



UNR Universidad
Nacional de Rosario

FACULTAD DE DERECHO
DOCTORADO EN DERECHO

TÍTULO DE LA TESIS:

EI DESARROLLO DE LA JUSTICIA CONSTITUCIONAL

– Fricciones con la Legalidad Penal –

AUTORA:

Ana Cecilia Calderón Sumarriva

DIRECTOR:

Guido César Aguila Grados

Fecha de Presentación:

7/11-2016

RESUMEN

La investigación ubicada en la idea de Estado Constitucional de Derecho desarrolla el problema de los excesos que comete la justicia constitucional, en la experiencia peruana y comparada; pero frente al principio de legalidad penal, ámbito en el cual no puede existir flexibilización, en aras de no afectar esta garantía para los ciudadanos, pero también necesaria para el mantenimiento de la seguridad jurídica. Se propone la autolimitación o la generación para la justicia constitucional de un mecanismo de control preventivo que evite que la norma ingrese al sistema jurídico y produzca los efectos normativos.

ABSTRAC

Research located on the idea of constitutional rule of law develops the problem of excesses committed by constitutional justice in the Peruvian and comparative experience; but against the principle of legality, a field in which there can be more flexible, in order not to affect citizens is guaranteed, but also necessary for the maintenance of legal certainty. The restraint or the generation of a constitutional justice preventive control mechanism that prevents the rule from entering the legal system and produce regulatory effects is proposed.

Dedicatoria:

Para mis padres Beltrán y Teresa, a mi esposo Guido y mis hijas Ana María y Grecia Mia, todos ellos, permanente fuente de inspiración y motor de todos los esfuerzos.

ÍNDICE

Introducción.....	8
CAPÍTULO I	
LA JUSTICIA CONSTITUCIONAL.....	17
1. LA CONSTITUCIÓN COMO MARCO DE ACTUACIÓN.....	17
1.1. Definición	
1.2. Características	
1.3. Naturaleza de las disposiciones constitucionales	
2. TRIBUNALES Y CORTES CONSTITUCIONALES.....	45
2.1. Origen y desarrollo	
2.2. Asuntos sometidos a su competencia	
2.3. Otras Competencias en el Derecho Comparado	
3. APORTES Y CRÍTICAS A LA JUSTICIA CONSTITUCIONAL.....	57
CAPÍTULO II	
LA JUSTICIA CONSTITUCIONAL EN EL PERÚ.....	71
1. EL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL EN EL PERÚ.....	71
1.1. Origen y desarrollo	
1.2. Conformación y competencias del Tribunal Constitucional en el Perú	
1.3. El control constitucional en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional	
1.4. La protección de los Derechos Fundamentales en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional	
2. BALANCE DE LA LABOR DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL.....	94
2.1. Avances	
2.2. Desafíos	

CAPÍTULO III

LA ACTUACIÓN DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL PERUANO Y SUS FRICCIONES CON LA LEGALIDAD PENAL

PENAL	109
1. CUESTIONES PRELIMINARES	109
2. ASPECTOS ESENCIALES DEL PRINCIPIO DE LEGALIDAD PENAL	114
2.1. Aspectos Generales sobre el Principio de Legalidad	
2.2. La Garantía de la Reserva de Ley	
2.3. Principio de Legalidad Penal	
3. LAS FRICCIONES GENERADAS A PARTIR DE LA JURISPRUDENCIA DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL DEL PERÚ	142
3.1. Alcances y límites del delito de terrorismo	
3.2. Interpretación y aplicación del tipo penal de colusión ilegal	
3.3. La extensión del delito de Peculado	
3.4. Intervención en el caso de cómputo de la pena considerando los días de arresto domiciliario	
4. ¿CRISIS GENERAL DEL PRINCIPIO DE LEGALIDAD? LO QUE NOS DICE LA EXPERIENCIA COMPARADA Y EL ORIGEN DE LA TENDENCIA A LA INDETERMINACIÓN	200

CAPÍTULO IV

LA NECESIDAD DE IMPONER LÍMITES EXPLÍCITOS A LA DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

LA DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL	222
1. EL DEBILITAMIENTO DEL PRINCIPIO DE LEGALIDAD Y SUS EFECTOS EN EL ORDEN JURÍDICO GENERAL	222

1.1. De la invasión de competencias exclusivas de los jueces ordinarios y el parlamento a la fractura del modelo político constitucional	
1.2. Distorsión del sistema de fuentes y su necesaria interpretación desde la Constitución	
1.3. Fraccionamiento del contenido del Principio de Legalidad y el escape de su noción al Derecho Internacional	
2. LA NECESIDAD DE RECONOCER LÍMITES EXPLÍCITOS A LA ACTUACIÓN DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL	260
2.1. De los límites implícitos y explícitos en el ejercicio del poder del Tribunal Constitucional	
2.2. Los Principios del Derecho y los Principios Constitucionales del Derecho	
2.3. El Principio Constitucional de Legalidad Penal, los peligros de su ponderación y los criterios exigibles al Juez Constitucional	
CONCLUSIONES	298
RECOMENDACIONES	300
BIBLIOGRAFÍA	301

INTRODUCCIÓN

En el desarrollo de nuestra investigación se observa cómo se desenvuelve la justicia constitucional en latinoamericana en general y, en especial en el Perú, y ello va de la mano con la construcción de un Estado Constitucional en nuestros países. El tema planteado se circunscribe a la inquietud que surge del momento que vivimos en nuestros países que deben vincularse con la del Estado Constitucional de Derecho, y en el que se observan esfuerzos (aunque también traspies) para consolidar un régimen democrático de gobierno, de compatibilizar la normatividad existente con los parámetros constitucionales¹ y lograr la vigencia efectiva de los derechos fundamentales.²

Esta situación que experimentamos, y que tiene como principales protagonistas a los jueces constitucionales no es nueva. Circunstancias similares se han experimentado en otros Estados en diferente tiempo y en atención a su realidad y tradición jurídica.³ Por ejemplo, el constitucionalismo inglés⁴ y el americano tienen sus peculiaridades y su

¹ Fioravanti refiriéndose a la Constitución utiliza la denominación de “norma directiva fundamental” a la que deben conformarse en sus acciones, en nombre de los valores constitucionales, todos los sujetos políticamente activos, públicos y privados.” (En: *Los Derechos Fundamentales. Apuntes de Historia de la Constituciones*. Editorial Trotta. Sexta Edición. Madrid. 2009. p. 128).

² Los artículos 38° y 45° de la Constitución del Perú establece el deber de los ciudadanos y de los poderes públicos, respectivamente, de respetar, cumplir y hacer cumplir la norma suprema, dentro de la cual están expresamente e implícitamente contenidos los derechos fundamentales.

³ “Desde el punto de vista histórico, la noción de constitucionalismo es muy compleja. Alcanza a una notable variedad de orientaciones, cada una de las cuales cuenta con características propias. Además, si bien se trata de un fenómeno estrictamente moderno, el constitucionalismo afianza sus raíces en la edad premoderna.” (SALAZAR UGARTE, Pedro. *La Democracia Constitucional. Una Radiografía Teórica*. México. Fondo de Cultura Económica. 2006. p. 21).

⁴ “La Constitución británica es el arquetipo de las flexibles; es decir, de las que se reforman por el mismo órgano y método de la Ley Ordinaria. (...) Esta flexibilidad técnica – jurídica le permite también una gran flexibilidad política puesto que no encuentran obstáculos jurídicos formales para adaptarse a las nuevas situaciones históricas de carácter normal, sino también a las situaciones excepcionales y, en principio, transitorias. (...) Todo ello es posible también en virtud de otro principio de la Constitución británica, a saber, la soberanía del Parlamento, (...)” (GARCÍA PELAYO, Manuel. *Derecho Constitucional Comparado. En Obras Completas*. Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2009. Volumen I. p. 452).

propio desarrollo⁵; distinto al que tuvo el europeo y, también, de los países que hemos recibido y adoptado sus avances institucionales.

Para el desarrollo de esta investigación fue preciso deslindar, en primer lugar, qué es lo que se entiende por Constitucionalismo en segundo lugar, qué concepto de Constitución asumimos, responder a estas preguntas realizadas no sólo es necesario por razones de rigurosidad conceptual para la investigación, sino también porque partimos de la premisa que Constitucionalismo y Constitución no son sinónimos.

El constitucionalismo es una concepción⁶ cuya idea central se encuentra en la limitación del poder, pero que ha tenido opciones teóricas diferentes que, como indica Susana Pozzolo, tienen “un aire de familia”⁷: son diferentes entre sí, pero con algo común (constitucionalismo liberal, constitucionalismo social y constitucionalismo democrático).

Las distintas expresiones del constitucionalismo se pueden observar en su desarrollo. En ese sentido, desde los antiguos ya existían fuertes ideales constitucionales;⁸ como indica Fioravanti, que percibieron la

⁵ Ya en la deliberación de la Asamblea de Virginia el 30 de mayo de 1765 se puede ver que ante el acto impositivo de tributos por parte del parlamento inglés se consideró “ilegal, inconstitucional e injusto”, y por primera vez se utilizaba el concepto “constitución” contra la Ley en sentido plenamente normativo con la intención de considerar la ley inválida, esto es, que no generaba una obligación legítima. Fioravanti (p. 104). Es más, la práctica del control de constitucionalidad en los Estados Unidos era visible cuando el magistrado francés Alexis Tocqueville (1805-1859), en su obra *Democratie en Amérique* publicada entre 1835 y 1840; señalaba que “En los Estados Unidos la Constitución manda tanto sobre los legisladores como sobre los simples ciudadanos”. “La idea de un Derecho fundamental o más alto (*higher law*) era claramente tributaria de la concepción del Derecho natural como superior al Derecho positivo e inderogable por éste y va ser reafirmada por los colonos americanos en su lucha contra la Corona inglesa, a la que reprochan desconocer sus derechos personales y colectivos.” (GARCÍA DE ENTERRIA, Eduardo. *Ob. Cit.* p. 51).

⁶ Después de las dos grandes corrientes de pensamiento iusnaturalismo y positivismo, el primero fundado en un conjunto de principios de justicia universalmente válidos, que fue el impulso para las revoluciones liberales y las primeras constituciones escritas, quedó en los márgenes por el positivismo jurídico del siglo XIX, el mismo que también fue derrotado, optándose por una visión post positivista alejada de la estricta legalidad y que tiene como principal cambio de paradigma, el reconocimiento de la fuerza normativa de la Constitución, la ampliación de la jurisdicción constitucional y la preparación de las diferentes categorías de interpretación constitucional. (BARROSO, Luís. *O triunfo tardio do Direito Constitucional no Brasil. En Consultor Jurídico. www.conjur.com.br. publicado 26 de abril de 2006*). “El constitucionalismo es concebido como un conjunto de doctrinas (...)” (FIORAVANTI, Maurizio. *La Constitución desde la antigüedad hasta nuestros días*. Madrid. Editorial Trotta. 2007. p. 85).

⁷ POZZOLO, Susanna. *Neoconstitucionalismo, Derecho y Derechos*. Lima, Editorial Palestra. Primera edición, 2011. p. 7.

⁸ Autores como Salazar Ugarte sostienen que el constitucionalismo moderno es la compleja reelaboración de un ideal antiguo: el del “gobierno de las leyes”, concepto que sirvió para

Constitución "(...) como un ideal - al mismo tiempo ético y político - a perseguir, que se hacía todavía más fuerte – como hemos visto – en las fases de las crisis más intensas, (...)”⁹. En la Edad Media se hace referencia a la “eclipse de la Constitución” pero, a diferencia de los antiguos, era más bien como un orden jurídico natural, dado a preservar o a defender, frente a todos aquellos que pretendían introducir alteraciones arbitrarias en los equilibrios existentes.

En la antigüedad clásica y en el período medieval se encontrarían a los pensadores e ideas que sentaron las bases del constitucionalismo. Así, se puede citar al inglés Henry Bracton (s. XIII), que expone una idea base del constitucionalismo moderno: la *lex regia* que limita el poder del soberano y que obliga a respetar sus promesas. En este momento histórico también se ubica un documento fundamental, la Carta Magna de 1215, que hace referencia a una “ley del país” que limita los poderes del Rey, y que fue la fuente de inspiración del *Bill of Rights* de 1689.

Por otro lado, las declaraciones francesa¹⁰ y americana¹¹ del siglo XVIII afirmaron el principio de limitación del poder político y con ellas, como señala Salazar Ugarte, nacieron las primeras “cartas constitucionales”.

La Constitución surge como un tipo de norma a finales del siglo XVIII. Como señala García de Enterría, surge “con sus dos grandes manifestaciones: las norteamericanas hasta llegar a la federal de 1787, aún vigente, y las que se suceden tras la revolución francesa.”¹²

Estas primeras cartas constitucionales producto de revoluciones tienen lugar a partir del constitucionalismo liberal, que tiene como rasgos

distinguir el buen y el mal gobierno. Plantón, en un célebre párrafo de las *Leyes*, expresó su preferencia por el gobierno de las leyes porque de ello dependería la salvación del Estado. Aunque en el *Político* expresó lo contrario al decir que: “las leyes podían ser un tirano obstinado e ignorante.”

⁹ FIORAVANTI, Maurizio. *Ob. Cit.* p. 30.

¹⁰ La Declaración de Derechos de 1789 reflejaba no sólo la idea de separación de poderes, sino la de un poder legislativo con una fuerza suprema, del cual dependían el reconocimiento de los derechos individuales. Recién con la Constitución del año III (1795) se consideró la posibilidad de limitar al poder legislativo, para lo cual se suprimió el voto universal, se reintrodujeron las elecciones de segundo grado y se vinculó el derecho al voto al pago de los impuestos.

¹¹ La revolución americana, a diferencia de la experiencia francesa, que fue una revolución constitucional que desconfió y buscó limitar al poder legislativo. La Constitución americana se identificó con reglas comunes e inmodificables que el pueblo ha concedido.

¹² GARCÍA DE ENTERRIA, Eduardo. *Ob. Cit.* p. 41.

fundamentales un Estado limitado y con separación de poderes¹³, así como la protección y garantía de la vida, libertad y propiedad del individuo. Los derechos individuales incorporados en la Constitución representan una frontera infranqueable para la voluntad del soberano. La garantía de los derechos implica la subordinación del poder al derecho, pero dicha subordinación puede ser formal o material.¹⁴

Después de la primera guerra mundial se va observar las primeras manifestaciones del denominado constitucionalismo social. La Constitución Mexicana de 1917, la Constitución de Weimar de 1919¹⁵ y la española de 1931 son muestras de esta nueva corriente que propugna un Estado que debe garantizar la efectividad de los derechos. Así, se consagra el principio de inviolabilidad de los derechos y el principio de igualdad, que se afirma no sólo por la prohibición de la discriminación, sino que se sitúa en la necesidad de acceso a bienes fundamentales como la educación y el trabajo. Esta concepción evidenció la necesidad de dar valor jurídico a las reivindicaciones sociales y, de esa forma, transformar el contenido de los derechos individuales, convirtiéndose todo ello en un criterio de legitimidad.

