Lombardi, 2009, pp. 290 y ss.). La tesis de Kelsen consistía en extraer la defensa de la Constitución de los representantes del poder político y colocarla en manos de un órgano independiente de tal poder.

Sin embargo, los conflictos bélicos y la inestabilidad política propias del periodo de entreguerras no generaba un contexto propicio “para el desarrollo e, inclusive, la existencia misma de las instituciones constitucionales y sus instrumentos protectores” (Fix-Zamudio, 1968, p. 492).

Por ello, en Europa occidental, el término de la Segunda Guerra Mundial (1945) fue clave para el desarrollo de las instituciones procesales y la difuminación del modelo de control concentrado en la figura del Tribunal Constitucional. De esta manera, el surgimiento del paradigma del Estado constitucional determinó que sea inconcebible que la defensa de la Constitución esté en manos del poder político.

El Control abstracto presenta las siguientes características:

a. Naturaleza principal y abstracta

Esto es, se origina a partir de un proceso inexistente o abstracto, no se requiere de la existencia de un proceso real en el cual se estén dilucidando pretensiones o cuestiones con relevancia jurídica, solo se requiere la vigencia de la norma con rango de ley, el cual se tramita en el expediente principal.

b. Efecto erga omnes

Esto es, de efecto entre todos los hombres, general, significando ello que los efectos de la aplicación del control abstracto afectasen a todos en general, es decir con efecto Erga Omnes.

c. Declaración de expulsión de la norma cuestionada

Esto es, en el caso de declaración de inconstitucionalidad o ilegalidad, se expulsa a la norma cuestionada del ordenamiento jurídico por su incompatibilidad con la Constitución. Consecuentemente, la misma norma no puede volver a ser invocada en otros procesos, porque se dejó sin efecto.

3.2. Resultados jurisprudenciales: El carácter superior de la constitución en el ordenamiento jurídico según la jurisprudencia del Tribunal Constitucional

La idea de la superioridad jerárquica de la constitución dentro del ordenamiento jurídico de los estados es una idea inmanente desde los albores del constitucionalismo. No obstante, de este reconocimiento no se desprende de manera forzosa que las leyes de creación parlamentaria deban ser objeto de un control de constitucionalidad, así como tampoco se colige que el mismo, en caso de aceptarse, deba ser ejercido por una autoridad judicial.

En este sentido, las constituciones norteamericanas (1787) y francesa (1791) que se originaron luego de sus respectivos procesos revolucionarios, si bien parten de un concepto común de constitución, entendido como texto fundacional y base de todo el ordenamiento estatal, desarrollaron perfiles distintos del tipo de relación que existe entre legislador y constitución y, para los fines particulares de este trabajo, del modo de entender el control de constitucionalidad de las leyes.

El Tribunal constitucional peruano en Exp. N.º 0047-2004-AI/TC reconoció el carácter superior de la constitución en el ordenamiento jurídico y la Constitución como fuente de derecho y el sistema de fuentes del derecho peruano, en el numeral 2.1. se dicha sentencia el cual transcribimos por la importancia del caso amerita.

2.1. La Constitución como fuente de derecho y el sistema de fuentes del derecho peruano

2.1.1. La Constitución y las fuentes del derecho

(...) 8. Si bien el estudio y análisis del sistema de fuentes se desarrolla principalmente desde la teoría del derecho, como afirma Enrique Álvarez Conde: Hoy día parece comúnmente pacífico que la regulación de las fuentes del Derecho se sitúe en el campo de la teoría de la Constitución (Álvarez, 1999, p. 138).

El Tribunal Constitucional ha tenido oportunidad de comprobar la importancia y utilidad del análisis y estudio del sistema de fuentes, sobre todo a partir de los diversos procesos constitucionales resueltos desde el inicio de su funcionamiento; en particular, los procesos de inconstitucionalidad.

El mismo Álvarez Conde justifica dicha postura argumentando que “(la) propia configuración de la Constitución como norma jurídica suprema supone que ésta se convierte no sólo en auténtica fuente del Derecho, sino en la norma delimitadora del sistema de fuentes” (Álvarez, 1999, p. 138).

En igual sentido, desde la Teoría del Derecho se ha afirmado que: La incidencia de la Constitución en el sistema de fuentes es doble, porque doble es su carácter de norma suprema y de norma que regula la producción normativa. (Betegón, Gascón, De Páramo, Prieto, 1997, p. 285). Consiguientemente, tres son las consideraciones que debemos tener en cuenta para abordar el tema en cuestión: la Constitución como norma jurídica, la Constitución como fuente de Derecho y la Constitución como norma delimitadora del sistema de fuentes.

2.1.1.1. La Constitución como norma jurídica

(...) 9. La Constitución, en la medida que contiene normas jurídicas, es fuente del derecho. Como bien expone Francisco Balaguer Callejón, la Constitución contiene las normas fundamentales que estructuran el sistema jurídico y que actúan como parámetro de validez del resto de las normas (Balaguer, 1992, p. 28).

La Constitución es la norma de normas que disciplina los procesos de producción del resto de las normas y, por tanto, la producción misma del orden normativo estatal.

El reconocimiento de la Constitución como norma jurídica vinculante y directamente aplicable constituye la premisa básica para que se erija como fuente de Derecho y como fuente de fuentes. Si bien este Colegiado le ha reconocido la Constitución (Caso Alberto Borea Odría y más de 5000 ciudadanos, Exp. N.º 0014-2003-AI/TC, Fundamento 2, Caso Miguel Angel Mufarech y más de 5000 ciudadanos, Exp. N.º 0002-2005-AI/TC, fundamento 7); el carácter de norma política, también ha tenido oportunidad de enfatizar en varias oportunidades su carácter normativo y vinculante. Así, en el Caso Alberto Borea Odría y más de 5000 ciudadanos, Exp. N.º 0014-2003-AI/TC, afirmó que:

(...) la Constitución es una norma jurídica. En efecto, si expresa la autorrepresentación cultural de un pueblo, y refleja sus aspiraciones como nación, una vez formado el Estado Constitucional de Derecho, ella pasa a ocupar una posición análoga a la que ocupaba su creador. En buena cuenta, en el Estado Constitucional de Derecho, el *status* de

Poder Constituyente, es decir la representación del pueblo políticamente soberano, lo asumirá la Constitución, que de esta forma pasará a convertirse en la norma jurídicamente suprema (Caso Alberto Borea Odría y más de 5000 ciudadanos, Exp. N.º 0014-2003-AI/TC, fundamento 2, párrafo 3).

En igual sentido, en otro caso sostuvo que: (La Constitución Política de la República del Perú” (...) toda ella posee fuerza normativa (...) (Caso Sesenta y cuatro Congresistas de la República, contra los artículos 1, 2, 3, y la Primera y Segunda Disposición Final y Transitoria de la Ley N.º 26285 (Exp. N.º 005-2003-AI/TC, fundamento 21).

Con relación a la fuerza normativa y al contenido de la Constitución, se precisó que:

La Constitución es un ordenamiento que posee fuerza normativa y vinculante; por ende, la materia constitucional será toda la contenida en ella, y “lo constitucional” derivará de su incorporación en la Constitución. Así lo ha entendido el Tribunal Constitucional, a lo largo de su funcionamiento, en la resolución de los diferentes casos que ha tenido oportunidad de conocer (...), donde ha evaluado vulneraciones a la Constitución de la más diversa índole y en las cuales el único requisito para tal examen consistía en que la controversia se fundara en una violación de algún principio, valor o disposición de la Constitución (Caso Villanueva Valverde, Exp. N.º 0168-2005-PC/TC, fundamento 3).

Pero el Tribunal Constitucional no sólo se ha referido a la Constitución como norma jurídica, sino que recientemente lo ha hecho desde una perspectiva objetivo-estructural y subjetivo institucional. Así:

La Constitución es la norma jurídica suprema del Estado, tanto desde un punto de vista objetivo-estructural (artículo 51), como desde el subjetivo-institucional (artículos 38 y 45). Consecuentemente, es interpretable, pero no de cualquier modo, sino asegurando su proyección y concretización, de manera tal que los derechos fundamentales por ella reconocidos sean verdaderas manifestaciones del principio-derecho de dignidad humana (artículo 1 de la Constitución).

En consecuencia, pretender que la Constitución no puede ser interpretada, no sólo negaría su condición de norma jurídica –en directa contravención de sus artículos 38, 45 y 51–, sino que desconocería las competencias inherentes del juez constitucional como operador del Derecho, y sería tan absurdo como pretender que el juez ordinario se encuentre impedido de interpretar la ley antes de aplicarla (Caso Ley de la Barrera electoral, Exp. N.º 00030-2005-PI, fundamentos 40 y 41).

2.1.1.2. La Constitución como fuente de Derecho

(...) 10. Con relación a la Constitución como fuente de nuestro “derecho nacional” (Artículo 55 de la Constitución), debe remarcarse que constituye el fundamento de todo el “orden jurídico” y la más importante fuente normativa.

Al respecto, la doctrina apunta que:

La Constitución es la fuente suprema dentro del ordenamiento, que conforma el orden jurídico fundamental del Estado y de la sociedad (Balaguer, 1992, p. 28).

En cuanto norma suprema del ordenamiento, la Constitución prevalece sobre todas las demás y en ese sentido condiciona el resto de las normas, por cuanto determina la invalidez de aquellas que formal o materialmente contradigan las prescripciones constitucionales (Betegón, Gascón, De Páramo, Prieto, 1997, p. 285).

Es por ello que:

La Constitución (...) termina convirtiéndose en el fundamento de validez de todo el ordenamiento instituido por ella. De manera que una vez que entra en vigencia, cualquier producción normativa de los poderes públicos e, inclusive, los actos y comportamientos de los particulares, deben guardarle lealtad y fidelidad. Ciertamente, no se trata sólo de una adhesión y apoyo que pueda ser medido o evaluado en el plano de la moral o la ética, sino también de una exigencia de coherencia y conformidad de la que es posible extraer consecuencias jurídicas. La infidelidad constitucional, en efecto, acarrea la posibilidad de declarar la invalidez de toda norma o acto, cualquiera sea su origen, según los alcances que el mismo ordenamiento constitucional haya previsto (Caso Alberto Borea Odría y más de 5000 ciudadanos, Exp. N.º 0014-2003-AI/TC, fundamento 2, párrafo 4).

2.1.1.3. La Constitución como fuente de fuentes

(...) 11. En cuanto a la consideración de que la Constitución es la “fuente de las fuentes de derecho” y la que regula la producción normativa (Betegón, Gascón, De Páramo, Prieto, 1997, p. 285) o disciplina los modos de producción de las fuentes, Francisco Balaguer Callejón apunta que ésta es, (...) además, la fuente que incorpora las normas fundacionales del ordenamiento mismo, a partir de las cuales se determinara la legitimidad del resto de las normas del sistema jurídico” (Betegón, Gascón, De Páramo, Prieto, 1997, p. 285).