En la segunda mitad del siglo XX se complementa lo avanzado por el constitucionalismo liberal y social y se fortalece el constitucionalismo democrático, ya que se tenían las primeras constituciones nacidas del ejercicio del poder constituyente, fundado en el principio de soberanía popular y que se colocan por encima del legislador.

¹³ Montesquieu trazó en el siglo XVIII las coordenadas de un diseño estratégico para evitar la concentración del poder político y garantizar la vigencia de los derechos fundamentales. Como señala Tropel, la verdadera condición esencial para la existencia de la Constitución del constitucionalismo liberal es la garantía de los derechos – primero naturales y después positivos – de los individuos. (TROPEL, M. *La máquina y la norma. Dos modelos de Constitución*. Doxa Cuadernos de Filosofía del Derecho. 22.1999. p. 331).

¹⁴ SALAZAR UGARTE, Pedro. *Ob. Cit.* p. 86.

¹⁵ “Schmitt y Kelsen tuvieron dos interpretaciones distintas y opuestas de la Constitución de Weimar. A partir de ello se formaron dos verdaderas y auténticas concepciones de las constituciones democráticas del siglo XX. Para Schmitt es imprescindible la referencia al poder constituyente: la constitución es democrática porque ha sido querida por el pueblo soberano, que en ella aparece como unidad política capaz de decidir sobre el futuro. Por el contrario, para Kelsen la constitución democrática rechaza toda unidad preconstituida y porque permite desplegar el pluralismo, con los partidos en el parlamento y con el ejercicio de la justicia constitucional – vistos como mecanismos de garantía dirigidos contra todo intento de romper el equilibrio entre las fuerzas políticas y sociales, de reducir la ley a la pura voluntad de la mayoría.” (FIORAVANTI, Maurizio. *Ob. Cit.* p. 160).

Se asumen en la mayor parte de países latinoamericanos¹⁶, entre ellos, el Perú, el concepto de democracia constitucional, que Salazar Ugarte define como un modelo de organización político – jurídica en el que confluyen diversas tradiciones del pensamiento político moderno que persiguen dos objetivos: limitar el poder político y distribuirlo entre los ciudadanos. Asimismo, este autor añade que, detrás de esta doble finalidad, precisamente reposan los derechos fundamentales.¹⁷

Esta revolución en el Derecho se presenta, como sostiene Ferrajoli, cuando la mera legalidad operaba como metanorma de reconocimiento de las normas vigentes, conforme al cual una norma jurídica, independientemente de su contenido, existe y es válida en virtud exclusivamente de sus formas de producción. Este postulado supuso, en comparación con el derecho premoderno en el que los límites entre el Derecho y la Moral no eran claros, un cambio radical de paradigmas, pues se afirmará la idea que la validez y la justicia de una norma eran consecuencia del carácter totalmente artificial y convencional del derecho existente, y no de su adecuación a una norma natural. Así, en el denominado derecho moderno, la juridicidad de una norma ya no dependerá de su justicia o racionalidad intrínsecas, sino sólo de su positividad, o sea, del hecho de ser “puesta” por una autoridad competente en la forma prevista para su producción.¹⁸

Siguiendo esa línea, Meier García¹⁹ explica cómo en el derecho contemporáneo, el constitucionalismo, tal como resulta de la positivización de los derechos fundamentales como límites y vínculos sustanciales a la legislación positiva, corresponde a una segunda revolución en la naturaleza del Derecho que se traduce en una alteración interna del

¹⁶ “A comienzos de los años ochenta, la mayoría de países de América Latina instituyeron democracias constitucionales, a la vez que repudiaron una larga tradición de gobiernos militares y dictaduras. Al finalizar esta década y comenzar la de 1990, otra oleada de constitucionalismo se extendió por Europa del Este y la Unión Soviética, demoliendo el imperio comunista que, alguna vez, pareció destinado a durar un milenio. Quizás otra ola de democracias constitucionales llegará a aquellas regiones del Asia y África que aún se encuentran sujetas al gobierno del partido único.” (SANTIAGO NINO, Carlos. *La Constitución de la Democracia Deliberativa*. Editorial Gedisa. Barcelona. 2003. p. 13).

¹⁷ SALAZAR UGARTE, Pedro. *Ob. Cit.* p. 45.

¹⁸ FERRAJOLI, Luigi. *Los fundamentos de los derechos fundamentales*, traducción de A. de Cabo y G. Pisarello, AA.VV, Trotta, Madrid, 2001. p. 52-53.

¹⁹ MEIER GARCÍA, Eduardo. *(Neo) Constitucionalismo e Internacionalización de los Derechos*. En: Universitas Revista de Filosofía, Derecho y Política. Nº 15. Enero de 2012. p. 42.

paradigma positivista clásico. Si la primera revolución se expresó mediante la afirmación de la omnipotencia del legislador, es decir, del principio de mera legalidad (o de legalidad formal) como norma de reconocimiento de la existencia de las normas, esta segunda revolución se ha realizado con la afirmación del que podemos llamar principio de estricta legalidad (o de legalidad sustancial). Vale decir, el sometimiento de la ley a vínculos ya no sólo formales sino fundamental y principalmente sustanciales, impuestos por los principios y los derechos fundamentales contenidos en las Constituciones.

Esa legalidad sustancial a la que hace referencia Ferrajoli, estaría dada por el respecto de los principios, valores y derechos fundamentales consagrados en los textos constitucionales. De esa forma, como afirma Habermas los derechos fundamentales incorporan la moral pública de la modernidad que ya no flotaba sobre el Derecho positivo²⁰. De ahí que, como señala Pietro Sanchis dichos derechos exhiben una extraordinaria fuerza expansiva que inunda, impregna e irradia sobre el conjunto del sistema.²¹

El objeto principal de la última concepción analizada, es la efectiva aplicación de la Constitución, de su eficacia normativa. La doctrina comparada tiene innumerables definiciones²²; pero el concepto asumido para la presente investigación, que consideramos más completo pues comprende todos los rasgos aportados por las diversas corrientes

²⁰ HABERMAS, J. *¿Cómo es posible la legitimidad por la vía de la legalidad?* En Escritos sobre la moralidad y la eticidad. (Introducción y traducción de Jiménez Redondo). Piadós, Barcelona. p. 168.

²¹ PIETRO SANCHIS, Luis. *El Constitucionalismo de los Derechos*. En Revista Española de Derecho Constitucional Año 24, N° 71, mayo – agosto de 2004. p. 47.

²² Para Schmitt existen cuatro tipos de Constitución: 1. Absoluta: En cuanto ofrece una idea total de la unidad política de un pueblo a través del Estado, ya sea ideal o verdadera, 2. Relativa, en vez de fijar un concepto unitario de Constitución como un todo, se define en función de sus características formales – escritas y rígidas, reforma agravada, 3. Positiva, entendida como la decisión de la comunidad el modo o forma de su unidad política, y 4. Ideal, denominada así en razón de su contenido político (SCHMITT. *La Teoría de la Constitución*. Madrid. Alianza Editorial. 1982. P. 29-62). Para García-Pelayo la Constitución puede ser definida de tres formas: como orden racional del poder de modo que no cabe existencia jurídica- política fuera de la Constitución normativa (concepción racional- normativa), como el instrumento que reconoce el derecho consuetudinario a través de convenciones o normas fundamentales, que no requiere ser escrita (concepción histórica) y finalmente como la realidad vigente (concepción sociológica). (GARCIA-PELAYO, Manuel. *Derecho Constitucional Comparado*. Madrid. Alianza Editorial. 2000. p. 33-53).

constitucionalistas, es aquella que la reconoce como la norma²³ más importante del sistema jurídico, que necesariamente contiene un catálogo de derechos fundamentales, así como mecanismos institucionales y procesales de garantía, y la organización de los órganos estatales, distinguiendo sus funciones y estableciendo mecanismos de control recíproco.

En esa medida, los mecanismos de garantía jurisdiccional de la Constitución, tanto de la supremacía constitucional (control difuso y concentrado) como de protección de los derechos fundamentales (procesos constitucionales), son institutos propios del Constitucionalismo. Estos mecanismos se encuentran consagrados en la Constitución peruana, en los que cumple un papel fundamental el Tribunal Constitucional.

Ya en otras latitudes se han desarrollado diversas características para configurar al juez constitucional, de ahí que en nuestra investigación se plantea como primer aspecto problemático a ser abordado cómo se está desarrollando en el Perú la Justicia Constitucional; en particular el Tribunal Constitucional a partir de su jurisprudencia. Con ese fin, en el primer capítulo realizamos una mirada general a la Constitución como marco de su actuación, observando sus características y la naturaleza de sus normas, además se observará el origen y desarrollo de la justicia constitucional, el rol que cumplen los tribunales y cortes constitucionales, y los aportes y críticas a su desempeño.

En un segundo capítulo centramos nuestra atención en el Tribunal Constitucional peruano, su origen y desarrollo, sus competencias desde el Código Procesal Constitucional y cómo se está desarrollando este Tribunal a partir de su jurisprudencia, observando finalmente los avances y las críticas a su desempeño.

²³ El que las Constituciones tengan valor normativo no es en primer lugar una situación novedosa, tiene un desarrollo importante en el sistema del *common law* y con sus peculiaridades, y después de la Segunda Guerra un desarrollo también en el Derecho continental, por lo que la presente investigación no estará dirigida a establecer lo contrario; también se reconoce en el sistema europeo (del cual recibimos generalmente los cambios en Latinoamérica) un serie de características que permiten afirmar que la norma fundamental ya no es una mera declaración de aspiraciones, sino que tienen eficacia frente al Estado y los particulares, siendo posible que su observancia sea exigible y judicializable.

El aspecto central de la investigación está dado por la fricción entre la actuación del Tribunal Constitucional a través de su jurisprudencia y el principio de legalidad penal, sea porque en el intento de salvar o conservar la ley cuya constitucionalidad es cuestionada, se expiden sentencias normativas – manipulativas que contemplan en sus diversas modalidades la posibilidad de reducir, agregar, interpretar y definir los alcances de la Ley, o exhortan al legislador para regular en uno u otro sentido determinada situación.

Esta fricción de la justicia constitucional con el ámbito penal puede llevar a dos problemas: reemplazar o modificar lo establecido en la ley vía jurisprudencial²⁴, y determinar la generación de normas que responden a una evaluación abstracta entre el texto legal o el texto constitucional, o que obedece a la presión social o política; frente a categorías penales creadas por la necesidad de protección de bienes jurídicos o con indicadores reales (índices de criminalidad, sectores, edades, frecuencia, etc.) o a la política criminal. Asimismo, vinculado a este segundo problema, se observa que a través de los procesos constitucionales de protección de derechos fundamentales se asigna interpretaciones a la norma penal que pueden terminar limitando desproporcionadamente la labor punitiva del Estado, o que se extienda ese poder normativo – manipulativo a la justicia ordinaria, que si bien está autorizada a interpretar la norma penal, actualmente a través de su jurisprudencia vinculante o acuerdos plenarios emitidos por la máxima instancia penal en la Corte Suprema de la República, ha dado muestras de pretender también actuar como legislador positivo, tratando de llenar los vacíos normativos o responder frente al ocio del legislador, lo que en otros ámbitos del Derecho no muestra mayores complicaciones, pero en el Derecho Penal, por el principio de legalidad, sí, como se menciona brevemente en nuestra investigación.

²⁴ Sentencias del Tribunal Constitucional en cuanto a la Legislación contra el Terrorismo (STC. 010-2002-PI/TC), sobre el arresto domiciliario (STC 0019-2005-PI/TC) y sobre otorgamiento de beneficios penitenciarios (STC 1593-2003-HC/TC).

En el tercer capítulo de la tesis desarrollamos el principio de legalidad penal desde una perspectiva constitucional, y, analizamos los casos en los que se han presentado fricciones entre la actuación del Tribunal Constitucional y las posibles consecuencias en el derecho penal y en el proceso penal.

En la presente investigación no sólo se pretende mostrar el desarrollo de la justicia constitucional en el Perú, sino que se busca advertir sobre la problemática generada en su actuación, a través de su jurisprudencia, con el principio de legalidad penal, pretendiendo como solución, incorporar un límite explícito en la labor del Tribunal Constitucional. Aunque también se puede contemplar la posibilidad de establecer legalmente un mecanismo de control previo o preventivo, no sólo en resguardo de los derechos fundamentales sino como garantía del orden público y la seguridad.

La generación del límite explícito puede realizarse vía legislativa, tanto en la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional como en el Código Procesal Constitucional; aunque también se podría establecer vía la propia jurisprudencia del Tribunal.

Para la segunda alternativa de solución, esto es, de institución de un control previo o preventivo, sería necesaria una reforma constitucional para su incorporación, así como la instauración de un órgano encargado (comisión especial del Congreso o el mismo Tribunal Constitucional) y su correspondiente procedimiento.

CAPÍTULO I

LA JUSTICIA CONSTITUCIONAL

1. LA CONSTITUCIÓN COMO MARCO DE ACTUACIÓN

1.1. Definición

Se podría definir a la Constitución desde distintas perspectivas, puesto que alude a diversas realidades de Estado a Estado, y además porque se puede abordar su estudio desde distintas disciplinas: la teoría política, la sociología, la historia y el derecho. Por ejemplo: la Constitución se considera como la partida de nacimiento del Estado desde la perspectiva del Derecho Internacional Público.

Desde la filosofía política se puede concebir la Constitución como un límite al poder, resaltando con ello la característica del pensamiento liberal.²⁵ En esta misma línea, Guastini afirma que no toda forma de Estado posee una Constitución: los estados despóticos no son estados "constitucionales" porque carecen de ésta.²⁶ Bidart Campos sostiene que el orden político se encauza a través de ese orden jurídico que se le denomina derecho constitucional o constitución material. Asimismo, este autor agrega que cuando decimos "Constitución" solemos pensar en normas jurídicas, acaso en la codificación formal de las mismas. En cambio, deberíamos pensar primariamente en una realidad. Realidad social, realidad política, realidad jurídica, pero realidad ante todo.²⁷

Por otro lado, García Belaunde señala que la Constitución, definida desde la ciencia política, es una manera de ser que hace que todas las

²⁵ SARTORI, G. *Elementos de la Teoría Política*. Traducción de Alianza Editorial. Madrid. 1996. p. 11.

²⁶ GUASTINI, Ricardo. *Estudios de Teoría Constitucional*. Edición y Traducción de Miguel Carbonell. Instituto de Investigaciones Jurídicas. UNAM, México. Primera Edición 2001. p. 31.

²⁷ BIDART CAMPOS, Germán (1982). *Ciencia Política y Ciencia del Derecho Constitucional. ¿Unidad o Dualidad?* Buenos Aires, Ediar. p. 79.

instituciones del Estado estén vertebradas y respondan de determinada manera a la colectividad a la cual pretenden conducir.²⁸ Por su parte, Aguiló afirma que el concepto de la Constitución del constitucionalismo político es "una ideología que ha pretendido una determinada configuración del poder político y el aseguramiento del respecto de los derechos, en este sentido, la Constitución del constitucionalismo tiene que tener necesariamente un componente de liberación política."²⁹

Desde la Teoría del Derecho se define a la Constitución como un conjunto de normas fundamentales que identifican o caracterizan cualquier ordenamiento jurídico³⁰. También se suele definir a la Constitución como un mero documento normativo³¹, que se distingue de las demás fuentes por determinar el modo de producción, o como un régimen jurídico especial³². Este último concepto busca resaltar ciertas características de índole formal y le atribuye una fuerza normativa superior que coloca a la Constitución por encima de las leyes, pues no puede ser modificada, derogada o abrogada como las demás normas del sistema jurídico. Kelsen³³, refiriéndose al concepto de Constitución, decía que era el escalón más alto de la pirámide jurídica con que se describe a todo sistema jurídico, siendo la norma que determina los mecanismos de validez para la creación de otras normas.

Desde la filosofía del Derecho, Nino³⁴ señala que la Constitución es el conjunto de reglas de reconocimiento que permiten individualizar al sistema jurídico, mientras que desde la Sociología del Derecho se parte de la idea de la Constitución como un concepto prejurídico basado en un sentimiento de la comunidad. Así, para García Amado: "la constitución

²⁸ GARCÍA BELAUNDE, Domingo (1981). *Constitución y Política*. Lima, Biblioteca Peruana de Derechos Constitucional. p. 25.

²⁹ AGUILÓ, Josep. *La Constitución del Estado Constitucional*. Lima - Bogotá. Palestra- Temis, 2004, p. 25.

³⁰ BISCARETTI DI RUFFIA, P. *Diritto Costituzionale*. Décimo Cuarta Edición. Nápoles. 1986. p. 86. También GUASTINI, Ricardo. *Teoria e Dogmatica delle Fonti*. Milano, Giuffrè. 1998. p. 311.

³¹ GUASTINI, Ricardo. *Ob. Cit.* p. 34.

³² *Ididem*, p. 37.

³³ KELSEN, Hans. *Teoría Pura del Derecho*. Traducida por Moises Nilve. Buenos Aires, Eudeba, 1981. p. 100.

³⁴ NINO, Carlos. *Fundamentos del Derecho Constitucional*. Buenos Aires, Astrea. 1992. p. 5.

sería, al mismo tiempo, un resultado y un cauce de esa integración, y si no fuera por ese contexto de sentimientos que identifican a una comunidad, la constitución, como mero texto jurídico, carecería de la relevancia que hoy tiene."³⁵

Para Elías Díaz es el puente entre derecho y la justicia, entre la realidad y la idealidad, es el puente que ha de estar siempre abierto a la sociedad de la que procede, a sus problemas y aspiraciones, al juicio de la moral crítica y de la moral social.³⁶ Por su parte, Häberle relaciona el concepto de Constitución vinculado a la cultura de los pueblos, proponiendo un concepto combinado que recoja todas sus funciones en cuanto a metas estatales, la división de poderes, el principio de estado de derecho y la fijación de valores fundamentales, la creación de procedimientos para la resolución de conflictos, la organización de competencias e instituciones. De esa forma, la Constitución genera posibilidades de identificación y consenso para los ciudadanos y grupos, prescribiendo valores que fundamentan culturalmente a la sociedad, como un proceso abierto. Para este autor, la Constitución es la expresión de una cultura.³⁷

La idea Constitución como resultado del consenso se resalta con MacCormick, quien sostiene la tesis de que una Constitución es relevante porque ella expresa una convención fundamental del país: un acuerdo en el tiempo entre diversos grupos sociales acerca de cómo el poder coercitivo del Estado será distribuido y de los límites a aquel poder respecto de los individuos.³⁸

Otra forma de definir a la Constitución es a partir de la evolución del pensamiento jurídico. Así, se dice que el concepto antiguo de Constitución era del orden natural, al que la regulación humana se debía conformar. En cambio, el concepto moderno da cuenta de un orden artificial que es

³⁵ GARCÍA AMADO, Juan. *Estudio Preliminar en Kelsen, Hans, El Estado como Integración: Una Controversia de Principio*. Madrid. Tecnos. 1997. Pág. XI.

³⁶ DÍAZ, Elías. *El Puente de la Constitución*. En el diario El País. Madrid, 4 de diciembre de 1999, p. 15.

³⁷ HABERLE; Peter. *Constitución como Cultura*. Traducción de Ana María Montoya. Bogotá. Instituto de Estudios Constitucionales Carlos Restrepo. 2002. p. 51.

³⁸ MACCORMICK, Neil. *Constitutionalism and Democracy*. En Richard Bellamy (comp.) *Theories and Concepts of Politics: An Introduction*, Manchester, Manchester University Press. 1993. p. 145.

proyectado por aquel mismo ser humano a fin de someterse al mismo orden que crea.³⁹

En un sentido restringido y reciente, Salazar Ugarte sostiene que la Constitución "es un acto normativo que instituye una estructura de una comunidad política (de un Estado) (...) pero para merecer verdaderamente dicho nombre contiene además, una declaración de los derechos fundamentales, una organización de los órganos de decisión colectiva inspirada en (una cierta interpretación) del principio de división y/o separación de poderes".⁴⁰

De todas las definiciones expuestas se puede considerar como un elemento común y fundamental el que la Constitución sea considerada como el origen de un orden establecido por la voluntad del pueblo, al que podríamos calificar como estructural u orgánico y material o sustancial, expresado en un conjunto de normas, cuyo tratamiento resulta peculiar, lo que se explica por distintos aspectos, como su posición en el sistema jurídico, sus contenidos, su origen, su significado y sus funciones.

En cuanto a su posición en el sistema jurídico, la Constitución es considerada como fuente del derecho, porque las disposiciones constitucionales expresan normas, porque sus normas son idóneas para abrogar y/o invalidar disposiciones anteriores infraconstitucionales, y pueden regular no sólo aspectos referidos a la organización del Estado, sino las relaciones del Estado y particulares, y entre estos.⁴¹

³⁹ POZZOLO, Susana. *Ob. Cit.* p. 29.

⁴⁰ De acuerdo al autor citado la Constitución en la época contemporánea se entiende comúnmente como un documento que tiene dos partes: un *bill of right* y una *frame of government*, una declaración de derechos y una cierta arquitectura de órganos y funciones del poder político inspirado en algún principio de división de poderes. Estos dos elementos a decir del autor, son componentes esenciales del concepto de constitución que forjó el constitucionalismo. (SALAZAR UGARTE, Pedro. *La Democracia Constitucional. Una radiografía teórica*. México. Fondo de Cultura Económica. 2006. p. 16-17 y 24).

⁴¹ Al respecto, ZAGREBLESKY señala que: "La estructura de la norma constitucional es suficientemente completa para poder valer como regla para los casos concretos, debe ser utilizada directamente por todos los sujetos en el ordenamiento jurídico, ya sean los jueces, la administración pública o los particulares. La Constitución es en suma una fuente directa de posiciones subjetivas para los sujetos del ordenamiento, en todo tipo de relaciones en que puedan entrar... Hoy la Constitución se dirige también, directamente, a las relaciones entre los individuos y a las relaciones sociales. Por eso las normas constitucionales pueden ser invocadas, cuando sea posible, como reglas, por ejemplo, para las relaciones familiares, en las

Pietro Sanchis observa que en el constitucionalismo han convergido dos tradiciones: aquella que considera la Constitución como una regla de juego, una regla lógicamente superior, y otra que, concibe a la Constitución como un proyecto político, como el programa directivo de una empresa en transformación social y política. De la primera de estas tradiciones se obtiene la garantía de lo jurisdiccional y una relativa desconfianza al legislador, mientras que de la segunda se obtiene un programa normativo.⁴²

En las constituciones latinoamericanas de postguerra (1945-1972) encontramos algunas características entre ellas: la constitucionalización de los derechos sociales, el incremento en la protección de los derechos constitucionales, la tecnificación del aparato constitucional, la incorporación de los principios del Derecho Internacional, la extensión del sufragio femenino y la constitucionalización de los partidos políticos.⁴³

En el caso peruano, la Constitución de 1979 recogió estos cambios y fue catalogada como "humanista"⁴⁴, puesto que enfáticamente establecía la primacía de la dignidad humana y de los derechos fundamentales. Además, elevó a rango constitucional el control constitucional difuso e instituyó el control constitucional concentrado a través del Tribunal de Garantías Constitucionales. Asimismo, la Constitución de 1979 estableció los mecanismos procesales de protección de los derechos fundamentales mediante la incorporación del amparo y el *habeas corpus*. No obstante, como señala Landa, se trató de la "incorporación nominal de las

relaciones de la empresas, en las asociaciones y así por el estilo". (*Manuale di diritto costituzionale*. Turín, 1991. Tomo I. p. 105).

⁴² PIETRO SANCHIS, Luis. *Neoconstitucionalismo y ponderación judicial*. Anuario de la Facultad de Derecho de la Universidad Autónoma de Madrid. Nº 5, 2001. p. 201-202.

⁴³ PAREJA PAZ SOLDAN, José. *Derecho Constitucional Peruano y la Constitución de 1979*. Lima, EDDILI, Tomo I, Cuarta Edición. p. 241 y 242.

⁴⁴ COMISIÓN DE CONSTITUCIÓN Y REGLAMENTO DEL CONGRESO CONSTITUYENTE DEMOCRÁTICO (1993) -*Debate Constitucional de 1993* - Diario de Debates. Tomo I - IV, Congreso de la República. p. 67.

modernas instituciones democráticas"⁴⁵, dado que todavía no existía conciencia sobre la trascendencia de la Constitución.⁴⁶

García Belaunde y Eguiguren Praeli coinciden en afirmar que la Constitución de 1979 fue la primera en establecer un específico y extenso Título dedicado al Régimen Económico, basado en los principios de una economía social de mercado; el pluralismo económico (con la coexistencia de diversas formas de propiedad -privada, estatal, comunal y social- y de organización empresarial); el sometimiento del ejercicio de la propiedad al interés social; la vigencia de la libertad de empresa, comercio e industria; y la posibilidad del Estado de intervenir temporalmente la actividad económica en caso de crisis o emergencia.⁴⁷

La Constitución peruana de 1993 ha mantenido y mejorado alguno de los rasgos de la antecesora. Así, recoge la primacía de la dignidad humana y de los derechos fundamentales, mantiene la potestad del Poder Judicial para ejercer el denominado "control difuso" de constitucionalidad y declarar la inaplicación de la norma inconstitucional al caso concreto, y otorga al Consejo Nacional de la Magistratura las competencias exclusivas para la selección, evaluación, nombramiento y ascenso de los jueces y fiscales de todos los niveles en el Poder Judicial y el Ministerio Público, con lo que, se buscó poner fin al sistema político de

⁴⁵ LANDA ARROYO, César. *Del Tribunal de Garantías al Tribunal Constitucional: El Caso Peruano*. En: Pensamiento Constitucional. Lima. Maestría con mención en Derecho Constitucional. Fondo Editorial de la Universidad Católica. 1995. p. 73.

⁴⁶ "La Constitución de 1933 expedida por un Congreso Constituyente, sufrió numerosas interrupciones, siendo la más larga de ellas la iniciada en octubre de 1968, con el derrocamiento del Presidente Constitucional Fernando Belaunde Terry y la instauración del llamado Gobierno Revolucionario de la Fuerza Armada, bajo la dirección del General Juan Velasco Alvarado. Sin embargo, el desgaste político y la progresiva pérdida de legitimidad social de dicho gobierno, aunados a la movilización popular, obligaron a sus conductores a plantear el retorno al régimen democrático y a transferir el poder a la civilidad. Dicho proceso no derivó en la vigencia plena de la Carta de 1933, ni en la utilización de los procedimientos en ella dispuestos para reformarla, sino en la convocatoria a elecciones para una Asamblea Constituyente, cuya actividad debía limitarse a la dación de una nueva Constitución Política del Estado, según el Decreto Ley N.º 21949, promulgado por el Presidente de la República designado por la Junta Revolucionaria, General Div. E.P. Francisco Morales Bermúdez. La Constitución de 1979 fue sancionada en julio de ese año, pero la transferencia del poder se realizó recién al año siguiente." (DOMINGO GARCÍA, Belaunde. *Sanción y promulgación de la Constitución de 1979*. En *Lecturas sobre temas constitucionales*, N° 4, CAJ, Lima, 1990.

⁴⁷ GARCÍA BELAUNDE, Domingo y EGUIGUREN PRAELI, Francisco. *La Evolución Política - Constitucional del Perú 1976- 2005*. En *Estudios Constitucionales*. Año 6. N° 2, 2008. p. 371.

nombramientos judiciales, quedando el Poder Ejecutivo y el Congreso excluidos de toda participación en esta tarea.

Asimismo, en su Título V la Constitución de 1993 regula las denominadas "Garantías Constitucionales" y todo lo referente a la jurisdicción constitucional, introduciendo novedades, como la ampliación del número de las "garantías constitucionales", sumándose a los procesos existentes las acciones de *habeas data* y de cumplimiento. Se precisó también, como un avance significativo, que el ejercicio del *habeas corpus* y el amparo no se suspendieran durante los regímenes de excepción.

Del mismo modo, la Constitución de 1993 estableció el control concentrado de constitucionalidad y dispuso que fuera el Tribunal Constitucional el "órgano de control de la Constitución". Este órgano jurisdiccional recibió mayores competencias que el antiguo Tribunal de Garantías Constitucionales.

Es innegable que en el Perú y en América⁴⁸, la Constitución se ha ido fortaleciendo como el marco de actuación no sólo de poder público sino también de particulares. En el nivel público como norma que regula la distribución del poder, con una clara definición de las competencias de los diversos órganos e instituciones. Con relación a las personas, esto también ha sido posible gracias al reconocimiento de los derechos fundamentales y los mecanismos de protección, con la posibilidad de exigirlos no sólo al Estado, sino a otros particulares.

⁴⁸ "Desde 1978 a 2008, todos los países de América Latina han reemplazado o reformado, muchas veces en forma drástica, sus constituciones. (...) Como puede observarse en la Tabla 1, de 1978 a 2008 se han sancionado 15 nuevas constituciones en América Latina. Excepto Bolivia, Costa Rica, México, Panamá, República Dominicana y Uruguay, todos los países de la región crearon al menos una nueva constitución durante ese período. El caso extremo es Ecuador, que al año 2008 cuenta ya tres distintas constituciones. Por otra parte, un total de 17 constituciones, tanto posteriores como anteriores a 1978, han sufrido reformas, a un promedio de 8 por constitución. Se pueden distinguir tres eventos que han inducido a la creación y reforma de constituciones: cambios a nivel del régimen político, crisis políticas, y cambios en las preferencias o distribución de poder entre los principales actores políticos." (NEGRETTO, Gabriel. *Paradojas de la reforma Constitucional en América Latina*. En <http://www.journalofdemocracyenespanol.cl/pdf/negretto.pdf> (visitado en mayo de 2012. Pág. 39).