En igual sentido, se ha sostenido que:

(...) la Constitución también incide en el sistema de fuentes en la medida en que regula el proceso de producción jurídica atribuyendo poderes normativos a distintos sujetos y asignando un valor específico a las normas creadas por éstos. Es decir, la Constitución es la norma *normarum* del ordenamiento, aunque no todas las normas sobre la producción jurídica están contenidas en ella (Betegón, Gascón, De Páramo, Prieto, 1997, p. 285).

Por su parte, este Colegiado sobre el tema ha expresado que la Constitución:

(...) ostenta el máximo nivel normativo, por cuanto es obra del Poder Constituyente; reconoce los derechos fundamentales del ser humano; contiene las reglas básicas de convivencia social y política; además de crear y regular el proceso de producción de las demás normas del sistema jurídico nacional.

En efecto, la Constitución no sólo es la norma jurídica suprema formal y estática, sino también material y dinámica, por eso es la norma básica en la que se fundamentan las distintas ramas del derecho, y la norma de unidad a la cual se integran.

Es así que por su origen y su contenido se diferencia de cualquier otra fuente del derecho. Y una de las maneras como se traduce tal diferencia es ubicándose en el vértice del ordenamiento jurídico. Desde allí, la Constitución exige no sólo que no se cree legislación contraria a sus disposiciones, sino que la aplicación de tal legislación se realice en armonía con ella misma (interpretación conforme con la Constitución) (Caso Hoja de Coca, Exp. N.º 0020-2005-AI/TC, 0021-2005-AI/TC (acumulados), fundamento 19).

Reseñando, se desprende que la Constitución, como fuente suprema:

- ✓ Crea los órganos encargados de la producción normativa.
- ✓ Otorga competencias materiales.
- ✓ Determina los procedimientos para la elaboración normativa.
- ✓ Establece los límites materiales para la elaboración normativa.
- ✓ Impone los contenidos normativos.

2.1.2. La Constitución como fuente de derecho: modo de producción jurídica

(...) 12. En el caso Colegio de Abogados del Cusco, este Tribunal trató ampliamente el tema del poder constituyente, y su condición de titular para la creación o producción de la norma *normarun* de nuestro ordenamiento jurídico. En concreto, se dijo que:

En términos generales, suele considerarse como Poder Constituyente a la facultad por la cual el pueblo, en cuanto titular de la soberanía, decide instituir un orden constitucional. Como expresa Ernst Bockenforde, el Poder Constituyente “es aquella fuerza y autoridad (política) capaz de crear, de sustentar y de cancelar la Constitución en su pretensión normativa de validez. No es idéntico al poder establecido del Estado, sino que lo precede” (E. Bockenforde, “Il potere costituente del popolo. Un concetto límite del diritto costituzionale”, en G. Zagrebelsky, P. Portinaro y J. Luther (*a cura di*), *Il futuro della Costituzione*, Einaudi, Torino 1996, Pág. 234-235). Esta última (la Constitución), por consiguiente, es su creación, a la par que la norma jurídica fundamental, por ser la depositaria objetiva de las intenciones del Poder Constituyente, sea para dotar de organización al Estado, sea para reconocer derechos de la persona (Caso Colegio de Abogados del Cusco, Exp. N.º 0014-2002-AI/TC, fundamento 58).

Más recientemente, en el caso de la reforma constitucional del régimen pensionario, se dejó establecido que:

El Poder Constituyente originario, por ser previo y sin control jurídico, tiene la capacidad de realizar transmutaciones al texto constitucional,

ya que este órgano representativo es el encargado de ‘crear’ la Constitución. Ello es así porque aparece como una entidad única, extraordinaria e ilimitada formalmente (Caso reforma constitucional del régimen pensionario, Exps. N.º 0050-2004-AI, 0051-2004-AI, 0004-2005-AI, 0007-2005-AI, 0009-2005-AI/TC, fundamento 17).

(...) 13. De otro lado, siendo el poder constituyente el “plenipotenciario del pueblo”, no puede establecerse con anterioridad un único modo de producción. Sin embargo, el Tribunal Constitucional, conforme a la doctrina constitucional comparada, ha reconocido que existen algunas características del poder constituyente que pueden también ser consideradas como las reglas básicas para la formulación de una Constitución:

El Poder Constituyente responde, entre otras, a tres características: es único, extraordinario e ilimitado. Único como consecuencia de que ningún otro poder o forma de organización, puede, en estricto, ejercer la función que aquél desempeña. Se trata, por consiguiente, de un poder omnímodo, que no admite ningún poder paralelo en el ejercicio de sus atribuciones. Es, a su vez, extraordinario, en tanto que la responsabilidad por él ejercida, no es permanente sino excepcional; como tal, sólo puede presentarse en momentos o circunstancias históricas muy específicas (como las de creación o transformación de la Constitución).

Es, finalmente, ilimitado, en tanto asume plenipotenciariamente todas las facultades, sin que puedan reconocerse restricciones en su ejercicio, salvo las

directamente vinculadas con las que se derivan de las valoraciones sociales dominantes (Caso Colegio de Abogados del Cusco, Exp. N.º 0014-2002-AI/TC, fundamento 60).

Como puede colegirse, el modo de producción de una Constitución obedece a las pautas o reglas que el propio poder constituyente se fije según las circunstancias, lo que no sucede con la reforma de la Constitución, puesto que, en el caso del Perú, los artículos 32 inciso 1 y 206 de la Constitución establecen las reglas básicas para ello. Otorgando tal facultad al Congreso de la República y al pueblo directamente a través del referéndum. Dichas disposiciones disponen:

Artículo 32. - Pueden ser sometidas a referéndum:

(...)

La reforma total o parcial de la Constitución.

Artículo 206.- Toda reforma constitucional debe ser aprobada por el Congreso con mayoría absoluta del número legal de sus miembros, y ratificada mediante referéndum. Puede omitirse el referéndum cuando el acuerdo del Congreso se obtiene en dos legislaturas ordinarias sucesivas con una votación favorable, en cada caso, superior a los dos tercios del número legal de congresistas.

La ley de reforma constitucional no puede ser observada por el Presidente de la República.

La iniciativa de reforma constitucional corresponde al Presidente de la República, con aprobación del Consejo de Ministros; a los congresistas; y a un número de ciudadanos equivalente al cero punto tres por ciento (0.3 %) de la población electoral, con firmas comprobadas por la autoridad electoral.

Sobre el artículo 206 de la Constitución el Tribunal Constitucional ha tenido oportunidad de señalar que:

El Poder Constituyente se ha autolimitado en la actual Constitución – artículo 206– a través del poder de revisión constitucional, lo que hace posible la existencia de una reforma constitucional, siempre y cuando se siga lo formal y materialmente establecido.

(...)

La existencia de un poder constituyente derivado implica la competencia del Congreso para reformar preceptos no esenciales de la Constitución, conforme a lo previsto en su mismo texto. Por ello, se caracteriza por ser limitado jurídicamente y posterior (Caso reforma constitucional del régimen pensionario, Exps. N.os 0050-2004-AI, 0051-2004-AI, 0004-2005-AI, 0007-2005-AI, 0009-2005-AI/TC, fundamento 18).

Asimismo, sobre el poder de reforma constitucional y su necesidad ha establecido que:

Si el resultado de la tarea constituyente, prima facie, resulta aceptable en términos sociales, como típico producto de un esfuerzo en el tiempo,

la evolución que, por el contrario, experimenta la sociedad en la que la referida Constitución se aplica, tiende a desvirtuar, con el paso de los años, cualquier hipotético perfeccionismo. En dicho contexto, y ante la evidencia de constatar la presencia de vacíos, incongruencias, inadaptaciones y todo tipo de omisiones en el texto de una Constitución y la necesidad de que los mismos puedan quedar superados en algún momento, es que cobra legitimidad el llamado poder de reforma constitucional; que es, en esencia, aquel que se encarga de modificar, suprimir o enmendar una o más disposiciones constitucionales (Caso Colegio de Abogados del Cusco, Exp. N.º 0014-2002-AI/TC, fundamento 68).

(...) 14. Si bien en el modelo constitucional peruano el poder de reforma constitucional es regulado por específicas disposiciones constitucionales, no es menos cierto que tal poder está limitado. Al respecto, este Colegiado ha establecido que:

(...) al ser un poder creado y limitado, puede revisar la Constitución, y adoptar aquellos preceptos que a lo largo de la vida constitucional requieren cambios en función a la realidad que regulan, pero no puede destruir la Constitución, ni menos aún vulnerar su esencia, o como se ha venido denominando, ‘contenido fundamental’ (Caso reforma constitucional del régimen pensionario, Exps. N.os 0050-2004-AI, 0051-2004-AI, 0004-2005-AI, 0007-2005-AI, 0009-2005-AI/TC, fundamento 21).

Según esta línea jurisprudencial, la reforma constitucional está sujeta a límites formales y límites materiales. Respecto a los primeros, se ha precisado que:

- ✓ Debe verificarse si se ha vulnerado el procedimiento exigido constitucionalmente, lo cual constituiría una afectación a los límites formales impuestos.
- ✓ Las normas de procedimiento no pueden ser objeto de reforma constitucional.
- ✓ Las modificaciones del texto constitucional realizadas por los órganos constituidos que se producen fuera de los cauces previstos en la normativa constitucional, serán nulas e ineficaces (Caso reforma constitucional del régimen pensionario, Exp. N.º 0050-2004-AI, 0051-2004-AI, 0004-2005-AI, 0007-2005-AI, 0009-2005-AI/TC, fundamento 25).

Y en cuanto a los segundos, que:

En términos generales, debe señalarse tajantemente que el Congreso tampoco puede variar algunas cuestiones de fondo de la Constitución. A ellas se les denomina “límites materiales”, e imposibilitan ejercer el poder constituyente derivado a los órganos constituidos, con el fin de modificar las cláusulas que el texto fundamental ha establecido como “intangibles” (Exp. N.º 0050-2004-AI, 0051-2004-AI, 0004-2005-AI, 0007-2005-AI, 0009-2005-AI/TC, fundamento 32).

Del mismo modo, con relación a los límites materiales del poder de reforma constitucional debemos considerar que pueden ser expresos o implícitos. A Ambos se les considera principios supremos del ordenamiento constitucional y son intangibles para el poder reformador de la Constitución (Exp. N.º 0050-2004-AI, 0051-2004-AI, 0004-2005-AI, 0007-2005-AI, 0009-2005-AI/TC, fundamento 33). Sobre los límites materiales expresos el Tribunal Constitucional ha señalado que el artículo 32 de la Constitución reconoce como límite expreso el impedimento de reducir o restringir los derechos fundamentales (Exp. N.º 0050-2004-AI, 0051-2004-AI, 0004-2005-AI, 0007-2005-AI, 0009-2005-AI/TC, fundamento 33). Y, en cuanto a los límites materiales implícitos este colegiado ha subrayado como los más importantes a la dignidad del hombre, la soberanía del pueblo, el Estado democrático de derecho, la forma republicana de gobierno y en general, el régimen político y la forma del Estado (Caso Colegio de Abogados del Cusco, Exp. N.º 0014-2002-AI/TC, fundamento 76).