En esa medida, la presente investigación parte de considerar a la Constitución como la norma que instituye una estructura dentro del Estado y que contiene un decálogo abierto de derechos fundamentales de diversa naturaleza, así como mecanismos institucionales y procesales para su protección. Se trata, pues, de la norma suprema del ordenamiento jurídico, de la expresión máxima del orden jurídico – político de un Estado y, por ende, tiene injerencia en todos los asuntos públicos y privados de una comunidad.

1.2. Características

1.2.1. El principio de supremacía constitucional

Los antecedentes remotos de la supremacía constitucional se encuentran en la existencia de un Derecho Superior planteado por el iusnaturalismo racionalista de Grocio y Locke. Fueron los padres del constitucionalismo norteamericano, Hamilton y Madison, quienes a fines del siglo XVIII precisaron el principio de Constitución como norma jurídica fundamental del ordenamiento jurídico del Estado. Hamilton señalaba que: “si ocurre entre las dos Constitución – Ley una discrepancia, debe preferirse, como es natural, aquella que posee fuerza obligatoria y validez superior; en otras palabras debe preferirse la Constitución a la ley ordinaria, la intención del pueblo a la intención de sus mandatarios.”⁴⁹

Aragón señala que la supremacía constitucional implicará el desarrollo de su garantía jurídica que es el principio de supralegalidad, por lo que las constituciones contemporáneas auténticas, salvo excepciones, tienen la vocación de transformar la supremacía en supralegalidad, y ésta a su vez genera rigidez.⁵⁰

Al haber emanado del Poder Constituyente, la Constitución goza de una supremacía material que es la fuente de legitimación del poder político y

⁴⁹ Artículo LXXVIII de los *Federlist Papers*.

⁵⁰ ARAGÓN, Manuel. *Sobre las nociones de supremacía y supralegalidad*. En Revista de Estudios Políticos Nº 50. Madrid. 1986. p. 61.

del sistema jurídico. En esa medida, la Constitución expresa los contenidos esenciales para una comunidad, como son los derechos fundamentales y la organización del poder político.⁵¹ Desde un punto de vista formal, la Constitución está ubicada por encima de las leyes, al ser una *lex legis* – ley de leyes, es decir, por estar ubicada en el vértice de las demás normas prima en caso de conflicto entre ellas; y por ser *norma normarum*, norma fuente de normas, constituye la norma matriz para la creación de las normas del sistema jurídico.⁵²

En el caso peruano, el artículo 51° de nuestra norma fundamental establece la prevalencia de la Constitución sobre cualquier norma del ordenamiento, que prevé dos mecanismos para concretar tal fin: el control difuso (artículo 138°) y el control concentrado (artículo 200°.4)- Del mismo modo, el artículo 45° señala que todo órgano público y la colectividad debe cumplir, respetar y defender la Constitución, no siempre desconocer o desvincularse de sus contenidos, esto último reforzado por la regulación expresa de los deberes de todos los peruanos con la patria y los intereses nacionales; pero también de respetar, cumplir y defender la Constitución (artículo 38°).

Del carácter de norma suprema de la Constitución deriva su naturaleza invasiva y omnicompreensiva. Como afirma Pietro Sanchis, las normas constitucionales dicen muchas cosas y sus preceptos se proyectan sobre amplísimas áreas de las relaciones jurídicas, pero además hablan por muchas voces.⁵³ Es posible observar, en estos tiempos, la enorme influencia que tiene en Derecho Constitucional en todas las áreas o disciplinas jurídicas.

Existe un efecto expansivo o irradiador de la norma constitucional en las demás ramas del ordenamiento jurídico. Se afirma que su efecto alcanza a todos los confines o manifestaciones del Derecho, y en ellas se debe

⁵¹ KAGI, Werner. *La Constitución como ordenamiento jurídico fundamental del Estado*. En: Investigación sobre las tendencias desarrolladas en el Moderno Estado Constitucional. Madrid. Dykinson. 2005. p. 99.

⁵² KELSEN, Hans. *Introducción a la Teoría Pura del Derecho*. México. UNAM. Instituto de Investigaciones Jurídicas. 1982. p. 18

⁵³ PIETRO SANCHIS, Luis. *El Constitucionalismo de los Derechos*. En: Revista Española de Derecho Constitucional. Año 24. N° 71. Mayo – agosto de 2004, p. 54.

realizar una reconstrucción de sus instituciones y conceptos, desde una visión acorde con los principios y valores de la Constitución. En esa línea, observamos algunas muestras en la jurisprudencia de nuestro Tribunal Constitucional, así se estableció que: “(...), el *ius puniendi* del Estado funciona con sus limitaciones dentro de un marco penal de la Constitución, bajo los estándares internacionales referidos a la protección de derechos fundamentales y en estricta observancia de los fines de la pena. En este sentido, nuestro ordenamiento Constitucional y las obligaciones internacionales será el punto de inicio para poder establecer los fines que el régimen penitenciario se ha propuesto lograr y los objetivos que en ella se ha trazado en la Constitución, así como cumplir con los deberes y obligaciones asumidas por el Estado.”⁵⁴; también cuando resaltó que “los derechos de acceso al mercado, la libertad de elección e igualdad de trato, el derecho a la asociación en pro de la defensa corporativa de los consumidores y usuarios, la protección de los intereses económicos, el derecho a la reparación por los daños y perjuicios y el derecho a la pluralidad de oferta forman parte del repertorio constitucional.”⁵⁵

1.2.2. Fuerza normativa

Desde la segunda mitad del siglo XX, la consideración de la Constitución como norma con fuerza normativa directa se ha ido consolidando, identificándose con el concepto de eficacia directa, mientras que su eficacia en el sistema de fuentes es conocida como “efecto de irradiación”⁵⁶. En el Tribunal Constitucional peruano se hace mención a una fuerza activa de la Constitución que la hace capaz de innovar el

⁵⁴ STC. N° 00033-2007-PI/TC, Fundamento 26.

⁵⁵ STC. N° 01865-2010-AA/TC, Fundamento 23.

⁵⁶ “Que lo explicado en el considerando precedente resulta coherente con la fuerza normativa que singulariza la Carta Fundamental, característica conforme a la cual ésta se irradia al ordenamiento jurídico entero, al punto que ninguna de sus disposiciones puede quedar al margen de o en pugna con la supremacía que es propia de ella. En este sentido, pertinente es recordar la reflexión de autorizada doctrina, en uno de cuyos libros se lee que esa cualidad de la Ley Suprema: “apareja necesariamente estar dotada de fuerza normativa para operar sin intermediación alguna, y obligación (para todos los operadores gubernamentales y para los particulares en sus relaciones “inter privados”) de aplicarla, cumplirla, conferirle eficacia, no violarla –ni por acción ni por omisión–” (BIDART CAMPOS, Germán. *El Derecho de la Constitución y su fuerza normativa*. EDIAR, 1995. Cit. p. 88 y 89).

ordenamiento jurídico, derogando explícita o implícitamente aquellas normas infraconstitucionales que resultan incompatibles con ella, y la fuerza pasiva, que entendida como la capacidad de resistencia frente a normas infraconstitucionales que pretenden contravenir sus contenidos.⁵⁷

La idea de fuerza normativa como eficacia directa de la Constitución, en tanto posibilidad de aplicación directa e inmediata se refiere a la idea de aplicación como fuente para determinar la correspondiente omisión o para activar los mecanismos de control adecuados.⁵⁸

Por otro lado, la idea de fuerza normativa va asociada al imperativo de interpretación conforme a la Constitución⁵⁹, lo que ha dado lugar, en nuestro medio, a las denominadas sentencias interpretativas⁶⁰. Refiriéndose a este sentido que se atribuye a la fuerza normativa, Bidart Campos indica que: “si es cierto que la fuerza normativa sirve para descalificar transgresiones, su rol fundamental radica en procurar que no haya transgresiones, en que la Constitución se acate, se cumpla y alimente afirmativa y positivamente, a todo el mundo jurídico – político. Tal vez resida allí la razón de la aludida obligación judicial de intentar la compatibilización con la Constitución, y sólo después de fracasado dicho intento declarar que una norma o un acto son inconstitucionales.”⁶¹

La fuerza normativa de la Constitución trae como consecuencia su aplicación directa en diversos conflictos intersubjetivos o en control abstracto de las normas. Ante esto, es imperiosa la necesidad de interpretación, siendo posible dar cuenta de reglas especiales de

⁵⁷ Fundamento 56, STC. N° 00047-2004-AI/TC.

⁵⁸ ALDUNATE LZANA, Eduardo. *La Fuerza Normativa de la Constitución y el Sistema de Fuentes del Derecho*. En Revista de Derecho XXXII. Valparaíso. 2009, p.7.

⁵⁹ “La interpretación conforme aparece, pues, según esta reconstrucción de sus fundamentos, como una “forma particular de interpretación sistemática”: la interpretación de todas las normas jurídicas debe ir orientada a la norma constitucional como orden fundamental jurídico del Estado, supraordenado a todo el resto.” (CERRINA FERONI, Ginebra. *Giusdizione Costituzionale e Legislatore nella Repubblica Federal Tedesca. Tipologie decisorie e Nachbesserungspflicht nel controllo di costituzionalità*. Turín, Giappichelli, 2002. p. 130).

⁶⁰ “El uso de la técnica de interpretación conforme a la Constitución y las sentencias interpretativas termina siendo un patrimonio común, de jueces y Tribunal Constitucional, que éste último sólo ejercer de manera subsidiaria, pues el monopolio sólo se circunscribe a la anulación de las leyes.” (SORRENTI, Giusi. *L'interpretazione conforme a Costituzione*. Milán. Giuffrè. 2006. p. 137).

⁶¹ BIDART CAMPOS, Germán. Ob. Cit. p. 389.

interpretación, únicas para la norma constitucional⁶². Si bien es cierto que la Constitución, siendo una norma del sistema jurídico, debe ser interpretada según cánones comunes o clásicos de la hermenéutica, también lo es, que por ser una norma única, suprema, escueta o general, tiene reglas especiales para la determinación de sus alcances⁶³.

La eficacia normativa no sólo permite que se considere a la Constitución como un parámetro o límite que pone freno a todo el poder público y privado, sino también que esta es capaz de dotar de contenidos. Por ello, considero apropiado lo afirmado por Hesse: que en el marco de la interpretación conforme a las normas constitucionales, estas no son solamente «normas-parámetro», sino también «normas de contenido» en la determinación del contenido de las leyes ordinarias⁶⁴.

Más allá de los diversos contenidos que pueda darse a «eficacia normativa de la Constitución», considero que alude al conjunto de características y efectos que se atribuye a una norma, que tratándose de la Constitución presenta ciertas singularidades, siendo las más resaltante el efecto que tiene sobre todo el sistema jurídico, que debe adecuarse a sus mandatos, lo que se materializa a través de figuras como el control difuso o la inconstitucionalidad por omisión. Pero también al dotar de contenidos a normas infraconstitucionales vía la interpretación «desde» y «conforme» a la Constitución.⁶⁵

⁶² “La Constitución es un texto jurídico y como tal le son aplicables todos los criterios y/o argumentos jurídicos que pueden utilizarse para atribuir y/o justificar significados. Pero los textos constitucionales tiene cierta especificidad interpretativa: La rigidez de los textos constitucionales frente a la flexibilidad de los textos legales. El segundo rasgo tiene que ver con la sobreabundancia de conceptos valorativos y principios.” (AGUILÓ REGLA, Josep. *Interpretación Constitucional. Algunas Alternativas Teóricas y una propuesta*. En: DOXA 24. 2001. p. 6),

⁶³ “Como actividad racional la interpretación constitucional se orienta por una serie de métodos y estrategias que deben coadyuvar a su corrección. Sobre el particular este Colegiado ha precisado una serie de principios que deben permitir establecer los contenidos correctos de la Constitución, a saber: a) el principio de unidad de la Constitución en su interpretación; b) el principio de concordancia práctica; c) el principio de corrección funcional; d) el principio de función integradora; e) el principio de fuerza normativa de la Constitución; f) el principio de irreversibilidad de la tutela que otorga la Constitución; entre otros.” (STC. N° 04853-2004-AA/TC, Fundamento 29).

⁶⁴ HESSE, Konrad. *Escritos de Derecho Constitucional*. CEC, 1983

⁶⁵ Nuestro Tribunal Constitucional ha recordado que en todo ordenamiento con una Constitución rígida y, por lo tanto, donde ella es la fuente suprema, todas las leyes y disposiciones

Nuestra posición es que no existe en estos tiempos retorno para este proceso que se extiende en los distintos ámbitos del sistema jurídico, lo que no es negativo mientras responda verdaderamente a una deliberación racional y auténtico interés por mejorar la realidad en la que vivimos. Sin embargo, nos causa preocupación que la naturaleza abierta de la norma constitucional pueda llevar a la distorsión del sistema a través de una "élite autorizada" para dotarla de contenidos que si bien son institucionales, no necesariamente son legítimos si obedecen a ciertos intereses y no tiene posibilidad de control.

1.2.3. Rigidez constitucional

La supremacía constitucional genera la rigidez constitucional, que es una de sus garantías⁶⁶. Se establece que la Constitución debe ser establecida por el poder constituyente originario y sólo modificable por aquél o por el legislador ordinario, pero con un procedimiento que no es similar al de la una ley. El empleo de este procedimiento por parte del legislador ordinario lo sitúa en la condición de poder constituyente derivado⁶⁷.

La supremacía constitucional genera el desarrollo del principio de suprallegalidad⁶⁸, que a su vez provoca el establecimiento de la rigidez constitucional que determina que estando la Constitución en la cúspide

reglamentarias, a fin de ser válidamente aplicadas, deben necesariamente ser interpretadas "desde" y "conforme" con la Constitución (STC. N° 1230-2002-HC/TC, Fundamento 4).

⁶⁶ "En el constitucionalismo moderno, un mecanismo para salvaguardar el carácter supremo de la Constitución se concreta con el principio de rigidez constitucional, que tiene como objetivo central salvaguardar la permanencia de la Constitución y su carácter de norma superior, de la que se debe derivar el resto del ordenamiento jurídico escalonadamente (COVIÁN ANDRADE, Miguel. *El Control Constitucional en el Derecho Comparado*. México Centro de Estudios de Ingeniería Política Constitucional. 2001. p. 21).

⁶⁷ "Una Constitución supone ante todo la presencia de un poder constituyente. Afirma que ambas nociones están unidas indisolublemente como "del creador a la criatura" (PÉREZ ROYO, Javier. *Curso de Derecho Constitucional*. Marcial Pons. 2000). Sobre el poder constituyente originario "rememora la primigenia voluntad fundamental de la sociedad, que apunta a la sanción de un ordenamiento jurídico como modo de encauzar y ordenar el agrupamiento político (...) en el que voluntariamente se encuentra sumida." (CALANDRINO, Guillermo. *Reforma Constitucional*. En *Curso de Derecho Constitucional*. Buenos Aires. La Ley. 2001). El poder constituyente derivado o reformador es aquel cuyo ejercicio está regulado o limitado por el poder constituyente originario a través de la Constitución (QUIROGA LAVIE, Humberto. *Derecho Constitucional*. Buenos Aires. De Palma, 1987).