3.3. Control constitucional de la ley penal: Jurisdicción constitucional y jurisdicción penal

De acuerdo a San Martín (2004) el derecho penal se asienta en cuatro principios fundamentales, limitadores del *ius puniendi* estatal, que tienden a limitar el qué y el cómo castigar, para garantizar así los derechos individuales. Se trata de los principios de legalidad, de proporcionalidad, de culpabilidad y de resocialización.

Estos principios penales y todo el cuerpo del derecho penal, de un lado, están incorporados en lo que se denomina el «Programa penal de la Constitución», que está integrado por el conjunto de postulados político-jurídicos y político-criminales que constituyen el marco normativo en el seno del cual el legislador penal puede y debe tomar sus decisiones, y en el que el juez ha de inspirarse para interpretar las leyes que le corresponde aplicar. Por otro lado, más allá de ese programa, configura -juntamente con los principios generales de la Constitución y los concretos preceptos de la misma- el “derecho penal constitucional”, integrado por los valores superiores del ordenamiento jurídico, los preceptos que consagran derechos fundamentales (dignidad de la persona, justicia, libertad, etcétera), las normas que regulan conceptos del sistema penal (inviolabilidad e inmunidad de altos dignatarios, unidad jurisdiccional, conducción por el Ministerio Público de la investigación del delito, etcétera), y los preceptos sobre mandatos, prohibiciones y regulaciones que afectan directamente al derecho penal (proscripción de las penas y tratos inhumano y degradantes, las normas de garantía de la libertad personal frente a la privación de libertad, etcétera) (Arroyo, 1996, pp. 35-36).

En el marco actual del desarrollo de la jurisprudencia constitucional, en especial en el Perú, resultan de trascendental importancia los problemas que se derivan del principio de legalidad penal, que concreta la función de garantía de la ley penal, al que nos vamos a circunscribir en esta última sección.

Dice Wessels (1985) al respecto que:

Un hecho solo puede ser castigado si su punibilidad estaba legalmente determinada antes de su comisión; como tal, el principio de legalidad

garantiza la protección del ciudadano contra el ejercicio y la extensión arbitrarios del poder penal estatal (p. 13).

En igual medida, Tiedemann (2003) expresa que el sentido nuclear del principio de legalidad es el de garantizar la descripción legal de los tipos de delito, es decir, de injusto típico, y no transferir al juez del caso concreto la determinación de lo injusto (p. 51).

En consecuencia, de acuerdo a San Martín (2004) es de tener presente las dificultades que conlleva el subprincipio de determinación, certeza o taxatividad (*nullum crimen, nulla poena sine lege certa*); y, por otro lado, los problemas relativos al ámbito de la interpretación de los tipos penales en relación a la prohibición de analogía (*nullum crimen, nulla poena sine lege stricta*) y de la interdicción de resultados *in malam partem*. Sin duda, el primer problema entraña una relación más estrecha entre el legislador y el Tribunal Constitucional, mientras que el segundo problema hace más evidente las vinculaciones entre jurisdicción constitucional y jurisdicción ordinaria, en las que, por lo demás, se pone en tensión el ámbito de la jurisdicción ordinaria para interpretar las normas con rango de ley y la competencia del Tribunal Constitucional para advertir una posible interpretación que colide con las exigencias constitucionales del principio de legalidad penal.

El principio de legalidad, enseña Claus Roxin (citado por San Martín 2004, p. 418), distingue cuatro consecuencias o repercusiones, plasmadas en forma de «prohibiciones», de las cuales las dos primeras se dirigen al juez, y las dos últimas, al legislador: la prohibición de analogía, la prohibición del derecho consuetudinario

para fundamentar o agravar la pena, la prohibición de retroactividad y la prohibición de leyes penales indeterminadas o imprecisas.

El Tribunal Constitucional del Perú hasta el momento no se ha enfrentado a una acción de hábeas corpus cuyo objeto procesal sea la infracción al principio de legalidad penal. En dos fallos ha señalado que su análisis requiere sentencia firme de la jurisdicción penal ordinaria (STC del 6.1.2003, recaída en el Asunto Calmell Del Solar Díaz, Exp. 290- 2002-HC/TC, párrafo 12; y, STC del 9.6.2003, recaída en el Asunto Luis Bedoya de Vivanco, Ex p. 1 Exp. 076-2003-HC/TC, párrafo 2).

La doctrina penalista ha precisado que la *lex certa*, en cuanto subprincipio derivado del principio de legalidad penal, significa, por un lado, un rechazo a la analogía como fuente creadora de delitos –vinculada al juez–; y, por otro lado, una prohibición a las llamadas “cláusulas generales” (*Generalklauseln*), es decir, aquellas que no dan criterios de determinabilidad (Bustos,1994, pp. 125-126).

Precisa Mir Puig (2002, pp. 112-113) que la *lex certa*, en cuanto constituye un aspecto material del principio de legalidad que trasunta la exigencia de seguridad y garantía de dicho principio, impone un cierto grado de precisión de la ley penal y excluye la analogía en cuanto perjudique al reo. Este postulado de precisión de la ley, insiste el autor, da lugar al llamado “mandato de determinación”, que requiere que la ley determine de forma suficientemente diferenciada las distintas conductas punibles (exigencia de tipicidad del hecho) y las penas que pueden acarrear (exigencia de un cierto legismo que limite el necesario arbitrio judicial).

Por otro lado, y con mayor rigor, la *lex stricta*, dirigida al juez, significa prohibición de la analogía, en cuya virtud este no puede fundamentar la punibilidad

o una agravante aplicando una ley a un caso similar al legislado, pero no comprendido en su texto. La analogía prohibida, en todo caso, es la *in malam partem*, pues no puede reputarse vulnerada la legalidad penal cuando se favorece al imputado. Ello nos lleva a la caracterización segura de los límites de la interpretación aceptable en el derecho penal (Bacigalupo, 1998, pp. 77-79).

La interpretación, para ser considerada como tal, debe permanecer dentro de los límites del “sentido literal posible” del texto legal, a fin de evitar –en palabras de Luzón (1995, p. 163)– el riesgo de inseguridad jurídica que podría suponer un exceso de una orientación objetiva de la interpretación si se centrara exclusiva o desmedidamente en la finalidad de la ley olvidando su tenor.

En otras palabras, Hurtado (1987) explica que:

Hasta el extremo de la zona de penumbra (zona periférica o zona marginal) que rodea al núcleo connotativo de la expresión. Esta, sin embargo, no está predeterminada de manera natural y obvia, de suerte que, en todo caso, al juez le corresponde esclarecer el significado de la «formulación lingüística» concretada en la ley. (pp. 196 y 201)

Y, Ahora bien, como previene Castillo (2002) saliendo al paso de algunas concepciones compatibilizadoras, la analogía, en tanto imprescindible forma de razonamiento del pensar humano (pp. 189-191); no puede estar excluida de un proceso tan complejo como la interpretación y aplicación de las leyes, y esto es más evidente cuando se interpreta utilizando el método teleológico (Jaén, 2002, p. 22).

Empero, no se trata de reducir la interpretación a la semejanza de casos o a la igualdad normativa –identidad de razón–, pues, en esencia, la analogía tiende a ampliar la aplicación de la ley y el derecho sobre la base de la existencia de casos semejantes; es su orientación el extender o proyectar al desarrollo de la ley. Conforme aclara Wessels (1985) la interpretación tiene por objetivo la aclaración del sentido legal y, dado el caso, la adaptación de la ley a las exigencias y criterios nuevos del presente (p. 16).

En cambio, el objetivo de la analogía consiste en llenar las lagunas de la ley, ampliando y desarrollando un principio jurídico (nueva creación del derecho). Coincidiendo con Jaén (2002) es de puntualizar que dos serían los límites en esta materia; primero –el más importante y decisivo–, que resulta inadmisibles una interpretación que contradiga el sentido natural de las palabras utilizadas, que choque con el texto legal; y, segundo, como mero dato indiciario (p. 24). En relación con la *lex certa*, el Tribunal Constitucional peruano en su emblemática sentencia del caso Marcelino Tineo Sulca y otros si inconstitucionalidad de la legislación sobre terrorismo, recaída en el Exp. 10-2002-AI/TC, postuló dos ideas centrales. La primera introdujo, en nuestro constitucionalismo, distintas tipologías de sentencias constitucionales. La segunda, analizando el tipo penal de terrorismo, consintió en la legitimidad de los tipos penales abiertos y de aquellos que contienen determinadas cláusulas indeterminadas.

Frente a la trascendencia nacional que implicaba un pronunciamiento sobre el íntegro de la legislación antiterrorista (párrafo 26), el Tribunal Constitucional reconocía la insuficiencia de una tipología de sentencias en meramente estimatorias

y desestimatorias (párrafo 28), de ahí que, siguiendo lo aportado por el derecho y la jurisprudencia comparadas, identificó otras cuatro modalidades de sentencias constitucionales: las interpretativas, las aditivas, las sustitutivas y las exhortativas (aunque luego señala que la sentencia que emite es “estipulativa”, en tanto que expone los conceptos, alcances y efectos de esta, de manera que, más adelante, ya no tenga que volver a explicarlos (párrafo 33 *in fine*).

Las sentencias antes indicadas responden –a juicio del Tribunal Constitucional– a la necesidad de no crear vacíos legislativos o generar peores efectos que los que se podrían producir con la declaración de la inconstitucionalidad de una disposición legal (párrafo 33). También asumen el principio de conservación de la ley y afirman la necesidad de una interpretación conforme a la Constitución con el fin de no lesionar el principio básico de la primacía constitucional (párrafo 34).

Mediante las sentencias interpretativas se dispone que una disposición legal no es inconstitucional si es que esta puede ser interpretada conforme a la Constitución, en cuyo caso la disposición no se declarará inconstitucional en la medida en que se la interprete en el sentido que es conforme a la Constitución (párrafo 29).

Mediante las sentencias aditivas se declara la inconstitucionalidad de una disposición en cuanto deja de mencionar algo que era necesario que se previera para que ella resulte conforme a la Constitución, de suerte que no se declara la inconstitucionalidad del precepto sino solo de la omisión, de manera que, tras esa

declaración, será obligatorio comprender dentro de la disposición aquello omitido (párrafo 30).

Mediante las sentencias sustitutivas se declara la inconstitucionalidad de una ley en la parte en la que prevé una determinada cosa, en vez de prever otra. Consecuentemente, la decisión sustitutiva se compone de dos partes: la primera declara la inconstitucionalidad de una parte del precepto legal y la segunda reconstruye el precepto dotándolo de un contenido diferente de acuerdo con los principios constitucionales vulnerados (párrafo 31).

Mediante las sentencias exhortativas, al advertirse una manifestación de inconstitucionalidad en un precepto legal, solo se declara su mera incompatibilidad y se exhorta al legislador para que, en un plazo razonable, introduzca aquello que es necesario para que desaparezca el vicio meramente declarado y no sancionado (párrafo 32).

Siendo así, en el fallo de la citada sentencia, en materia de derecho penal material, declaró: (a) inconstitucional todos los tipos penales de traición a la patria -sentencia estimatoria-; (b) infundada la demanda respecto a los tipos penales de terrorismo, aunque, respecto al tipo penal de terrorismo básico, precisó la interpretación conforme a la Constitución que era del caso adoptar por el Poder Judicial-sentencia interpretativa-; y, (e) exhortó al Congreso a reemplazar el régimen legal de la pena de cadena perpetua, fijando límites temporales a dicha pena, y a establecer las penas máximas a los tipos penales de terrorismo -sentencia estipulativa-. El tipo penal de terrorismo básico, previsto y sancionado por el artículo 2 del Decreto Ley N.º 25475 preceptúa:

El que provoca, crea o mantiene un estado de zozobra, alarma o temor en la población o en un sector de ella, realiza actos contra la vida, el cuerpo, la salud, la libertad y seguridad personales o contra el patrimonio, contra la seguridad de los edificios públicos, vías o medios de comunicación o de transporte de cualquier índole, torres de energía o transmisión, instalaciones motrices o cualquier otro bien o servicio, empleando armamentos, materias o artefactos explosivos o cualquier otro medio capaz de causar estragos o grave perturbación de la tranquilidad pública o afectar las relaciones internacionales o la seguridad de la sociedad y del Estado (...).

Al respecto el Tribunal Constitucional incorporó cuatro interpretaciones, a mi juicio correctas, al citado tipo penal. Son las siguientes: Que cuando el tipo penal dice: “realiza actos”, se refiere a la comisión de “delitos”. Que cuando el tipo penal dice: “materias”, esa palabra debe entenderse en conexión con “artefactos explosivos”. Consecuentemente, la figura penal criminaliza tanto las “materias explosivas” cuanto los “artefactos explosivos”, los que, a su vez, deben tener una entidad tal que resulten capaces de causar los siguientes efectos fijados en la norma: “estragos o grave perturbación de la tranquilidad pública o afectar las relaciones internacionales o la seguridad de la sociedad y del Estado”. Que el tipo penal configura dos modalidades de acción típica (por error técnico –sin mayor relevancia en el presente caso– considera el medio típico como una modalidad típica).

Por un lado, Jescheck (2002) sostiene que:

Provocar, crear o mantener un estado de grave alarma social (en puridad, la exigencia de grave alarma social no es una modalidad de comportamiento

típico sino el resultado de aquel, esto es, el efecto exterior de la acción diferenciable espacio-temporalmente y, de otro, realizar delitos contra determinados bienes jurídicos básicos. (citado por San Martín, 2004, p. 420).

Así mismo, Bramont-Arias (1997, ve, en este ámbito, la presencia de dos modalidades de comportamiento típico, según se trate de bienes jurídicos individuales o colectivos:

La primera, realizar actos contra la vida, el cuerpo, la salud, la libertad y seguridades personales o contra el patrimonio; y la segunda, realizar actos contra la seguridad de los edificios, vías o medios de comunicación o de transportes, etcétera, unidos por determinados medios típicos: los de carácter catastrófico. (pp. 559-569)

Sin embargo, el elemento subjetivo (tipicidad subjetiva) también ha de considerarse: se trata de un tipo doloso y, como tal, debe entenderse en la dicción de la norma el vocablo “intencionalmente”, lo que es compatible con el artículo 12 del Código Penal, que indica que cuando el tipo penal dice: “cualquier otro medio”, si se analiza integralmente los medios típicamente relevantes, es de entender que debe tratarse de un medio que presente una equivalencia racional con “armamentos, materias o artefactos explosivos” y tenga un potencial referido solo a los casos de grave dañosidad.

El problema que plantea este caso o es, la interpretativa, en el ámbito del derecho penal es particularmente complejo, tanto porque el derecho penal está informado por el principio de legalidad estricta o de reserva de ley, de soberanía absoluta del legislador –con sus mandatos de configuración normativa expresa e

inequívoca—, cuanto porque condiciona la actividad interpretativa del juez penal ordinario forzándolo a optar por una determinada opción hermenéutica, con lo que ello entraña para el principio de exclusividad jurisdiccional. Sin embargo, y, de entrada, es claro que, hoy por hoy, como ya se anotó, el derecho objetivo no es solo el derecho legislado, y la interpretación de una norma debe tomar en cuenta no solo los preceptos constitucionales sino, también, los principios y valores que ella entraña, situación que de por sí relativiza o, en todo caso, modula el propio concepto de legalidad penal o de reserva de ley.

Las dudas que se expresan en el párrafo anterior, empero, más allá de la relativización de los conceptos de reserva de ley y de su interpretación, carecen de virtualidad, por lo menos en su concepción más estricta. Tres son las razones de este rechazo relativo.

En primer lugar, como explica Nunes de Almeida (1998, p. 322), las sentencias interpretativas tienen su origen y fundamento en la aplicación jurisprudencial del principio de interpretación conforme a la Constitución.

En segundo lugar, siguiendo a Díaz (2003, p. 346), si se parte de la idea que el principio *nulla poena sine previa lege* constituye una garantía para el imputado, de suerte que no impide cualquier interpretación más favorable para él, entonces si una ley prevé un supuesto de hecho y una determinada sanción penal, y una sentencia constitucional reduce el ámbito de aplicación de dicha sanción o las consecuencias jurídicas desfavorables, tal fallo no afecta la legalidad penal, que es precisamente lo que sucede en este caso y que ha sido taxativamente (párrafos 67 y 74 del Exp. 10-2002-AI/TC).

Y, En tercer lugar, la interpretación que alcanza una sentencia de esas características es aquella estrictamente necesaria para consolidar una debida relación de la función judicial con el principio de supremacía de la Constitución, cuyo supremo interprete es el Tribunal Constitucional.

Ahora bien, sobre la base de la ponderación de los principios de primacía institucional del Tribunal Constitucional en la interpretación de la Constitución y de exclusividad jurisdiccional del poder judicial, cabe sostener -como en su día postuló la Corte Suprema Alemana-, que el Tribunal Constitucional no puede hacer otra cosa que conferir a la Corte Suprema la tarea de establecer el camino metodológico que haga posible que una determinada institución de derecho penal resulte coherente con los principios constitucionales (Tiedemann 2003, pp. 27/28). Desde esta perspectiva, la Corte Suprema puede, incluso ante una sentencia interpretativa del Tribunal Constitucional, elaborar y aplicar una interpretación propia y distinta –claro está, asumiendo los principios globales de relevancia constitucional–.

Por otro lado, el Tribunal Constitucional ha definido el principio de legalidad penal, frente al cuestionamiento de la legislación sobre terrorismo, dotándolo de un amplio contenido, en concordancia con la doctrina científica sobre la materia.

En efecto, señaló que dicho principio exige no solo que, por ley, se establezcan los delitos (reserva de ley), sino, también, que las conductas prohibidas estén claramente delimitadas en la ley –*lex certa* o principio de determinación– (párrafo 45); que este principio, referido al supuesto de hecho de la ley, está dirigido

al legislador para que dote de significado unívoco y preciso al tipo penal a los efectos de una subsunción judicial con relativa certidumbre, aunque tal exigencia, por las características de la propia naturaleza del lenguaje (ambigüedad, vaguedad, equívocidad), no importa una determinación absoluta, sino que tolera un cierto grado de indeterminación, mayor o menor, según el caso (párrafo 46); que, sin embargo, el límite a esta relativa indeterminación se encuentra cuando ya no permite al ciudadano conocer qué comportamientos están prohibidos y cuáles están permitidos, o cuando se utiliza un lenguaje tan confuso que un hombre de inteligencia normal tenga que averiguar su significado y difiera con los demás respecto a su contenido (párrafo 47); que, finalmente, el derecho penal admite la posibilidad de que existan tipos abiertos que, frente a la indeterminación, sobre todo de los conceptos valorativos, delegan al juzgador la labor de complementarlos mediante la interpretación (párrafo 49), siendo su límite la no inclusión del núcleo fundamental de la materia de prohibición y, por tanto, cuando la complementación ya no sea solo cuantitativa sino, eminentemente, cualitativa (párrafo 51).

En esa misma perspectiva, Urquiza (2000) expresa que el principio de determinación:

No puede ser comprendido como una exigencia de absoluta claridad y precisión en la descripción de la conducta prohibida; que puede aceptarse cierta vaguedad como consecuencia del empleo de fórmulas generales, pero la exigencia sigue reposando en la máxima taxatividad posible; que lo dicho también permite aceptar la formulación de los injustos penales que alberguen elementos descriptivos, normativos y valorativos. (p. 71)

El Tribunal Constitucional Federal Alemán (BverfGE) tiene sentado que no se debe extremar el mandato de la determinación de la ley, pues, de lo contrario, las leyes se tornarían excesivamente rígidas y casuísticas, y no se podrían adecuar a la evolución de la vida, al cambio de las situaciones o a las características especiales del caso concreto, de ahí que el derecho penal no puede renunciar a la utilización de conceptos generales que no pueden ser descritos formalmente con toda exactitud y que por esta razón necesitan en gran medida una interpretación judicial (Jaén, 2002, p. 31).

Si bien el principio de legalidad penal permite cierto margen de libertad para que el juez ordinario pueda interpretar y adecuar las conductas a sus postulados, el gran problema queda, y entiendo que solo puede definirse caso por caso, aunque el papel orientador está en manos de la ciencia jurídico-penal, más aún en nuestros países, que han adoptado un común sistema de la teoría del delito.

Sin duda alguna, por ejemplo y siguiendo la jurisprudencia constitucional española, una intervención de la jurisdicción constitucional será viable cuando la justicia penal ordinaria desconozca llanamente la exigencia de tipicidad de una conducta (no lo será cuando el juez opte por una de las varias interpretaciones que permite la ley penal, así por la definición de si un delito es de peligro abstracto o de peligro concreto); cuando la interpretación judicial sea irrazonable por resultar imprevisible para sus destinatarios al apartarse de la posible literalidad del precepto o al utilizar pautas interpretativas y valorativas extravagantes; o cuando se haga uso de una aplicación analógica in *malam partem*, a cuyo efecto, entre otros, en la

motivación del fallo se empleen modelos de interpretación no aceptados por la comunidad jurídica (Jaén, 2002, pp. 25-28).