⁶⁸ ARAGÓN, Manuel. Ob. Cit. p. 62.

del ordenamiento jurídico estatal por decisión del constituyente, sólo puede ser modificable por este.

Frente a la garantía de rigidez constitucional se encuentran las constituciones flexibles, es decir, aquellas que pueden ser modificadas, derogadas o abrogadas por el órgano legislativo mediante un procedimiento legislativo ordinario. Las constituciones flexibles se encuentran en el mismo plano de la ley, están dotadas de la misma fuerza, y las relaciones entre Constitución y las demás leyes están reguladas, por el principio de preferencia de la norma por el tiempo, es decir, la más reciente en el tiempo.⁶⁹

Guastini al referirse a la rigidez constitucional, señala que: "En todo sistema con Constitución rígida necesariamente existen límites formales a las leyes constitucionales o de reforma constitucional, en el sentido de que la Constitución dicta reglas sobre el procedimiento de reforma; si no lo hiciera, no sería rígida. Y por tanto es formalmente inválida toda ley que pretenda ser una ley constitucional y reformar la Constitución, pero que no haya sido aprobada conforme al procedimiento de reforma".⁷⁰

Es innegable que no puede estar completamente prohibida la reforma porque entonces no habría modo de adecuar la Constitución a los cambios políticos y sociales. Pero tampoco es posible considerar una libertad absoluta para su modificación, existiendo límites formales y sustanciales.

En efecto, la necesidad de seguridad y previsibilidad no debe implicar el mantenerse estático y ajeno a los cambios que requiere la realidad. La Constitución, como todas las normas, requiere una adaptación a dichos cambios sociales. Hesse sostiene que: "(...) toda reforma constitucional pone de manifiesto cómo unas necesidades objetivas, reales o supuestamente inevitables, se valoran más que la realidad normativa

⁶⁹ GUASTINI, Ricardo. *Rigidez Constitucional y límites a la Reforma en el Ordenamiento Italiano*. Traducción de Miguel Carbonell. En *Estudios de Derecho Constitucional*. México. Instituto de Investigaciones Jurídicas. 2001. p. 187.

⁷⁰ GUASTINI, Ricardo. *Sobre el Concepto e Constitución*. Traducción de Miguel Carbonell. En *Estudios de Derecho Constitucional*. México. Instituto de Investigaciones Jurídicas. 2001. p. 56.

vigente (...) si tales modificaciones se acumulan en poco tiempo, la consecuencia inevitable será el resquebrajamiento de la confianza en la inviolabilidad de la Constitución y el debilitamiento de su fuerza normativa".⁷¹

En el Derecho Comparado se encuentra que la Ley Fundamental Alemana puede ser modificada por una ley que cuente con la aprobación de dos terceras partes del *Bundestag* y de dos tercios de los votos del *Bundesrat* (artículo 79). En España, los proyectos de reforma deben ser adoptados por las dos cámaras por una mayoría de tres quintos y luego debe ser sometida a ratificación popular (artículo 167), pero si se tratará de una "revisión total" o de ciertas partes delicadas se procede con la mayoría de dos tercios de las cámaras, para luego someterla a referéndum. En Italia se prevé un procedimiento de reforma como el de las leyes, pero las reformas están sujetas a doble aprobación: para la primera votación basta con la mayoría de cada una de las cámaras, mientras que en la segunda votación debe obtenerse mayoría absoluta de los componentes de cada una de las cámaras. Posteriormente, al cabo de unos meses debe ser sometida a referéndum confirmatorio, si es que lo requieren la quinta parte de los miembros de una cámara, o quinientos mil electores, o cinco consejos regionales. Esto procede siempre que no se haya logrado una mayoría amplia de dos tercios de los componentes de las cámaras (artículo 72° y 138).

En el Perú, el artículo 206° de la Constitución de 1993, a través del poder de revisión constitucional, hace posible la existencia de una reforma constitucional, siempre y cuando se siga lo formal y materialmente establecido. La existencia de este poder constituyente derivado cuya competencia reside en el Congreso permite reformar preceptos no esenciales de la Constitución. Por otro lado, desde un punto de vista formal, se debe seguir el procedimiento previsto para la reforma, que consiste en que la reforma deba ser aprobada por el Congreso, ya sea por dos legislaturas ordinarias sucesivas con una votación favorable de

⁷¹ HESSE, Konrad. *Escritos de derecho constitucional*, Madrid, Centro de Estudios Constitucionales, 1983. p. 74.

más de dos tercios de número legal de congresistas, o a través de una votación de la mayoría absoluta del número legal de sus miembros y la realización de un referéndum.

1.2.4. Garantía jurisdiccional

La garantía jurisdiccional es considerada un aporte de la tradición norteamericana que permite, según García Pelayo⁷², ir transformando el Estado Legal de Derecho a Estado Constitucional. A través de la jurisdicción constitucional el texto constitucional tendría plena eficacia, de ahí que Tomás y Valiente señalara que la mayor garantía de la Constitución no es la mera declaración programática, sino una norma que obliga a todos los poderes públicos, incluso al poder legislativo, a través de un órgano jurisdiccional.⁷³

Tal vez la interrogante que surge en el desarrollo de esta característica es por qué dotar a un órgano jurisdiccional del poder y la responsabilidad de vigilar y desarrollar la supremacía y eficacia normativa de la Constitución. La respuesta la encontramos en la reflexión que sobre este punto realiza Pietro Sanchis, que señaló que “para la garantía normativa de la Constitución se consideró el más neutro de los poderes, aquél que podía y debía mantenerse al margen del debate político”.⁷⁴

En un Estado Constitucional tiene especial relevancia la función jurisdiccional, puesto que tiene encomendada la protección del principio de supremacía constitucional y de los derechos fundamentales ante actos arbitrarios del legislador o del Ejecutivo. Al respecto, Silvero Salgueiro⁷⁵ observa que el paradigma contemporáneo de la incorporación del control jurisdiccional del poder no debe significar una disminución de las

⁷² GARCÍA PELAYO, Manuel. *Estado Legal y Estado Constitucional de Derecho*. En El Tribunal de Garantías en Debate. Consejo Latinoamericano de Derecho y Desarrollo. Fundación Friedrich Naumann. Lima. 1986. p. 23.

⁷³ TOMÁS Y VALIENTE, Francisco. *Escritos sobre y desde el Tribunal Constitucional*. Editorial Centro de Estudios Constitucionales. 1993. p. 15.

⁷⁴ PIETRO SANCHIS, Luis. Neoconstitucionalismo y Ponderación Judicial. AFDUAM 5. 2001. p. 203.

⁷⁵ SILVERO SALGUEIRO, Jorge. *Las funciones del control jurisdiccional del poder en Latinoamérica*. En El Control del Poder. Libro – Homenaje a Diego Valadés. Lima, Editorial Grijley. 2013. Tomo I. p.519.

potestades de los otros órganos del Estado, sino más bien potenciar un ejercicio razonable del poder por parte de los mismos. En esa misma línea, Valadés señala que su "objetivo no es provocar la parálisis de los órganos del poder; sino la de contribuir corresponsablemente a su mejor desempeño."⁷⁶

Nuestro punto de vista es que resulta innegable que éste es uno de los rasgos más significativos del Estado Constitucional, y es que no tendría sentido alguno reconocer el carácter normativo de la Constitución y luego afirmar que los poderes públicos e incluso "los poderes privados" no cuentan con ningún mecanismo de control. Pietro Sanchis, anteriormente citado, hace referencia a un judicialismo estrictamente limitado a vigilar el respeto de las reglas básicas de la organización política⁷⁷, pero que con el tiempo ha asumido un rol más activo.⁷⁸

Ese rol más activo al que se refiere Sanchis, desde nuestro punto de vista, es fundamental para darle mayor eficacia a los derechos fundamentales, situación que en nuestra tradición jurídica exegética, de un juez boca de la ley, por una confianza absoluta en el legislador y desconfianza a aquél, genera resistencia y el temor del descontrol en el ejercicio del poder que le ha sido otorgado a los jueces.

La condición inherente a toda norma jurídica es que pueda exigirse judicialmente sus efectos y cumplimiento, así como que sea posible su aplicación para componer conflictos intersubjetivos y sociales. En el caso peruano, el artículo 200° de la Constitución establece dicha posibilidad a través de los procesos constitucionales que primariamente son conocidos por la justicia ordinaria (salvo la acción de inconstitucionalidad) y, en última y definitiva instancia, por el Tribunal Constitucional (artículo 202° de

⁷⁶ VALADÉS, D. *Palabras de Diego Valadés en la Inauguración*. En *El Estado Constitucional Contemporáneo. Cultura y Sistemas Jurídicos Comparados*. México. 2006. Tomo I. p. XVII.

⁷⁷ PIETRO SANCHIS, Luís. Ob. Cit. p. 204.

⁷⁸ Se observa dicho rol más activo a partir de una concepción de Constitución transformadora que, como señala Pietro Sanchis, pretende condicionar de modo importante las decisiones de la mayoría, pero cuyo protagonismo fundamental no le corresponde al legislador, sino a los jueces (PIETRO SANCHIS, Ob. Cit. p. 204).

la Constitución). De lo contrario, la Constitución volvería a ser una mera declaración de intenciones o aspiraciones.

1.2.5. Protección de los derechos fundamentales

Como señalan Carbonell y García Jaramillo, las constituciones no se limitan a establecer competencias o separar poderes públicos, sino que contienen altos niveles de normas “materiales” o sustantivas que condicionan la actuación del Estado por medio de la ordenación de fines y objetivos. Además, estas constituciones tienen amplios catálogos de derechos fundamentales, lo que viene a suponer un marco muy renovado de relaciones entre el Estado y los ciudadanos, sobre todo por la profundidad y el grado de detalle de los postulados constitucionales que recogen tales derechos.⁷⁹

Uno de los aspectos fundamentales que denota Habermas es que la densidad normativa de las constituciones está dada por la amplitud del catálogo de derechos fundamentales, siendo corriente escuchar que estos documentos jurídicos son como el compendio de una nueva moral universal que ya no “flota sobre el derecho sino que emigra al interior del derecho positivo”.⁸⁰

La importancia que tienen hoy los derechos fundamentales reside en la eficacia tanto vertical como horizontal de la que gozan, es decir, el hecho que se puedan hacer valer en cualquier relación privada o pública, contando además con instrumentos procesales para afirmar la tutela de los mismos⁸¹ y el control de los órganos del Estado de los que emana cualquier tipo de autoridad. Así, para el caso peruano, del artículo 38° de la Constitución peruana se deriva precisamente la eficacia horizontal de los derechos fundamentales, dada la obligación de todos los peruanos de respetar y cumplir con la Constitución, así como su artículo 1° consagra el

79 CARBONELL, Miguel y GARCÍA JARAMILLO, Leonardo *El Canon Neoconstitucional*. Universidad de Externado de Colombia. Primera Edición. 2010. p. 162.

80 HABERMAS, J. *¿Cómo es posible la legitimidad por vía de legalidad? Sobre Escritos de moralidad y eticidad*. Introducción y trad. De M. Jiménez Redondo. Barcelona, Paidós, 1991. p. 168.

81 FIX – ZAMUDIO, Héctor. *Introducción al Estudio de la defensa de la Constitución en el Ordenamiento Mexicano*. México, UNAM, 1998. p. 47.

principio – derecho de dignidad humana, con lo cual se establece el valor central de la persona y sus derechos para el Estado y la sociedad. Sobre ambos temas, nuestro Tribunal Constitucional se ha pronunciado en diversas sentencias.⁸²

En el Perú tenemos un catálogo abierto de derechos constitucionales, que comprenden los derechos “explícitos”, pero también derechos “derivados o implícitos”, así como “nuevos derechos”. Adicionalmente, este catálogo es alimentado de manera constante por decisiones y pronunciamientos de los sistemas internacionales de protección de los derechos humanos, en nuestro caso, fundamentalmente por las decisiones de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, cuyos fallos tienen carácter vinculante. Sin embargo, este catálogo abierto y la determinación de sus alcances adquieren efectividad cuando es posible que cualquier ciudadano pueda realizar exigencias concretas, generando controversias con el Estado o con otros particulares. Por ello, resulta importante el

82 “[...] la dignidad de la persona humana constituye un valor y un principio constitucional portador de valores constitucionales que prohíbe, consiguientemente, que aquélla sea un mero objeto del poder del Estado o se le dé un tratamiento instrumental. Pero la dignidad también es un dinamismo de los derechos fundamentales; por ello es parámetro fundamental de la actividad del Estado y de la sociedad, así como la fuente de los derechos fundamentales. De esta forma la dignidad se proyecta no sólo defensiva o negativamente ante las autoridades y los particulares, sino también como un principio de actuaciones positivas para el libre desarrollo de la persona y de sus derechos” (STC N° 10087-2005-PA, fundamento 5).

“[...] la realización de la dignidad humana constituye una obligación jurídica, que no se satisface en la mera técnica de positivización o declaración por el Derecho, sino que los poderes públicos y los particulares deben garantizar el goce de garantías y niveles adecuados de protección a su ejercicio; y es que, la protección de la dignidad es solo posible a través de una definición correcta del contenido de la garantía.

Sólo así, la dignidad humana es vinculante, en tanto concepto normativo que compone el ámbito del Estado social y democrático del Derecho, aunque no comparte la naturaleza claramente determinada de otros conceptos jurídicos –v.gr. propiedad, libertad contractual, etc. – ello no puede llevarnos a colocarla, únicamente, en el plano pre jurídico o de constructo filosófico. Pues, en la dignidad humana y desde ella, es posible establecerse un correlato entre el “deber ser” y el “ser”, garantizando la plena realización de cada ser humano. Este reconocimiento del valor normativo de la dignidad humana, atraviesa por establecer, [...], que en la fundamentación misma de los derechos fundamentales que potencia y orienta los desarrollos dogmáticos y jurisprudenciales, se encuentra la afirmación de la multifuncionalidad que les es inherente, atendiendo a la diversidad de objetivos que pueden perseguir estos derechos en un sistema axiológico pluralista.

Este despliegue en múltiples direcciones inherente a los derechos fundamentales, [...], también se encuentra presente en la dignidad humana, que es comprensiva enunciativamente de la autonomía, libertad e igualdad humana, siendo que todas ellas en sí mismas son necesidades humanas que emergen de la experiencia concreta de la vida práctica [...].” (STC N° 02273-2005-HC, fundamentos 8 y 9).

funcionamiento de mecanismos institucionales y procesales para hacerlos valer.