3.4. Programa penal de la Constitución de 1993

3.4.1. Principios penales constitucionales y disposiciones constitucionales que conforman el Derecho Penal de la Constitución

- ✓ Principio-derecho de la dignidad humana (STC Exp. 1417-2005-AA/TC)
- ✓ El principio de pluralismo (STC Exp. 00030-2005-PI/TC)
- ✓ Principio de presunción de inocencia (STC Exp. 0618-2005-PHC/TC)
- ✓ Principio de proporcionalidad (STC Exp. 01209-2006-PA/TC)
- ✓ Principio de razonabilidad (STC Exp. 01209-2006-PA/TC)
- ✓ Principio de supremacía constitucional (STC Exp. 02939-2004-AA/TC)
- ✓ Principio-derecho de igualdad (Exp. N.º 0025-2005-PI/TC y 0026-2005-PI/TC).

3.4.2. Identificación de los principios constitucionales del Derecho Penal y su ubicación sistemática en la Constitución

- ✓ Principio-derecho de la dignidad humana (Art. 1)
- ✓ Principio de legalidad (artículo 2.24.d)

- ✓ Principio de igualdad ante la ley (Art. 2.2)
- ✓ Principio de reserva de la ley (Art. 2. 24.b).
- ✓ Principio de culpabilidad
- ✓ Principio de proporcionalidad (Art. 200.6)
- ✓ Principio de inaplicación por analogía de la ley penal y de las normas que restringen derechos (139.9)
- ✓ Principio de aplicación de la ley penal más favorable al procesado en caso de duda o conflicto entre leyes penales (139.11)
- ✓ Principio de no ser condenado en ausencia (139.12)
- ✓ Principio de no dejar de administrar justicia por vacío o deficiencia de la ley (139.8)
- ✓ Principios del régimen penitenciario y de los fines de la pena (139.22)

3.4.3. Los preceptos constitucionales con incidencia en el sistema penal en su conjunto: Disposiciones constitucionales que regulan prohibiciones, mandatos, y regulaciones que inciden en el sistema penal.

- ✓ Prohibición de discriminación (art. 2.2).
- ✓ Prohibición de reprimir penalmente las opiniones (2.3).
- ✓ Prohibición de la esclavitud. Servidumbre y trata de personas (2.24.b).

- ✓ Prohibición de prisión por deudas (2.24.c).
- ✓ Prohibición de detención salvo (2.2.4.f).
- ✓ Prohibición de violencia moral, psíquica, física o de ser sometido a tratos crueles, inhumanos o degradante, así como la prueba prohibida (2.24.h).
- ✓ Prohibición de incomunicación y el plazo máximo de incomunicación (2.24. g).

3.4.4. Los preceptos constitucionales con incidencia en el sistema penal en su conjunto: Disposiciones constitucionales que regulan prohibiciones, mandatos, y regulaciones que inciden en el sistema penal

- ✓ El mandato de legislar delitos que constituyan un ejercicio abusivo de la libertad de expresión e información (art. 2.4)
- ✓ Mandato de sancionar el tráfico ilícito de drogas (art. 8)
- ✓ Mandato de proteger el patrimonio cultural de las conductas lesivas (art. 21)

3.4.5. Los preceptos constitucionales con incidencia en el sistema penal en su conjunto: Disposiciones constitucionales que regulan prohibiciones, mandatos, y regulaciones que inciden en el sistema penal

- ✓ Las permisiones para la justificación de la violación de domicilio (art. 2.9)
- ✓ Los supuestos en que se puede tener acceso a las comunicaciones privadas (art. 2.10)
- ✓ La regulación sobre la suspensión del ejercicio de la ciudadanía en caso de sentencia condenatoria (art. 33).

- ✓ La obligación legal del duplicar el plazo de prescripción para delitos cometidos por funcionario público contra el patrimonio del Estado (art. 41)
- ✓ La obligación de garantizar la plenas vigencia de los derechos humanos y proteger a la población de ataques contra su seguridad (art. 44).

3.4.6. Disposiciones constitucionales que recogen los derechos fundamentales y que, por lo tanto, constituyen el fundamento y límite de la punición estatal

- ✓ Estas se encuentran en su mayoría en el artículo 2 de la constitución.
- ✓ Derecho a la vida (2.1);
- ✓ Integridad personal (2.1.);
- ✓ Libertad de conciencia y de religión (2.3);
- ✓ Derecho acceso a la información pública (2.5);
- ✓ y la libertad y seguridad personal (2.24)

3.4.7. Las garantías procesales, que a la vez constituyen derechos fundamentales derivados del debido proceso

- ✓ Motivación escrita de las resoluciones judiciales en todas las instancias (139.5).
- ✓ El derecho a la pluralidad de instancias (139.6)

- ✓ La prohibición de revivir procesos fenecidos con resolución ejecutoriada, y que la amnistía, el indulto, sobreseimiento definitivo y la prescripción producen efectos de cosa juzgada (139.13)
- ✓ Derecho de defensa (139.14).

3.4.8. Las garantías procesales derivados del debido proceso creados por el TC

- ✓ El derecho a un juez independiente e imparcial
- ✓ Derecho al libre acceso a la jurisdicción
- ✓ El derecho a la duración de un plazo razonable en la detención preventiva
- ✓ Derecho a la prueba
- ✓ Derecho a ser juzgado sin dilataciones indebidas
- ✓ Principio de ne bis in ídem
- ✓ Principio de igualdad de las partes
- ✓ Derecho a la ejecución de las resoluciones judiciales.

3.4.9. Disposiciones constitucionales que recogen aquellos preceptos que de modo expreso regulan conceptos del sistema penal

- ✓ La inviolabilidad e inmunidad parlamentaria (art. 93)
- ✓ La publicidad de los procesos penales (139.4.)

- ✓ La pena de muerte (art. 140)

3.5. El principio de legalidad como límite del ius puniendi en materia penal

El principio de legalidad, constituye uno de los cimientos sobre los que debe reposar todo Estado democrático y de derecho. Los valores como la libertad y seguridad personales, son los que fundamentan este principio; por lo que la presencia del mismo en las reglas del Derecho Internacional Público y en las del derecho interno, no hacen más que poner en primer orden, su importancia y su gravitación en la construcción del control penal. (Pérez, s.f., p. 3)

Está claro, pues, que este principio juega un rol elemental al fijar límites objetivos al ejercicio del poder punitivo estatal; siendo uno que, por su naturaleza jurídica, cumple una función esencial y, además, establece deberes que deben ser cumplidos por los operadores del Estado, bajo el apremio de asumir responsabilidades funcionales, en caso de incumplimiento de los parámetros que introduce el principio de legalidad. (Pérez, s.f., p. 3)

El principio de legalidad penal es, en cuanto a su vigencia, una exigencia jurídica fundamental en todo sistema que se precie respetuosa de los derechos humanos. Es por ello, reconocido en la mayoría de los Códigos penales y de las Constituciones políticas del mundo. Así en el Perú se proclama este principio y sus inherentes garantías, que luego estudiaremos, en el propio texto de la legislación orgánica del Derecho punitivo (art. II, III, VI, entre otros, del Código Penal peruano de 1991, y con carácter jurídico fundamental también la constitución (arts. 2 inc. 24 d, 103, 139 inc. 10, y 140) de la Constitución peruana.

Este principio es conocido universalmente con el apotegma latino “*nullum crimen, nulla poena, sine lege*”; es decir “no hay delito, no hay pena, sin ley”. Las formulaciones latinas ordinarias del principio de legalidad –*nulla poena sine lege (scripta, stricta, praevia, certa), nulla poena sine crimine, nullum crimen sine poena legali*– provienen de Feuerbach, que las desarrolla como elemento de su teoría de la pena (teoría de la conminación penal): “La prevención general a través de la “coacción psicológica” actuaría con mayor eficacia cuando más rigurosa esté determinado el mal de la pena” (Jakobs, 1995, p. 79).

Este apotegma encierra en sus vocablos latinos la esencia del principio de legalidad, donde pone de relieve el rol funcional que cumple la ley, para la determinación de la infracción punible y de la sanción penal, ahí radica su reconocimiento universal, es más, en algunos casos, se le reconoce como el principio del “*nullum crimen, nulla poena, sine lege*” (Jakobs, 1995, p. 79).

Nuestra Constitución Política establece en su artículo 2.24. d) que “Toda persona tiene derecho: (...) A la libertad y a la seguridad personales. En consecuencia: (...) Nadie será procesado ni condenado por acto u omisión que al tiempo de cometerse no esté previamente calificado en la ley, de manera expresa e inequívoca, como infracción punible; ni sancionado con pena no prevista en la ley”. Así mismo, la Carta Política, en el literal a) del mismo artículo 2.24 sostiene que “nadie está obligado a hacer lo que la ley no manda, ni impedido de hacer lo que ella no prohíbe”.

Es indiscutible que, como está concebido jurídicamente este principio en la Constitución política, técnicamente, constituye un derecho fundamental de la

persona, por lo que los operadores del Estado no solo están obligados a observarlo, sino que además tienen el deber jurídico de cumplirlo, atendiendo a la fuerza normativa constitucional que en la actualidad tiene; en ese sentido, hoy debe ser denominado como el derecho a la legalidad penal.

También goza del mismo reconocimiento en otros ordenamientos constitucionales e internacionales. La vigencia de este principio es indiscutida; es más, desde la Revolución francesa y los movimientos codificadores se lo considera como un principio básico del derecho penal. Es cierto que inicialmente este principio ... surgió, en realidad, como consecuencia de la desconfianza respecto de los jueces del Antiguo Régimen (Vallejo, 2002, p. 19).

En suma, la fuerza de lo que significó el principio de legalidad, como principio positivizado, en la historia del Derecho penal, y su reconocimiento como principio básico, hoy hace difícil que nos acostumbremos a llamarlo derecho a la legalidad penal; llamarlo, como tradicionalmente se le conoce, de ninguna manera significa desnaturalizar su fundamento jurídico constitucional como un derecho fundamental de toda persona (Pérez, s.f., p. 4).

Este principio, tradicionalmente designado con el nombre de “principio de legalidad”, establece que la intervención punitiva estatal, tanto al configurar el delito como al determinar, aplicar y ejecutar sus consecuencias, debe estar regida por el “imperio de la ley”, entendida ésta como expresión de la “voluntad general”. Y puesto que se refiere a la intervención del poder punitivo estatal se le puede llamar principio de intervención legalizada (Muñoz, 1975, pp. 79 y 80).

No le falta razón al profesor Muñoz Conde, cuando sugiere que al principio de legalidad penal se le puede, igualmente, denominar como principio de intervención legalizada; ello atendiendo a que constituye un parámetro o un límite al poder punitivo estatal, en la medida que le impone al Estado la obligación de intervenir en asuntos penales, haciendo uso de un solo instrumento normativo, como lo es la ley; esto es para determinar infracciones penales, para fijar en abstracto las sanciones penales, y para todo aquello en lo que se requiera una intervención legalizada.

Una de las principales características del principio de legalidad es el de orientarse a crear seguridad jurídica, más aún si le entiende como un valor y fin del orden jurídico referido a la realización de una función de organización y de una función de realización. (...) “La seguridad jurídica se opone a la incertidumbre, al azar, a la arbitrariedad y al desamparo respecto de una situación jurídica dada, que en materia penal viene representada por la comisión de un ilícito” (Urquiza, 2000, p. 35).

Esta seguridad jurídica constituye, además, una garantía para el ciudadano, en la medida que la existencia de la ley, le permite conocer los marcos de criminalidad. El principio de legalidad muestra sus efectos sobre el poder penal limitándolo a lo señalado en la ley, y sobre los ciudadanos, buscando que conozcan, en todo momento, cuáles son las consecuencias jurídicas de su conducta y la manera cómo van a ser aplicadas (Villavicencio, 2006, p .135).

CAPITULO IV

DISCUSION DE LA INVESTIGACIÓN

4.1. El ejercicio de control de constitucionalidad por los jueces peruanos

De acuerdo a Sequeiros (2009) un Estado con vigencia plena de la teoría de supremacía constitucional sería un Estado ideal, no tendría problemas constitucionales, judiciales y sociales, sin embargo, aun cuando dicha teoría es universalmente aceptada y unánimemente respaldada, su realización vivida resulta deficiente, razón por la que los mecanismos de control de constitucionalidad adquieren singular importancia ya que contribuyen directamente en el soporte efectivo de la mencionada teoría, de manera tal que en la medida que los controles de constitucionalidad funcionen, los estados serán más viables, probablemente mejor desarrollados y la vigencia de los derechos tiene mayor equilibrio.

Los sistemas de control de constitucionalidad, pueden abarcarse desde dos perspectivas diferentes, pero coherentes y complementarias, una vertiente política (desarrollado por entidades políticas y sobre argumentos esencialmente políticos) y otra jurídica, (en manos de órganos jurídicos fundamentalmente y sobre razones jurídicas esencialmente), igualmente importantes las dos, inescindibles, necesarias, complejas, lo que nos determina, en este caso, referirnos al ejercicio de esta potestad por parte de la función judicial del Estado, atribución al parecer venida a menos por factores diversos.

Así, Kelsen cuando desarrolla la teoría para justificar la existencia de las Cortes Constitucionales señala que los jueces resultan ineficaces en el control de

constitucionalidad, ya sea por excesiva carga procesal, por falta de interés en esta atribución, o simplemente por desidia e inclusive por incapacidad y falta de tradición.

Ha transcurrido más de un siglo y el control de constitucionalidad por parte de los jueces no ha cambiado sustancialmente y es probable que se haya estancado o tal vez retrocedido en vista del desarrollo que han tenido algunas cortes constitucionales, como en nuestro caso, aspectos que evaluaremos dentro de las limitaciones de espacio que circunscriben artículos en una revista de esta naturaleza. En el sistema anglosajón, donde no han tenido cabida las cortes constitucionales, la función judicial del Estado sigue ejerciendo hegemonía en el control de constitucionalidad.

El artículo 138 de la vigente Carta Fundamental reitera a los jueces que deben aplicar la Constitución si una norma es incompatible con ella, es reiteración de lo que establecía el texto constitucional de 1979 y encontramos como antecedente constitucional remoto de la supremacía constitucional el artículo 10 de la Constitución de 1856. Es verdad que esta norma ya no se repite hasta el Código Civil de 1936, debido a que la Constitución de 1870 (la de mayor duración), elimina la primera parte del artículo citado, la de 1920 no reitera el texto de 1856, pero además se incluye en la Ley Orgánica del Poder Judicial, cuyo artículo 8 reitera el concepto.

La Constitución de 1979, con claridad semántica, pero esencialmente con conocimiento trascendental de la materia, después de un debate esclarecedor incluye el control de constitucionalidad judicial a través de la inaplicación

normativa. El texto constitucional vigente de 1993 reitera el concepto y adicionalmente la Ley Orgánica del Poder Judicial (en adelante LOPJ) (artículo 14), que siguiendo la noción de no reiterar lo que dice la Constitución la desarrolla, como ocurre con otros artículos, precisando el procedimiento y esencialmente protegiendo el propósito de dicha función de control y el novísimo Código Procesal Constitucional también reitera el concepto a través de su artículo VI del Título Preliminar.

Evidentemente este control implica una tarea compleja, ya que no se refiere a una mera comparación entre lo que dice la norma y lo que fluye de la Constitución, sino que necesariamente requiere de una exhaustiva y cuidadosa evaluación de los propósitos constitucionales con referencia de toda la teoría de la interpretación constitucional y legal y adicionalmente se debe tener como referencia esencial la solución del caso específico y no perder de vista los efectos de la resolución, ya no solo circunscrito al caso específico, sino a la sociedad en su conjunto, de ahí que uno de los factores que influye en la escasísima ejecutoria de control difuso, resulta explicada. Los jueces evitan el control, en razón de las implicancias de toda naturaleza que pueden derivarse de su decisión, por tanto, requiere ponderación, medida, extremo cuidado, información suficiente, tanto doctrinaria, constitucional, como legal y ejecutoria referida al caso, sin dejar de lado las consecuencias de su decisión.

Por su parte el control concentrado del Tribunal Constitucional refiere Sequeiros (2009) que:

Para mayor solidez, tenemos que indicar que el mismo TC ha dejado abierta la posibilidad para que una norma discutida en su constitucionalidad ante el TC y declarada constitucional por este órgano máximo de control constitucional, puede ser inaplicado por un juez en un caso específico, lo que nos remite a considerar que esta norma siendo evidentemente constitucional en abstracto, porque así lo ha considerado el TC puede ser sometido a análisis en torno al caso concreto y pueda ser inaplicado por un juez en torno de un caso específico, puesto que la norma declarada constitucional, no tiene carácter “más” constitucional que el resto de las normas, esto es, su constitucionalidad no ha sido reforzada, sino que sencillamente tiene la misma trascendencia que cualquier otra norma que viene premunido de la presunción de constitucionalidad y por tanto el margen de discusión de su constitucionalidad se mantiene incólume y por tanto discutible planteado en el caso concreto. (pp. 148-149)

Se puede derivar de esta evaluación que para inaplicar una norma en las condiciones descritas el juez no tiene evidencia de la incompatibilidad de la norma, por el contrario, tendría evidencia de compatibilidad, pero aun así puede discutir esa “evidencia” y opinar lo contrario, no estando prohibido igualmente de discutir la constitucionalidad de una norma que no resulta “evidentemente incompatible” con la Constitución, es una cuestión meramente relativa, sujeta a control y decisión en función de la atribución constitucional que tiene la función judicial. (Sequeiros, 2009, p. 149)

Decir que solo puede inaplicar cuando hay evidente incompatibilidad, en suma, no significa nada, no constituye limitación ninguna a la potestad de control del juez, en realidad es un concepto y contexto incierto, inviable y absolutamente subjetivo que no delimita ni sirve de referencia para que el juez efectúe el control que le atribuye la Constitución y la ley.

Por otro lado, ¿resulta válido que el TC, en el conocimiento de un caso de su competencia, disminuya o restrinja las atribuciones que la Constitución otorga?, literalmente sí, pero teórica y racionalmente no, veamos el por qué. El texto constitucional reiterativo es claro: “Juez si encuentras incompatibilidad entre la norma y la Constitución, aplica la Constitución”, ese es el criterio básico, de ahí se deriva que al no aplicar la ley, está controlando la constitucionalidad de dicha norma, es una atribución y potestad que tiene la tendencia de favorecer la vigencia de la supremacía constitucional, propicia que los jueces no permitan vulneraciones a los derechos constitucionales y por cierto con mayor razón, que ellos no violen ningún derecho fundamental, entonces esa tendencia puede ser restringida y disponerse que el juez solo haga este ejercicio funcional cuando la incompatibilidad es evidente, creemos que no, tiene que hacerlo cuando las circunstancias del caso así lo requieren, siempre estando de por medio una cuestión de constitucionalidad, entonces la atribución de control judicial que señala el Código Político no puede ser violentado por un órgano constituido limitando esa atribución al mínimo inservible de manera tal que resulte virtualmente impracticable, inútil.

4.2. Alcances del contenido constitucional de la Constitución de 1993

Según Celis (2019) la Constitución contiene un conjunto de normas-regla y normas-principio que configuran un programa constitucional penal de contención; y conforme a su carácter normativo de la Constitución, vincula no solo la actividad legislativa, sino también la actividad de los órganos jurisdiccionales, y los a órganos de ejecución penal.

Este programa Penal de la Constitución, está conformado con los principios generales de la Constitución, los derechos fundamentales, los valores superiores, los principios generales, los mandatos, prohibiciones y permisiones directamente vinculados con la finalidad de contención del Derecho penal, y lo que es más importante la cláusula general de cierre del contenido del Derecho penal, según la cual todo el ordenamiento penal debe ser interpretado conforme a la Constitución.

En ese sentido, de acuerdo a Landa (2006) existe una relación directa entre Constitución y [derecho] penal, así lo establece al expresar que:

La potestad de administrar justicia penal debe estar enmarcada dentro de los cauces constitucionales, como son la observancia de los principios, valores y derechos fundamentales que la Constitución consagra y reconoce, los cuales están delineados en el artículo 1 de la Carta política, como son “la defensa de la persona” y “el respeto de su dignidad”, los cuales se constituyen en valores fundamentales de la sociedad, del Estado y del Derecho. (p. 54)

En ese sentido, lo expresado por Mendoza (2019) contribuye a la idea de contenido material de la constitucional y justicia material, en el sentido que la

Constitución define una concepción de la administración de justicia penal en donde se consagra la limitación de las funciones persecutoria y jurisdiccional en garantía de los derechos fundamentales, los cuales resultan de obligatoria observancia para el proceso penal.

Esta perspectiva constitucional ha sido recogida en el Código Penal (1991) y Nuevo Código Procesal Penal (2004) en cuyos “Título Preliminares” han recogido los principios y derechos constitucionales que la Constitución prevé y que son de aplicación tanto al derecho penal como al proceso penal” (Landa, 2006, p. 54).

De esta manera, se consagran algunos de los principios, garantías y derechos fundamentales que van a modelar el sistema penal peruano, que nacen de la constitución del y de los estándares establecidos en los tratados internacionales de derechos humanos, como la Convención Interamericana de Derechos Humanos el cual forma parte del bloque de constitucionalidad, que constituye un parámetro para evaluar la constitucionalidad de las normas penales.

Por otro lado, la parte orgánica de la Constitución, enuncia un conjunto de principios orgánicos públicos, pero no son fines en sí mismos, pues son principios mediales para la realización de los Derechos Fundamentales enunciados en la parte dogmática de la Constitución (Mendoza, 2019). La parte orgánica conforma los límites institucionales al poder, siempre como instituciones orgánicas configuradas para la materialización de los Derechos Fundamentales (Robles, et al, 2018).