1.2.6. División de poderes⁸³

Este principio tiene por objeto, entre otros, evitar la concentración del poder y que la función jurisdiccional esté en manos administrativas o ejecutivas. Montesquieu decía "sólo el poder frena al poder". Entiéndase que el constituyente encomienda a cada entidad del Estado determinadas competencias y lo que se busca es que dichas funciones no sean desvirtuadas.⁸⁴

Hoy en día el principio de división de poderes no implica una rígida división de poderes, ya que es posible que un órgano detente varias funciones, de modo que no se podría sostener la idea de un principio de especialización de funciones visto como una atribución exclusiva de un órgano dado, y de independencia absoluta entre ellos. Además, constituye una regla de organización constitucional que, según Guastini, "es conocida comúnmente como *checks and balances*; frenos (o controles). Este modelo excluye tanto la especialización como la independencia recíproca".⁸⁵

Biscaretti Di Ruffia plantea dos correctivos esenciales a esta idea de la división de poderes en el Estado constitucional. El primero es la necesaria

⁸³ Guastini considera que el modelo de división de poderes permite a los jueces realizar control sobre los actos de ejecutivo y legislativo, lo que no sucede un modelo de separación de poderes, en el que el Ejecutivo no es políticamente responsable ante el Legislativo, y éste no puede estar desvinculado del Ejecutivo; además, el Ejecutivo no tiene poder de veto sobre las leyes (el Jefe de Estado está obligado a promulgarlas). (GUASTINI, Ricardo. *¿Separación de los poderes o división del poder?* En Estudios de Teoría Constitucional. Traducción de BONO LÓPEZ, María. México. Instituto de Investigaciones Jurídicas. 2001. p.67).

⁸⁴ "Desde la doctrina clásica, el Estado cumple con tres – y sólo tres funciones (esto es como decir que los actos del Estado pueden ser reagrupados en tres clases). 1. La función legislativa que consisten en la producción de normas generales (es decir, impersonales) y abstractas (es decir, referidas al futuro). 2. La función jurisdiccional es aquella que consiste en verificar en concreto la violación de tales normas (prácticamente, en resolver controversias que tienen como objeto la violación de normas). 3. La función ejecutiva que tiene un carácter residual, en el sentido de que incluye todo acto individual y concreto (puede tratarse de un acto administrativo o un acto de ejecución material) que no pertenezca a una u otra de las funciones anteriores. Escapan del dominio de la función ejecutiva sólo la producción de normas (generales y abstractas) y la resolución de controversias." (GUASTINI, Ricardo. Ob. Cit. p. 60).

⁸⁵ GUASTINI, Ricardo. Ob. Cit. p. 66.

coordinación entre los diferentes poderes, y el segundo, es la existencias de excepciones al principio de cada poder del Estado debe realizar únicamente la función de su competencia.⁸⁶

El principio de separación de poderes y sus correctivos se consagran en la Constitución peruana de 1993 en su artículo 43° puesto que si bien se establecen centros de poder que actúan con cierta independencia, también se permiten controles entre sí para impedir el ejercicio abusivo del mismo.

En este marco es importante resaltar el principio de corrección funcional⁸⁷ como principio de interpretación constitucional, que permite concretar este principio de separación de poderes, puesto que se reconoce que cada órgano del Estado tiene competencias predefinidas que no se pueden invadir o desnaturalizar. En esa medida, este principio de interpretación constitucional puede ser un claro límite a la actuación de la justicia constitucional en los que pueda excederse en pos de dar más eficacia a los derechos y valores que consagra la Constitución. Esto porque el principio de corrección funcional le exige respetar las competencias definidas por el constituyente y reconocer que existen límites en función de otros valores e intereses relevantes que también debe proteger.

El principio de corrección funcional ha sido utilizado para resolver conflicto de competencias entre poderes del Estado y órganos constitucionales. Al Tribunal Constitucional le corresponde resolver procesos competenciales⁸⁸ y, por ello, es posible, en nuestro caso, encontrar

⁸⁶ BISCARETTI DI RUFFIA, Paolo. *Derecho Constitucional*. Madrid, Editorial Tecnos. Nº 67. 1987. p. 209.

⁸⁷ Los métodos de interpretación constitucional no se agotan en aquellos criterios clásicos de interpretación normativa (literal, teleológico, sistemático e histórico), sino que abarcan, entre otros elementos, una serie de principios que informan la labor hermenéutica del juez constitucional. La corrección funcional exige al juez constitucional que al realizar su labor de interpretación no desvirtúe las funciones y competencias que el constituyente ha asignado a cada uno de los órganos constitucionales, de modo tal que el equilibrio inherente al Estado Constitucional, como presupuesto del respeto de los derechos fundamentales, se encuentre plenamente garantizado. (HESSE, Konrad. *Escritos de Derecho Constitucional*. Traducción de Pedro Cruz Villalón. 2da. Ed. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1992, pp. 45-47).

⁸⁸ "El artículo 110° del Código Procesal Constitucional establece que el conflicto competencial "se produce cuando alguno de los poderes o entidades estatales adoptan decisiones o rehúyen deliberadamente actuaciones, afectando competencias o atribuciones que la Constitución y las leyes orgánicas confieren a otro". El conflicto competencial, típicamente, se genera cuando

diversos ejemplos en los que se evidencian ciertos excesos que se pueden cometer invadiendo competencias, o también omitiendo cumplir con funciones que son de obligatorio cumplimiento.⁸⁹

1.3. Naturaleza de las disposiciones constitucionales

A continuación, desarrollamos una serie de características que permiten establecer la naturaleza jurídica de las normas constitucionales y explicar los problemas que suscitan en su aplicación.

1.3.1. Textura “abierta” y carácter evolutivo

Un aspecto fundamental con el que tienen que lidiar los jueces constitucionales, es la textura abierta de la norma fundamental con la que tienen que solucionar las controversias, pero además, es una que norma debe ir de la mano con las exigencias de la realidad⁹⁰.

más de un órgano constitucional reclama para sí la titularidad de una misma competencia o atribución (conflicto positivo), o cuando, en contraposición a ello, más de un órgano constitucional se considera incompetente para llevar a cabo un concreto acto estatal (conflicto negativo). Pero no son estos los únicos supuestos que pueden desencadenar un conflicto competencial susceptible de ser dirimido por este Tribunal, pues también cabe que se susciten los denominados *conflictos por omisión de cumplimiento de acto obligatorio*. (STC. 00001-2010-CC/TC. Fundamento 2). También nuestro Tribunal Constitucional ha desarrollado en su jurisprudencia el denominado *conflicto constitucional por menoscabo de atribuciones constitucionales*, el cual ha clasificado en: a) conflicto constitucional por menoscabo en sentido estricto, que se produce cuando, sin existir un conflicto en relación con la titularidad de una competencia o atribución, un órgano constitucional ejerce su competencia de un modo tal que afecta el adecuado ejercicio de las competencias reservadas a otro órgano constitucional; b) conflicto constitucional por menoscabo de interferencia, que se produce cuando los órganos constitucionales tienen entrelazadas sus competencias en un nivel tal que uno o ninguno de ellos puede ejercer debidamente sus competencias sin la cooperación del otro; y, c) conflicto constitucional por menoscabo de omisión, producido cuando un órgano constitucional, al omitir el ejercicio de una competencia, afecta la posibilidad de que otro ejerza debidamente las suyas [Cfr. STC 0006-2006-CC, fundamentos 19 a 23].

⁸⁹ Es el caso de conflicto de competencias interpuesta por el Poder Ejecutivo (Ministerio de Comercio Exterior y Turismo), relacionados con la explotación de casinos de juego y máquinas tragamonedas, contra el Poder Judicial (STC. 00006-2006-CC/TC), o el conflicto competencial interpuesta por la Contraloría General de la República contra el Gobierno Regional de Amazonas (STC. 00005-2006-CC/TC) o el Sindicato Único de Trabajadores de Petróleos del Perú Operaciones Oleoducto-Piura contra el Ministerio de Trabajo y Promoción Social y el Poder Judicial (STC. N° 0000-2001-CC/TC), entre otros.

⁹⁰ “El magistrado constitucional puede asumir una concepción del Constitución testamento o estatua o una concepción de Constitución viviente” (SAGÜES NESTOR, Pedro. *La interpretación judicial de la Constitución*. Buenos Aires. Editorial De Palma, 1998).

Debido a las características de la norma constitucional con la que se van a resolver las controversias, no es posible sostener que los jueces constitucionales tienen como misión la acuñada por el autor de *El Espíritu de las Leyes*, que sostenía que el juez era "la boca muda que pronuncia las palabras de la Ley". Para empezar, como indica López Guerra, trabajamos con una norma que "no es neutra", en el sentido que no insta procedimientos que puedan orientarse a cualquier fin, sino que responde a una concepción de la vida social, y un marco de valores y principios, por lo que más allá de regulaciones concretas se establecen directrices que han de ser respetadas por todo el ordenamiento jurídico.⁹¹

Esta característica de las disposiciones constitucionales, de apertura regulativa o textura abierta de las normas constitucionales admiten un grado de deliberación "valorativa" para su aplicación. Un menor grado se presenta cuando se trata de normas cerradas cuya aplicación excluye la deliberación, y el máximo grado en aquellas que exigen deliberación necesariamente para su aplicación. Aguiló cita un ejemplo ilustrativo de esta característica: refiriéndose a la Constitución española, cita, por un lado, "la prohibición de la pena de muerte" que no admite deliberación y por otro "la prohibición de la tortura, penas y tratos inhumanos y degradantes" que, para determinar su contenido, requiere necesariamente deliberación y acudir a ciertos criterios valorativos.⁹²

Pero no se puede entender que la apertura regulativa de la Constitución sea sinónimo de imprecisión. Guastini señala que: "En definitiva, los conceptos empleados en la formulación de los principios constitucionales son, evidentemente, conceptos jurídicos altamente indeterminados, que

⁹¹ LÓPEZ GUERRA, Luís. *El Derecho Constitucional Español*. Valencia, Tirant lo Blanch, 2007, p. 31.

⁹² "Para explicarlo mejor en el artículo 15 de la C.E. La primera prohibición (la de la pena de muerte) es obviamente cerrada, es decir su aplicación excluye cualquier forma de deliberación práctica y la excluye porque, por un lado, "pena de muerte" no es un concepto valorativo (su uso no presupone "aboliciónismo" ni el "instauracionismo") y, además, es un concepto bien preciso en términos clasificatorios. (...). No ocurre lo mismo con "tortura" ni con "tratos inhumanos y degradantes". Se trata sin duda de conceptos valorativos: no puede haber "torturas" buenas ni "tratos inhumanos y degradantes" correctos. En torno a estos conceptos tiene pleno sentido la distinción caso fácil/caso difícil. Es cierto que "tortura" es un concepto más denso que "trato inhumano y degradante" y, que en consecuencia, su prohibición es mucho menos abierta; pero, en mi opinión, ni uno ni otro concepto son reducibles a su componente factual(...)" (AGUILÓ REGLA, Josep. Ob. Cit. p. 7 y 12).

apelan a las doctrinas morales y/o ideologías políticas de los intérpretes, en consecuencia, altamente discrecionales.”⁹³ Este será un aspecto fundamental en el desarrollo de la presente investigación, puesto que ese alto grado de apertura puede llegar a tener incidencia en aquellas áreas del Derecho que requieren más bien estricta precisión, como sucede con el Derecho Penal y el Derecho Administrativo Sancionador.

Cuando hacemos referencia al carácter evolutivo, se tiene en cuenta que la norma constitucional debe ir acorde con los tiempos, aunque es posible considerar una vigencia de largo plazo, la lectura que sobre ellas deben realizar los jueces no es estática, sino dinámica. Como señala García Pelayo, la Constitución es una realidad en constante y permanente renovación y, por ello, no se agota en el acto constituyente, sino que, en cierto modo, se renueva en cada momento.⁹⁴

La actualización de los dispositivos constitucionales a las exigencias de la realidad es una tarea encomendada a los jueces, por lo que aquí es importante lo señalado por Wróblewski: “el significado de la regla, no es por tanto, ningún hecho pasado conectado por vínculos ficticios con la voluntad del legislador histórico. De ser así el Derecho resultaría un gobierno de los muertos sobre los vivos. El significado de las reglas legales cambia en la medida que cambian los contextos en los que opera.”⁹⁵ Como muestra de lo señalado, corresponde la consideración de casos resueltos por el Tribunal Constitucional peruano en los que se ha dado un sentido actual a determinadas disposiciones constitucionales⁹⁶.

⁹³ GUASTINI, Ricardo. *Nuovi Studi sull'Interpretazione*, Col. *Studi di Filosofia analítica del Diritto*. Roma, ARACNE 2008, p. 142.

⁹⁴ GARCÍA PELAYO, Manuel. *Derecho Constitucional Comparado*. Teorías Modernas de la Constitución. Madrid, Alianza, 1984. p. 299.

⁹⁵ WRÓBLEWSKI, J. *Constitución y Teoría General de la Interpretación Jurídica*. Cuadernos Civitas, Madrid. 2001. P. 76.

⁹⁶ “Desde una perspectiva constitucional, debe indicarse que la familia, al ser un instituto natural, se encuentra inevitablemente a merced de los nuevos contextos sociales. Así, cambios sociales y jurídicos tales como la inclusión social y laboral de la mujer, la regulación del divorcio y su alto grado de incidencia, las grandes migraciones hacia las ciudades, entre otros aspectos, han significado un cambio en la estructura de la familia tradicional nuclear, conformada alrededor de la figura del *pater familias*. Consecuencia de ello es que se hayan generado familias con estructuras distintas a la tradicional, como son las surgidas de las uniones de hecho⁹⁶[2], las monopaternales o las que en doctrina se han denominado *familias reconstituidas*.” (Fundamento 7 de la STC. N° 09332-2006-AA/TC del 30 de noviembre de 2007).

Consideramos que la textura abierta de las disposiciones constitucionales trae como consecuencia otras características, que a continuación desarrollamos.

a) **Carácter valorativo**

Esta característica va inevitablemente unida a la textura abierta de las normas constitucionales, siendo fundamental considerar su tratamiento independiente porque considero que tiene una consecuencia fundamental: que no exista una sola respuesta correcta para definir los alcances de una norma constitucional, porque la consideración puede tener diversos grados en torno al contexto del caso o los valores que están en juego.

El carácter valorativo está presente en algunos conceptos que recoge el texto constitucional, como la libertad, la igualdad, la dignidad, etc., considerados conceptos "esencialmente controvertidos" que, a decir de Águilo se usan para asignar valor a acciones y a estados de cosas; y que son complejos porque están compuestos por un conjunto de propiedades que ponen en contacto otros conceptos, que requieren la formulación de teorías para definir relaciones de prioridad entre dichas propiedades, así como tiene un carácter argumentativo.⁹⁷

Considerando esta característica, también es necesario resaltar su carácter pluralista. Por ello, Zagrebelsky la distingue del mandato legal y del contrato, dándose una especial ubicación a la voluntad del constituyente, que obedece a una constelación de valores incluso contrapuestos entre sí, y que no puede ser tratada como la intención del legislador ni como la intención de las partes contrapuestas que alcanzan un acuerdo.⁹⁸

⁹⁷ AGUILÓ REGLA, Josep. *Ob. Cit.* p. 14.

⁹⁸ ZABREBELSKI. *Storia e costituzione*. En *Il futuro della costituzione*. Ed. De G Zagrebelsky y otros. ELNAUDI. Torino 1996. p. 76.