Esta relación de medio–fin que corresponde a los principios orgánicos y los derechos fundamentales, tiene especificidad en el Derecho procesal penal; en efecto, cada uno de los conceptos penales deben ser insumidos de contenidos

limitativos y de contención, configurados en el contexto de la tensión: individuo-Estado, entre derechos fundamentales y principios orgánicos.

Estos derechos fundamentales se erigen en un poder-derecho del individuo que limita el poder estatal. En ese orden, insume contenido material al Derecho Penal, y propende a la optimización de los derechos fundamentales como límite a la vorágine del sistema punitivo. Se trata, pues, de plantear una cuestión mucho más radical, esto es, encontrar en la Carta constitucional una síntesis a priori, de: i) un modelo de límite negativo a la intervención punitiva, un programa más o menos detallado que vincule a todos los poderes; pero además de ii) mandatos de prestación estatal para limitar el poder punitivo (Donini, 2001, pp. 24 y 25).

Los derechos fundamentales contribuyen a una transformación de los caracteres conceptuales del derecho penal clásico, orientándolo hacia la concesión de una justicia penal material. Así, desde la teoría de los derechos fundamentales surgen exigencias de tutela más ideales que “esenciales”, de la persona humana (Castillo, 2014, p. 44 y ss.).

De esta forma la concepción garantista del derecho penal (Ferrajoli, 1995) de derechos y garantías se han convertido en fundamento, razón y objetivo del poder legítimo; pero, esa pretensión de legitimidad del poder punitivo, queda sólo en intensión, puesto que, por su propia naturaleza, irracional y selectiva, pulsa siempre por negar los Derechos Humanos.

En esta perspectiva Landa (2006) refiere que:

(...) sobre la base del decálogo de los derechos humanos propio de un Estado social y democrático de derecho, corresponde reformar las bases del Derecho Penal en la Constitución, en función de la tutela de la persona humana y sus derechos. Así, los derechos humanos despliegan su fuerza normativa y replantean conceptos e instituciones clásicas del Derecho Penal en sus campos sustantivo, procesal y de ejecución penal, en función del “bloque constitucional de los derechos humanos. (p. 9)

De esta manera, los derechos humanos tienen un contenido jurídico y se erigen en prohibiciones y/o mandatos para contener el poder punitivo y garantizar los derechos. Por ello, como lo refiere Bobbio (1991), en el tiempo de los derechos, el Estado no sólo debe encargarse de reconocerlos sino de promoverlos y protegerlos. Ese es, el gran reto del estado Constitucional garantizar la eficacia de los derechos.

4.3. Los alcances de los principios constitucionales

Los principios que deben regir el derecho penal deben estar en unas normas rectoras, que sean reconocidas como principios rectores de nuestra legislación penal, por su fundamental sentido del derecho penal, el cual debe estar guiado por normas rectoras y donde se encuentra preceptos orientados en la legalidad, tipicidad, antijuridicidad y culpabilidad, que poseen el doble carácter de principios del derecho penal y elementos del concepto general e institucional de delito.

Según el estudio de la teoría del delito, se comienza con los principios rectores y solo puede moverse dentro de ellos. Los principios establecidos en la Constitución del 1993, los derechos humanos no solo son reconocidos (artículo 55) sino llamados

a garantizarlo (artículo 200), y donde el Estado se responsabiliza a hacer cumplir su plena vigencia, y sancionar al responsable de delitos contra los derechos humanos (artículo 44), estableciendo la imprescriptibilidad de las referidas acciones penales derivadas de esta clase de delito, que son reconocidos en la referida constitución más los establecidos en los tratados internacionales, que tienen como base mínima la justicia social y seguridad jurídica tanto formal y material para la legitimación de un Estado Constitucional de Derecho.

Los principios del derecho penal, actualmente se encuentran en la Constitución con incidencias en el derecho penal, en este sentido la doctrina Constitucional y la ciencia del derecho, establece que la constitución, es el instrumento legal fundamental del ordenamiento Jurídico, el cual debe contener en su articulado un marco para la organización política y la estructura del Estado: Contenido Penal o Programa Penal (desarrollado en el capítulo anterior).

Así la inclusión de preceptos o normas constitucionales con relevancia en el derecho penal se debe a que el Estado tiene que garantizar al ciudadano, por una parte, su libertad y otros bienes jurídicos frente al *ius puniendi* estatal y a los eventuales excesos o extralimitaciones, que son evitados a través de ese marco constitucional es decir, la auto limitación de la potestad punitiva; y por otra parte, se ha de garantizar la efectiva concreción o aplicación de la misma y de la precitada potestad punitiva estatal, para proteger ciertos intereses frente a intereses ilícitos y para que el ciudadano no tenga que recurrir a hacerse justicia por sí mismo contra el delincuente, lo que es contraproducente e inadecuado conduciendo esta práctica únicamente a una especie de guerra civil, dejándose de tal manera la función de

administrar justicia penal al Estado, lo que supone una mayor efectividad, y mejor organización.

En un sistema penal debe gobernar principios, que sean la fuente y fundamento de aquello para que sirva de guía en el conocimiento de la dogmática penal, es decir, en la interpretación del derecho penal. Desde el punto de vista de la filosofía, se habla, de los “principios morales”, de principios del ser (principios ontológicos) que son en realidad las causas y de principios del conocimiento (principios gnoseológicos) que son las máximas fundamentaciones del pensamiento explicativo o deductivo.

Las ciencias por tanto explican todos y cada uno de los conocimientos de cada ciencia particular, pero se encuentran fuera de esta y no pueden ser explicados por ella, cada ciencia, y los principios que los contienen son, gnoseológicos prestados o tomados de otras disciplinas, que poseen, por tanto, una mayor implicación en el conocimiento que debe ser expresados en fórmulas muy generales y clara para su entendimiento.

Los principios, son el mejor punto de partida, de ninguna manera representan un punto de llegada o estado terminal del conocimiento, derivar conocimiento, los principios deben ser desarrollados y concretados, de tal modo que el conocimiento que se quede en ellos no-pasa de la generalidad. En el campo jurídico, esto significa que han de ser puestos en relación de sentido y armonía con las normas a que se refieren y a las que inspiran. El principio que no se aplica no solo no sirve para nada, sino que en verdad no es principio de nada, es por ello que los principios jurídicos penales, se funda en todo conocimiento y toda norma jurídico penal y de

los que, en consecuencia, no se puede separarse de la práctica o del ejercicio del derecho penal.

En definitiva, como afirmará Carrasquilla (1989) que:

El derecho penal se reconozca como un mal necesario, y la pena como una amarga necesidad social, que presupone, por tanto, el empleo de una amplia variedad de medidas sociales previas que contrarresten las causas criminógenas que incide en el entorno que le toca actuar. (p. 56)

De tal manera que estos principios rectores, en consecuencia, debe, de orientar la labor no solo del legislador al momento de la creación de los delitos y las penas; sino también, del operador jurídico al momento de interpretar y aplicar la norma penal.

V. CONCLUSIONES

1. La legitimación constitucional del control constitucional en la intervención penal del legislador y del juez da cuenta de una concepción de la Constitución como valor y fundamentos del Derecho penal, en tal sentido, constituye el fundamento de la Derecho penal (de la pena y el delito), fundado en la concepción material de la constitución, que busca garantizar y concretizar los contenidos de la constitución, a través del conjunto de principios constitucionales que obligan al legislador y a los operadores jurídicos en sede penal a la consulta de la Carta, para resolver los conflictos jurídicos sometidos a su consideración.
2. El control constitucional de las normas y actos jurídicos en el sistema penal peruano pondera los principios y valores constitucionales, cuyo sustento es el paradigma jurídico del neoconstitucionalismo; en ese sentido, el derecho penal de la Constitución establece ese marco relativo a temas jurídicos en sentido general, y político-criminales específicos, que se constituyen en fuente de inspiración y consulta obligatoria para el legislador penal en la creación de la ley, así como para los demás operadores del sistema penal en la adopción de sus decisiones y la realización de sus tareas.
3. El control constitucional de las leyes está recogido en la Constitución, ha contribuido al propósito de elevar la racionalidad de las decisiones relativas al control de las decisiones político criminales del legislador, cuyo sustento es el principio de separación de poderes; donde el ejercicio del Parlamento tiene soberanía plena, pero en el marco de la constitución (principio de

vinculatoriedad). Donde, es perfectamente posible que el propio parlamento legisle contra la propia norma constitucional, en esa medida el Tribunal Constitucional pueda entrar a ejercer el control constitucional cuando el parlamento en la promulgación de nuevas leyes penales se pone en contra de la constitución, por ello es una función esencial del Tribunal Constitucional.

4. La existencia de una jurisdicción constitucional para el control de los principios y los derechos fundamentales presupone, como es claro, un sistema constitucional y jurídico determinado, donde se controle la constitucionalidad de las leyes, básicamente como consecuencia del efecto irradiante que los derechos fundamentales tienen sobre el derecho emanado del Parlamento, ello ha puesto de manifiesto la necesidad de criterios para establecer la compatibilidad de la jurisdicción constitucional con la división de poderes.
5. La relación constitución y derecho penal exige que el fundamento de la culpabilidad presupone la racionalidad de la incriminación, del delito y, claro, de su consecuencia, de la pena. Si no se tiene una racionalidad en estos sectores, no hay razón para mantenerse una culpabilidad fundada en la retribución, porque no se tiene cómo justificar un instituto cuando sus antecedentes y sus consecuencias tampoco están racionalmente legitimados, por ello el déficit de racionalidad del derecho penal, puede ser un recurso para evitar que el poder de castigar fortalezca su autoritarismo.

VI. RECOMENDACIONES

1. El derecho penal fundado en la constitución, exige que el actual modelo penal del Estado peruano, tenga en consideración que la Constitución se constituye como límites absolutos de los poderes del Estado, incluido por supuesto el poder de sancionar y castigar, por ello para contextualizar y dar contenido a dicha propuesta del derecho penal fundado en la constitución o del programa penal de la Constitución, se debe partir de los principios que configuran el neoconstitucionalismo (Guastini); y utilizar los principios constitucionalismo principialista (Ferrajoli) para analizar el cambio de perspectiva respecto de estos temas en la dogmática penal.
2. Para la justificación derecho penal fundado en la constitución o del programa penal de la Constitución, debe de emplearse la orientación sustancial o constitucional, donde el poder punitivo del Estado debe estar definido y fundado en la Constitución, no sólo en cuanto a sus fines, objetivos e instrumentos, sino que, además, en cuanto a los postulados o principios de su sistema de argumentación y aplicación, es decir, su faz legislativa y judicial.
3. La orientación sustancial o constitucional postula, que los principios rectores del sistema penal no son meros límites al *Ius puniendi*, sino verdaderos fundamentos o principios constituyentes del mismo, esto es, un Derecho penal Constitucional cuya función esencial es garantizar los valores, bienes y derechos que en dicho texto se establecen. Por ello, es en la propia Constitución donde se encuentra el cuadro de valores y la jerarquía de bienes

a los que el legislador debe atenerse para elaborar los intereses dignos de tutela penal.