El preámbulo de la Constitución nos permite tener una pista sobre los valores que esta pretende hacer prevalecer. Pero condición del Preámbulo como genuina norma jurídica está en cuestión y por tanto, también la posibilidad de ser justiciable.

Por un lado, existe la posición negativa (por ejemplo del Tribunal Constitucional Español)⁹⁹ que considera que el preámbulo es solo una solemne declaración de intenciones, de extrema vaguedad; posición con la que concordamos. Y por otro lado, una posición positiva o permisiva¹⁰⁰ que considera que los preambulos constitucionales son textos jurídicos, y que su fuerza normativa deriva de su fuente (poder constituyente, parlamento, etc.), con lo cual, consideramos que se confunde la voluntad o intención del creador que puede ser importante para orientar la interpretación, con la norma misma. El Tribunal Constitucional peruano sigue la línea de otorgarle fuerza normativa también al preámbulo de la Constitución.¹⁰¹

⁹⁹ "en la medida que el Preámbulo no tiene valor normativo consideramos que no es necesario, ni incluso resultaría correcto, hacer una declaración de inconstitucionalidad expresa que se recogiera en la parte dispositiva de esta sentencia". (Sentencia 36/1981 de 12 de noviembre de 1981) y en esa misma línea: "aunque quepa reprochar la introducción de elementos de imprecisión en la Ley, es lo cierto que, como ha reiterado este Tribunal, ni las rúbricas de los títulos de las leyes ni los preámbulos tienen valor normativo" (Sentencia 173/1998 del 23 de julio de 1998).

¹⁰⁰ "El Preámbulo da sentido a los preceptos constitucionales y señala al Estado las metas hacia las cuales debe orientar su acción; el rumbo de las instituciones jurídicas. Lejos de ser ajeno a la Constitución, el Preámbulo hace parte integrante de ella. Las normas pertenecientes a las demás jerarquías del sistema jurídico están sujetas a toda la Constitución y, si no pueden contravenir los mandatos contenidos en su articulado, menos aún les está permitida la transgresión de las bases sobre las cuales se soportan y a cuyas finalidades apuntan. El Preámbulo goza de poder vinculante en cuanto sustento del orden que la Carta instaura y, por tanto, toda norma -sea de índole legislativa o de otro nivel- que desconozca o quebrante cualquiera de los fines en él señalados, lesiona la Constitución porque traiciona sus principios." (Sentencia C- 479 de 1992 de la Corte Constitucional Colombiana).

¹⁰¹ "Desde una perspectiva formal, que es la única manera cómo cabe efectuar el análisis de la cuestión planteada, las disposiciones finales y transitorias de la Constitución, al igual que el resto de disposiciones constitucionales, fueron aprobadas por el Congreso Constituyente Democrático y promulgadas conjuntamente con el resto de las disposiciones que integran la Norma Suprema del Estado. La Constitución, en efecto, no es solo "una" norma, sino, en realidad, un "ordenamiento", que está integrado por el Preámbulo, sus disposiciones con numeración romana y arábica, así como por la Declaración sobre la Antártida que ella contiene. Toda ella comprende e integra el documento escrito denominado "Constitución Política de la República del Perú" y, desde luego, toda ella posee fuerza normativa, aunque el grado de aplicabilidad de cada uno de sus dispositivos difiera según el modo cómo estén estructurados." (STC. N° 0005-2003-AI/TC).

b) Imperan normas - principios

En relación con la textura abierta de las disposiciones constitucionales tenemos que entre estas impera la estructura de las normas principio y un juez constitucional sostiene sus decisiones en ellas y no sólo en normas reglas. No se puede considerar a la Constitución como un ordenamiento cerrado y concluyente como normalmente suelen ser las leyes.

En este punto es fundamental el aporte realizado por Dworkin, que establece la existencia de principios que se distinguen de las reglas y que priman sobre éstas, estableciendo la conexión entre el Derecho y la moral.¹⁰² Así, la Constitución tiene un denso contenido material en el que encontramos reglas, principios y directivas que, a decir de Pietro Sanchis, no tienen la vocación de desplegar sus efectos a través de leyes, sino de modo directo e independiente.¹⁰³ En esa misma línea, Susana Pozzolo señala que: "la Constitución está hecha de principios, que no ofrecen una sola perspectiva, sino que se abren las puertas a distintas posibilidades significativas."¹⁰⁴

Los tribunales constitucionales trabajan con principios y conceptos constitucionales indeterminados de valor, principios y conceptos que a veces no son explícitos, pero susceptibles de ser extraídos de otros que sí lo son.¹⁰⁵ Al respecto, Guastini considera que la Constitución está integrada con una serie de valores y principios de los cuales es posible

¹⁰² Para Dworkin, las reglas son estándares de todo o nada. Cuando una regla válida es aplicable en un determinado caso, decimos que es conclusiva, o como diría un abogado, "dispositiva". Dado que las reglas válidas son razones conclusivas para la acción, no pueden entrar en conflicto entre sí. Si dos reglas se oponen mutuamente, entonces una de ellas no puede ser una regla válida. Por el contrario, los principios no resuelven los casos a los que se aplican. Ofrecen un apoyo justificativo de varios cursos de acción, pero no son necesariamente conclusivos. Los principios válidos, por tanto, pueden entrar en conflicto y lo hacen habitualmente. Más aún, en contrastes con las reglas, los principios tienen "peso" Cuando los principios válidos se enfrentan, el método adecuado para resolver el conflicto es seleccionar la posición que viene respaldada por los principios de mayor peso relativo. (SCOTT, J SHAPIRO, *El debate entre Hart - Dworkin una breve guía para perplejos*. En Dworkin y sus críticos. *El debate sobre el imperio de la Ley*. Valencia. Tirant lo Blanch, 2012. p. 151.

¹⁰³ PIETRO SANCHIS, Luis. *Neoconstitucionalismo y ponderación judicial*. AFDUAM, 2001. p. 207.

¹⁰⁴ POZZOLO, Susana. Ob. Cit. p. 37.

¹⁰⁵ ZAGREBELSKY, Gustavo (2007). *El Derecho Dúctil. Ley, derechos, justicia*. Madrid Trotta. p. 116.

extraer otros principios y normas implícitas.¹⁰⁶ Este mismo autor advierte que las normas constitucionales no sólo están constituidas por dispositivos claros y precisos, sino también de principios que no son susceptibles de aplicación inmediata pero exigen su concreción e interpretación por obra del legislador, jueces y órganos del Estado, así como disposiciones programáticas que tampoco son susceptibles de aplicación inmediata; pero todas ellas, son normas jurídicas genuinas, vinculantes para todos los destinatarios y capaces de producir efectos normativos.¹⁰⁷

1.3.2. Intangibilidad de ciertos dispositivos constitucionales

Siguiendo la caracterización de las normas constitucionales, es preciso mencionar nuevamente el carácter rígido de la Constitución (rigidez constitucional), dado que el nivel máximo de rigidez está vinculado a las denominadas cláusulas pétreas o de intangibilidad.¹⁰⁸

Estas tipo de cláusulas son normas o dispositivos de la Constitución que por voluntad del Constituyente están excluidas de posibilidad de reforma (a través del procedimiento legislativo y menos, por la vía de la jurisprudencia constitucional).

El contenido de estas cláusulas está referido a principios básicos, derechos específicos y aspectos puntuales de la organización y distribución del poder público.¹⁰⁹ El Tribunal Constitucional peruano ha

¹⁰⁶ GUASTINI, Ricardo (2001). *La Constitucionalización del Ordenamiento Jurídico: El Caso Italiano*. Traducción de José María Lujambio. ITAM. En Estudios de Teoría Constitucional. México, Fontamara y UNAM. P. 159.

¹⁰⁷ GUASTINI, Ricardo (2001). *Ob. Cit.* Pág. 157.

¹⁰⁸ AGUILÓ REGLA, Josep. *Ob. Cit.* p. 7.

¹⁰⁹ “Los límites expresos son aquellos principios que la propia Constitución señala, sin ambigüedad alguna, en forma explícita y directa, que son intocables, que no se pueden reformar ni alterar. A estas normas suelen llamarse cláusulas pétreas, intangibles o de intangibilidad. La razón de su existencia obedece a factores históricos, o que el Poder Constituyente decidió subrayar, cuales son los principios fundamentales, materiales, esenciales o supremos, como se les quiera denominar, sobre los cuales descansa el orden constitucional.” (CARPIZO, Jorge. *El Tribunal Constitucional y el Control de Reforma Constitucional*. Instituto de Investigaciones Jurídicas de UNAM. México. P. 411). “Son aquellas normas que generaciones futuras estarán impedidas de modificar, entonces la Constitución escrita resultaría intangible, lo cual no deja de ser ilusorio.” (FIX ZAMUDIO,

optado por su reconocimiento expreso, como a continuación se puede observar: "Los límites materiales, entonces, están constituidos por aquellos principios supremos del ordenamiento constitucional que no pueden ser tocados por la obra del poder reformador de la Constitución. (...) Los límites materiales expresos, llamados también cláusulas pétreas, son aquéllos en los que la propia Constitución, expresamente, determina que ciertos contenidos o principios nucleares del ordenamiento constitucional están exceptuados de cualquier intento de reforma. Caso, por ejemplo, del artículo 89° de la Constitución de Francia de 1958, el artículo 139° de la Constitución italiana de 1947 o el artículo 119° de la Constitución panameña; y, en el caso peruano, del artículo 183° de la Constitución de 1839, el artículo 142° de la Constitución de 1933. (...) Los límites materiales implícitos, son aquellos principios supremos de la Constitución contenidos en la fórmula política del Estado y que no pueden ser modificados, aun cuando la Constitución no diga nada sobre la posibilidad o no de su reforma, ya que una modificación que los alcance sencillamente implicaría la "destrucción" de la Constitución. Tales son los casos de los principios referidos a la dignidad del hombre, soberanía del pueblo, Estado democrático de derecho, forma republicana de gobierno y, en general, régimen político y forma de Estado."¹¹⁰

2. TRIBUNALES Y CORTES CONSTITUCIONALES

2.1. Origen y desarrollo

Los tribunales constitucionales, sin importar la denominación que reciban, fueron creados para la defensa de la Constitución, para velar por la coherencia del sistema jurídico¹¹¹, y en su desarrollo, se asumió también

Héctor. Estudio de la Defensa de la Constitución en el ordenamiento mexicano. México, Editorial Porrúa. UNAM. 2005. P. 51).

¹¹⁰ STC. N° 0014-2002-AI-TC. Fundamento 72.

¹¹¹ Kelsen concibió al tribunal constitucional como un órgano especial de naturaleza legislativa, confiándole el control constitucional en salvaguarda de la Constitución que no sólo ocupa el vértice del ordenamiento jurídico, sino que como una norma política contiene principios y postulados fundamentales para organización política, social y económica de la Nación. (GARCÍA ENTERRÍA, Eduardo. *La Constitución como norma y el Tribunal Constitucional*. Editorial Civitas. Madrid. 2001, p. 123.

un papel judicial, dedicado a la resolución en última instancia de conflictos suscitados en torno a la interpretación de la norma fundamental. Hoy en día, los tribunales constitucionales también desarrollan una labor de garantía activa de los valores y principios constitucionales a través del control de las omisiones inconstitucionales¹¹² y a través de sus sentencias manipulativas, donde desempeñan la labor de un legislador positivo o "sustituto."¹¹³

Los primeros tribunales constitucionales nacen en Europa. El primero de estos fue el establecido en la Constitución de Checoslovaquia del 29 de febrero de 1920. Luego se instituye el Alto Tribunal Constitucional de Austria en la Constitución de octubre de 1920. En España, la Constitución de 1931 creó el Tribunal de Garantías Constitucionales que desapareció con el advenimiento del régimen de Franco. Y en América Latina fue en la Constitución Cubana de 1940 que se creó el Tribunal de Garantías Constitucionales y Sociales integrado al Poder Judicial.

Se considera dentro de las principales razones para su desarrollo el que los tribunales ordinarios tendieran a sacralizar las leyes, producto de su cultura de aplicadores de la ley, más que juzgadores de la Ley a partir de la Constitución¹¹⁴. Nogueira Alcalá afirma que los magistrados ordinarios no estaban preparados para realizar la interpretación constitucional y juzgar las leyes y demás normas desde los valores, principios y reglas constitucionales.¹¹⁵

¹¹² FÉRNANDEZ RODRÍGUEZ, José Julio. *La inconstitucionalidad por omisión. Teoría General, Derecho comparado y caso español*. Madrid, Editorial Civitas. 1998. p. 246,

¹¹³ NOGUEIRA ALCALÁ, Humberto. *Justicia y Tribunales Constitucionales en América del Sur*. Lima. Palestra. 2006, p. 71.

¹¹⁴ "Los jueces de Europa continental son habitualmente magistrados de carrera poco aptos para cumplir su tarea de control de las leyes, tarea que es inevitablemente creadora y va mucho más lejos de la función tradicional de meros intérpretes o fieles servidores de las leyes. La interpretación de las mismas normas constitucionales y especialmente del núcleo central de éstas, que es la declaración de derechos fundamentales o *Bill of Rights* suele ser distinta que la interpretación de las leyes ordinarias. Requiere una aproximación que se conjuga mal con tradicional debilidad y timidez del juez según el modelo continental." (CAPELLETTI, Mauro. *Cours Constitutionnelles*. p. 463. Citado por Louis Favoreu. *Los Tribunales Constitucionales*. Barcelona, editorial Ariel. 1994. p. 19).

¹¹⁵ NOGUEIRA ALCALÁ, Humberto. *Justicia y Tribunales Constitucionales en América del Sur*. Lima. Palestra. 2006, p. 75.

Al referirse a la justicia constitucional, Capelletti señalaba que al estar el poder del gobierno limitado por normas constitucionales debían crearse procedimientos e instituciones para hacer cumplir tal limitación.¹¹⁶ Por su parte, Nogueira Alcalá sostiene que el concepto "justicia constitucional" ha sido utilizado para expresar dos ideas fundamentales: la primera, en una perspectiva amplia para referirse a la función desempeñada por el juez ordinario, el órgano legislativo y un órgano especial u otro consistente en confrontar la norma constitucional con otra norma jurídica, y determinando un juicio de conformidad o de disconformidad de la última norma con relación a la carta fundamental, lo que posibilita distinguir entre justicia constitucional política (desarrollada por órganos políticos) y justicia constitucional de carácter jurisdiccional (desarrollada por órganos jurisdiccionales). Con la segunda, en sentido estricto o restringido, se alude a la actividad desarrollada por un órgano jurisdiccional, que actúa como tercero imparcial, confrontando normas jurídicas y actos con la Constitución en sentido formal y material, determinando la posible inconstitucionalidad de dichas normas o actos, y, por ende, su inaplicabilidad, su anulación o su nulidad.¹¹⁷

Hay quienes incluyen en la justicia constitucional a cualquier órgano jurisdiccional que resuelva controversias constitucionales. Tal como lo señala Bidart Campos: "existirá jurisdicción constitucional cuando existan tribunales que ejercen la potestad de conocer y resolver mediante un procedimiento preestablecido y con efecto de cosa juzgada en el ámbito del Estado, los conflictos constitucionales (...) garantizando la fuerza normativa de la Constitución, con independencia de si es o no un órgano especializado en la materia."¹¹⁸

Los tribunales constitucionales son órganos constituidos que ejercen las facultades que expresamente le reconoce la Constitución y son calificados

¹¹⁶ CAPELLETTI, Mauro. *Renegar de Montesquieu, la expansión y la legitimidad de la justicia constitucional*. En *Revista Española de Derecho Constitucional* N° 17, 1986. p. 12-13.