4. La existencia de un programa penal en la Constitución de 1993, implica encontrar en la Carta constitucional una especie de síntesis a priori, un modelo de intervención penal que vincula al legislador tanto respecto a los fines, como a los instrumentos de tutela; además se pueden extraer también los límites negativos a la intervención penal. Por ello, las críticas a los tipos penales abstractos, al derecho penal de autor, y a las penas arbitrarias y desproporcionadas, afectando principios como el de legalidad, razonabilidad y proporcionalidad.

VII. REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS

- Álvarez-Gayou, J. (2003). *Cómo hacer investigación cualitativa. Fundamentos y metodología*. Paidós.
- Angulo, P. (2006). Investigación Preliminar Fiscal y Tipicidad Penal. *Revista Institucional Aportes al Derecho Penal Peruano desde la Perspectiva Constitucional*, (7).
- Arroyo, L. (1998). Derecho Penal Económico y Constitución. *Revista Penal La Ley*, (1).
- Arroyo, L. y otros (1996). *Lecciones de Derecho penal Parte General*. Barcelona: Praxis.
- Bacigalupo, E. (1999). *Principios constitucionales del Derecho Penal*. Hammurabi.
- Ballenas, P. (2016). *Manual Auto Instructivo Taller: Aplicación de las sentencias de la Corte Interamericana de Derechos Humanos a nivel nacional*. AMAG.
- Bianchi, A. (1992). *Control de constitucionalidad. El proceso y la jurisdicción constitucionales*. Ábaco Rodolfo Depalma.
- Bidart, G. (1998). Justicia Constitucional y reforma del Poder Judicial. La justicia constitucional a finales del siglo XX. *Revista del Instituto de Ciencias Políticas y Derecho Constitucional*, (6).
- Bobbio, N. (1991). *El tiempo de los derechos*. Barcelona, Ariel.

- Bramont-Arias, L. y García, M. (1997). *Manual de Derecho Penal Parte Especial*. San Marcos.
- Briones, G. (1986). *Métodos y Técnicas de Investigación para las Ciencias Sociales*. Trillas.
- Bulmer, E. (2021). *¿Qué es una constitución? Principios y conceptos*. IDEA Internacional. <https://doi.org/10.31752/idea.2021.10>
- Bustos, J. (1994). *Manual de Derecho. Penal Parte General*. PPU.
- Calamandrei, G. (1962). *Corte constitucional y autoridad judicial, Estudios sobre el Proceso Civil*. (Tomo III). Jurídicas Europa-América.
- Calderón, N. (2006). Los Límites Constitucional del Ius puniendi y los Fenómenos de Politización Normativa. *Aportes al Derecho Penal Peruano desde la Perspectiva Constitucional*, (7).
- Carbonell, M. (2007). *Teoría del neoconstitucionalismo. Ensayos escogidos*. Trotta-UNAM.
- Castillo, J. (2002). *Principios de Derecho penal. Parte General*. Gaceta Jurídica.
- Castillo, L. (2020). Estudio Introductorio. En: Zagrebelsky, G.; Marcenó, V., y Pallante, F. *Manual de Derecho constitucional*. Zela.
- Chanamé, R. (2021). *Diccionario jurídico modernos*. Instituto Pacífico.
- Díaz, F. (2003). *La interpretación constitucional de la ley*. Palestra Editores.

- Donini, M. (2001). Un Derecho Penal Fundado en la Carta Constitucional: razones y límites. *Revista Penal*, (8).
<https://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=196257>
- Fernando, C. (1995). *Derecho Penal Fundamental*. (Tomo I). Temis.
- Ferrajoli, L. (1997). *Derecho y razón. Teoría del Garantismo Penal*. Trotta.
- Ferrajoli, L. (2007). Sobre los derechos fundamentales. En Carbonell, M. (Ed.). *Teoría del neoconstitucionalismo*. Trotta –UNAM.
- Fioravanti, M. (2009). *Los derechos fundamentales. Apuntes de historia de las Constituciones*. (6ª ed.). Trotta.
- Fix-Zamudio, H. (1968). *Veinticinco años de evolución de la Justicia Constitucional (1940-1965)*. Universidad Nacional Autónoma de México.
- Fix-Zamudio, H. y Ferrer Mac-Gregor, H. (2009). *Las sentencias de los tribunales constitucionales*. Centro de Estudios Constitucionales del Tribunal Constitucional del Perú.
- Gascón, M. y García, A. (2005). *La argumentación en el derecho*. Palestra.
- Gómez, N. (s.f.) *Análisis de los principios del derecho penal*.
<https://www.corteidh.or.cr/tablas/R06737-4.pdf>
- Guastini, R. (2011). *Disposición vs. norma*. Palestra.
- Guastini, R. (2013). *Estudios de Teoría Constitucional*. Fontamara.

- Häberle, P. (2007). La jurisdicción constitucional institucionalizada en el Estado Constitucional. En: Häberle, P. (Ed.). *Nueve ensayos constitucionales y una lección jubilar*. Palestra.
- Hamilton, A., Madison, J. y Jay, J. (2014). *El federalista* (segunda edición en español, quinta reimpresión). Fondo de Cultura Económica.
- Haro, R. (2004). El control de constitucionalidad comparado y el rol paradigmático de las Cortes y Tribunales Constitucionales. *Anuario de Derecho Constitucional Latinoamericano*. Konrad Adenauer Stiftung.
- Hesse, K. (1983). *Escritos de derecho constitucional*. Centro de Estudios Constitucionales.
- Hurtado, J. (2005). *Manual de Derecho Penal. Parte general*. (3ª ed.). Grijley.
- Jaén, M. (2002). *Derecho Penal Aplicado*. Jurista Editores.
- Jaén, M. (2002). *Justicia penal contemporánea*. Librería Portocarrero.
- Jakobs, G. (1995). *Derecho Penal, Parte General. Fundamentos y teoría de la Imputación*. Madrid: Marcial Pons.
- Kelsen, H. (2011). *La garantía jurisdiccional de la Constitución (La justicia constitucional)* (: Tamayo y Salmorán Trad.). En *Anuario Iberoamericano de Justicia Constitucional*, (15), 249-300.
<https://revistas.pucp.edu.pe/index.php/iusetveritas/article/view/15443>

- Landa, C. (2006). Bases Constitucionales del nuevo código procesal penal peruano.
En: Landa, C. (dir.). *Constitución y fuentes del derecho*. Palestra.
- Landa, C. (2007). *Tribunal Constitucional y Estado democrático*. (3ª ed.). Palestra.
- Loewenstein, K. (1982). *Teoría de la Constitución* (Gallego, A. Trad.). Ariel.
- Lombardi, G. (2009). Estudio preliminar. En Schmitt, C. y Kelsen H., *La polémica Schmitt/ Kelsen sobre la justicia constitucional: el defensor de la Constitución versus ¿Quién debe ser el defensor de la Constitución?* Tecnos.
- López, L. (2017). El control constitucional en el Perú: ¿un modelo aún por armar?
Revista VOX JURIS 34 (2), 73-97.
<https://www.aulavirtualusmp.pe/ojs/index.php/VJ/article/viewFile/1075/857#:~:text=En%20el%20caso%20peruano%2C%20el,en%20la%20Constituci%C3%B3n%20de%201979.>
- Lujan, M. (2013). *Diccionario Penal y Procesal Penal*. Gaceta Jurídica.
- Luzón, D. (1995). *Curso de Derecho Penal. Parte General I*. Universitas.
- Mendoza, F. (2019). Constitucionalismo penal. *Legis.pe*.
<https://lpderecho.pe/constitucionalismo-penal-francisco-celis-mendoza-ayma/>
- Muñoz, F. (1975). *Introducción al Derecho Penal*. Bosch.
- Nunes, L. (1998). “Portugal” In Eliseo Aja. *En Las tensiones entre el Tribunal Constitucional y el Legislador en la Europa actual*. Ariel.

- Pozzolo, S. (2011). *Neoconstitucionalismo y positivísimo jurídico*. Palestra.
- Ramírez, R. (2010). *Proyecto de investigación / Cómo se hace una tesis*. UNMSM.
- Ramos, C. (2015). *Presentación*. En: *El proceso de inconstitucionalidad en la jurisprudencia (1996-2014)*. Centro de Estudios Constitucionales del Tribunal Constitucional del Perú.
- Robles, L. (2014). *Guía metodológica para la elaboración del proyecto de Investigación Jurídica*. Ffecaatt,
- Robles, L. et al. (2016). *El paradigma jurídico Neoconstitucionalista: El caso peruano según la constitución de 1993*. Ffecaatt.
- Robles, L. et al. (2018). *La Constitución y los derechos fundamentales desde la jurisprudencia del Tribunal Constitucional*. Ffecaatt.
- San Martín, C. (2004). Jurisdicción constitucional y justicia penal: problemas y perspectivas. En: *Ponencia presentada en el VII Seminario Internacional sobre Justicia Constitucional y Estado de Derecho realizado en Santa Cruz-Bolivia, del 25 al 27 de agosto de 2004*.
<https://revistas.pucp.edu.pe/index.php/derechopucp/article/view/10341>
- Sequeiros, I. (2009). El ejercicio de control de constitucionalidad por los jueces peruanos. *Revista Oficial del Poder Judicial* 3 (5).
<https://www.pj.gob.pe/wps/wcm/connect/00245b0046cbca2a8cb18d44013c2be7/1.+%C3%8Dndice+y+Editorial.pdf?MOD=AJPERES&CACHEID=00245b0046cbca2a8cb18d44013c2be7>

- Sota, A. (2013). Programa penal de la constitución política de 1993 y el derecho penal constitucional peruano. *Derecho y Cambio social*.
<https://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=5490724>
- Tavares, J. (2012). La racionalidad, el derecho penal y el poder de castigar: los límites de la intervención en el estado democrático. *Ponencia en el I Congreso Internacional de Política Criminal, organizado por la Maestría en Ciencias Penales de la Universidad de Costa Rica y por el Colegio de Abogados de Costa Rica*.
<https://revistas.ucr.ac.cr/index.php/RDMCP/article/view/15817>
- Tiedemann, K. (2003). *Constitución y Derecho Penal*. Palestra.
- Tomás y Valiente, F. (1989). *Poder Judicial y Tribunal Constitucional*. Poder judicial de Madrid.
- Urquiza, J. (2000). *El principio de legalidad*. Gráfica Horizonte.
- Urtecho, V. (1994). *Jurisdicción constitucional. Procesos constitucionales*. Fondo Editorial de la Universidad de Trujillo.
- Vilcapoma, J. (2013). *Aprender e investigar / Arte y método del trabajo universitario*. Argos.
- Villavicencio, F. (2006). *Derecho Penal. Parte general*. Grijley.
- Wessels, J. (1985). *Derecho Penal. Parte general*. Depalma
- Zagrebelsky, G. (1995). *El derecho dúctil. Ley, derechos, justicia*. Trotta.