¹¹⁷ NOGUEIRA ALCALÁ, Humberto. Ob. Cit. p. 28.

¹¹⁸ BIDART CAMPOS, Germán. *La interpretación y el control constitucional en la jurisdicción constitucional*. Buenos Aires. EDIAR, 1987. p. 31.

como los defensores de esta.¹¹⁹ Incluso se ha llegado a afirmar que el tribunal constitucional goza de una jerarquía superior respecto a los órganos constituidos secundarios.¹²⁰ Para Kelsen el Tribunal Constitucional era un órgano especial, situado fuera del Poder Judicial, que desarrollaba una labor exclusiva, que le permitía actuar como un legislador negativo, ya que tenía el poder de anular una ley.¹²¹

Asimismo, los tribunales constitucionales no están formados normalmente por letrados que provengan del Poder Judicial, sino más bien son nombrados generalmente por órganos políticos representativos, como es el Parlamento, el Ejecutivo o ambos. La regla mayoritaria es que no pertenezcan al Poder Judicial, salvo que formen parte de la estructura judicial, aunque cuentan con plena independencia para el ejercicio de sus funciones, como ocurre en Alemania, Bolivia y Colombia.

Para nuestra investigación consideramos al Tribunal Constitucional peruano como un órgano jurisdiccional autónomo e independiente, pero singular, obviando que sus integrantes son elegidos por el Congreso mediante un procedimiento político -por las labores que realiza - que lo muestran como un órgano complementario al parlamento, pues determina la invalidez formal o material de las diversas normas sujetas a su control y las expulsa del sistema jurídico; y también por conservar algunas normas emitidas por el legislador democrático y preservar la seguridad jurídica, al realizar en sus sentencias una interpretación distinta y asignarles un contenido diferente de la intención del legislador, interpretaciones que, por cierto, tendrán efectos *erga omnes*. Pero además, actúa en relación con la justicia ordinaria, de modo que conoce en última instancia (recurso de agravio constitucional) las controversias sobre un objeto exclusivo: la vulneración o amenaza de vulneración de los derechos considerados fundamentales.

¹¹⁹ KELSEN, Hans. *¿Quién es el defensor de la Constitución?* Madrid, Editorial Tecnos, 1995. p. 8.

¹²⁰ FERRER MAC-GREGOR, Eduardo. *Ensayos sobre Derecho Procesal Constitucional*. México, Porrúa y CNDH, 2004, p. 37.

¹²¹ KELSEN Hans. *La garantía jurisdiccional de la Constitución*. Madrid. 1984. p. 21.

De esa forma, el Tribunal Constitucional le da vida a los preceptos constitucionales, los actualiza y además le otorga juridicidad a las diversas relaciones, incluyendo las políticas. Vale decir, a través de sus interpretaciones y decisiones va desarrollando los contenidos y alcances de las diversas normas constitucionales, aunque también tiene incidencia en diversas relaciones públicas y privadas, aun cuando fueran "cuestiones políticas" como nombramientos de ciertas autoridades o procedimientos parlamentarios o procesos de elección popular.

2.2. Asuntos sometidos a su competencia

2.2.1. Control constitucional

El control constitucional está ligado al concepto de jerarquía constitucional. Se parte de la idea que es fundamental establecer el linaje u origen de la norma, y después se considera de suma importancia determinar la validez formal y material de la norma en términos de conformidad con las reglas ubicadas en el nivel jerárquico más alto, siendo el criterio supremo de validez la Constitución.

El control constitucional permite establecer la compatibilidad o no de las normas con la Constitución, actuando el Tribunal realmente como un legislador negativo, aunque también puede controlar la constitucionalidad de los actos administrativos y ejecutivos, así como las sentencias, y puede fijar parámetros interpretativos para establecer el marco jurídico y político de actuación de sus propias autoridades.

En América Latina, el control de la constitucionalidad es antiguo.¹²² Sin embargo, los sistemas de control constitucional responden a características, esquemas normativos y estructurales y concepciones

¹²² Cabe citar, como ejemplo, la Constitución de la provincia de Cundinamarca de 1811, la cual estableció una vía de acción directa, abierta y pública de los ciudadanos en contra de todo acto que violará esa Ley Fundamental. Dicha acción la ejercía ante un Senado de Censura, que era un órgano político, no de naturaleza judicial. Luego, la Constitución Venezolana de 1858 creó la acción pública de inconstitucionalidad, que tomó de la colombiana de 1822. La Suprema Corte Venezolana tenía competencia para anular normas legislativas de los concejos provinciales si contravenían la Constitución, facultad que fue extendida a toda la legislación nacional a partir de 1893. Los efectos de la sentencia eran *erga omnes*.

teóricas muy variados.¹²³ En esa medida, conviven un control político – legislativo y, control jurisdiccional con el modelo difuso o norteamericano¹²⁴, europeo o concentrado¹²⁵, mixto y dual o paralelo.¹²⁶

Los mecanismos de control constitucional, sean correctivos o preventivos, en teoría, no tendrían que entrar en funcionamiento si la Constitución jamás es vulnerada por actos de autoridad o de gobierno *lato sensu* y si el poder del Estado se detuviera en los límites establecidos. Sin embargo, la conveniencia de su existencia constitucional, así como su oportuna y puntual aplicación en caso necesario, se justifican por la necesidad de garantizar la vigencia del Estado de Derecho y la consecución de su objetivo esencial, que es la limitación del ejercicio del poder político. Esta misma exigencia se verifica en los casos de irregularidad parcial del orden jurídico.¹²⁷

¹²³ “Se puede clasificar el control de constitucionalidad atendiendo a diversos criterios, entre ellos, en función a la admisión o no de un sistema de control de constitucionalidad, en función al órgano que realiza el control, en función al procedimiento de control, en función al radio de acción del control y en función al efecto producido por el control.” (SAGÜÉS NÉSTOR, Pedro. *Derecho Procesal Constitucional*. Buenos Aires, Cuarta Edición. Tomo I. 2002. p. 35-93).

¹²⁴ Este sistema se materializó en el fallo de la Suprema Corte de Estados Unidos, caso *Marbury vs. Madison*, en 1803. Después de este caso, el control constitucional formó parte de la función de toda la jurisdicción, cualquiera que sea su lugar en la jerarquía judicial. Las características de este modelo están dadas por ser un control judicial practicado por los jueces y tribunales que integran el Poder Judicial; es difuso puesto que es practicado por todos los jueces, es un control represivo o reparador, que se concreta respecto de normas vigentes que integran el ordenamiento jurídico; es de carácter concreto al desarrollarse a partir de un precepto legal que se intenta aplicar en un procedimiento judicial en curso; la sentencia tiene efecto de cosa juzgada, pero sólo tiene efectos *inter partes*, vale decir, con efecto para las partes y para el asunto que se está sustanciando además, la sentencia tiene carácter declarativo y produce efectos *ex tunc*, ya que opera como una declaración de certeza retroactiva de una nulidad preexistente.

La crítica que se realiza a este sistema reside en que debilita la exigencia de “certeza de derecho”, ya que la norma cuestionada se mantiene en vigencia en abstracto, por cuanto las sentencias expedidas tienen eficacia limitada al caso concreto. Este inconveniente se atenúa en los países de tradición anglosajona por la regla del *stare decisis*, esto es, la obligación de los órganos jurisdiccionales inferiores de seguir la decisión sobre determinado punto del derecho adoptado por las jurisdicciones de rango superior, especialmente en el caso de la Corte Suprema como ocurre en los Estados Unidos.

¹²⁵ Este modelo se distingue de un contencioso ordinario siendo esencialmente represivo o reparador, es competencia de un solo tribunal constitucionalmente constituido para ese fin, que resuelve la controversia por iniciativa de determinados órganos estatales, generando las sentencias efectos *erga omnes*, así como tienen efecto constitutivo y *ex nunc*.

¹²⁶ El sistema dual o paralelo es el que asumimos en el Perú, puesto que admite el control difuso ejercido por tribunales ordinarios y el control concentrado realizado por un órgano especializado (Tribunal Constitucional).

¹²⁷ COVIÁN ANDRADE, Miguel. Ob. Cit. p. 25.

Astudillo señala que el tribunal constitucional es el órgano que protege los principios y valores fundamentales, las partes que configuran el núcleo legitimador de todo el sistema.¹²⁸ Reforzando esta idea, Manuel Aragón indica que “los órganos que ejercen control constitucional, no mandan, sino que sólo frenan”¹²⁹, cuestión que ya no es absoluta, como señala Nogueira Alcalá, quien sostiene que esta afirmación es atemperada en caso de la declaración de inconstitucionalidad por omisión donde el tribunal ordena dar cumplimiento a la norma constitucional.

Existen distintas formas de control constitucional, que obedecen a diversos criterios, tales como: quién efectúa el control, si un órgano jurisdiccional exclusivo y especializado o cualquier juez; o quién está legitimado para plantear la acción de inconstitucionalidad; o por el momento en el que se efectúa el control, si antes o después que la norma sujeta al mismo se ha puesto en vigencia; o por la forma de tramitación, esto es, si genera un trámite principal autónomo o si es sólo un asunto incidental. Finalmente, también se considera como criterios el tipo de cuestionamiento efectuado, es decir, si es sobre el fondo o contenido de la norma o el procedimiento que la originó, y si sobre el alcance directo o indirecto de la incompatibilidad, es decir, respecto al texto constitucional o respecto a las normas que integran el bloque de constitucionalidad.

En efecto, el control constitucional se puede realizar antes de que la norma forme parte del ordenamiento jurídico (control previo o preventivo), como sucede, por ejemplo, con el Tribunal Constitucional chileno¹³⁰ y el

¹²⁸ ASTUDILLO, César. *Del control formal al control material de la reforma constitucional*. Madrid. Centro de Estudios Políticos y Constitucionales. 2002. p. 168.

¹²⁹ ARAGÓN, Manuel. *La interpretación de la Constitución y el carácter objetivado del control jurisdiccional*. En: *Revista Española de Derecho Constitucional* N° 17, mayo – agosto, 1986. p. 89.

¹³⁰ Creado en 1970, el Tribunal Constitucional Chileno fue constituido como un órgano a ejercer un control constitucional de normas eminentemente preventivo y abstracto, con dualidad de Judicatura Constitucional al conservar el recurso de inaplicabilidad residenciado en la Corte Suprema. En el año 1981 a 1990 tuvo que operar con el autoritarismo y de 1990 en adelante con una democracia instaurada, se advierte en su desarrollo un etapa de refundación, al haberse otorgado el control concentrado y completo de la ley y de actos normativos, quedando fuera de control los reglamentos parlamentarios y actos reglamentarios de órganos autónomos. (ZUÑIGA URBINA, Francisco. (2006). *Control de Constitucionalidad y Sentencia. Cuadernos del Tribunal Constitucional*. N° 34. Chile, p. 9).

Consejo Constitucional francés¹³¹, que realizan el control constitucional *in abstracto*. Sin embargo, es más extendido el control que se concreta cuando las normas jurídicas forman parte del ordenamiento jurídico (control represivo o posterior o reparador), como sucede en Argentina, México¹³², España, Perú, Guatemala y Polonia. También existen países que asumen ambos, como Colombia y Portugal. Asimismo, existen singulares combinaciones, como el control *posteriori* vía excepción o incidente, realizado en un caso concreto, como sucede en Estados Unidos, país en el que es posible que una ley inconstitucional entre en vigor y también sea aplicada a lo largo del tiempo antes de que su ilegitimidad constitucional sea reconocida por los jueces. La decisión que adopten los jueces en estos casos no produce efectos generales, sino más bien circunscrito a una controversia, aunque en la práctica son generales cuando se aplica el *stare decisis*, o sea, el principio que confiere fuerza vinculante a los precedentes.

El control constitucional se puede activar vía principal a través de una acción de inconstitucionalidad, que se realiza de manera restringida o amplia. En el primer caso, sólo se reconoce legitimidad a determinados órganos del Estado, como en el Perú, y por acción popular como sucede en México, Colombia e Italia. El control restringido también se puede activar en la vía incidental cuando en un proceso judicial se plantea el control constitucional, lo cual sucede en Chile con el recurso de inaplicabilidad por inconstitucionalidad ante la Corte Suprema, o el recurso extraordinario en Argentina.

Según la modalidad de control puede ser abstracto cuando se analiza la incompatibilidad de las normas, mientras que será concreto se presenta cuando se promueve por acción o excepción en un caso judicial

¹³¹ El control previo o preventivo en Francia es ejercido *in abstracto*, que impide que la ley inconstitucional entre en vigencia.

¹³² En México se inició la reforma en 1980 y continuó de manera vertiginosa. Carpizo indica que la reforma del Poder Judicial fue muy importante: convirtió la Corte Suprema en un Tribunal Constitucional. En 1995 se revitalizaron los procesos constitucionales con la creación del recurso de inconstitucionalidad al reformularse la controversia constitucional, y reglamentarse de modo más efectivo el juicio de Amparo. (CARPIZO, Jorge (1994). *Reformas Constitucionales al Poder Judicial Federal y a la jurisdicción constitucional*. En Boletín Mexicano de Derecho Comparado. N° 83, México. p. 808).

determinado. También existe el control condicionado cuando está sujeto a un pre examen para determinar la procedencia o la trascendencia del asunto, como es el caso de los Estados Unidos, en donde funciona un mecanismo (*writ of certiorari*) ante la Corte Suprema Federal, que puede rechazar discrecionalmente los asuntos carentes de relevancia.¹³³

En el Perú, el Tribunal Constitucional asume un rol activo en el control abstracto de la constitucionalidad de las normas. Las sentencias emitidas en ejercicio de esta labor son aprobadas por el Pleno del Tribunal con una mayoría no menor de cinco votos de sus siete magistrados. Como indica Díaz Revorio estas sentencias tienen una triple efectividad: fuerza de ley, cosa juzgada y vincula a todos los poderes públicos.¹³⁴ Además, el Tribunal Constitucional peruano ha desarrollado diversos tipos de sentencias normativas o manipulativas, considerando que la inconstitucionalidad de una norma puede terminar siendo más grave desde un punto de vista político, jurídico, económico y social que su permanencia dentro del ordenamiento jurídico.¹³⁵

2.2.2. Protección de los derechos fundamentales

Como señala Rubio Llorente se considera que desde una perspectiva restringida la expresión jurisdicción constitucional comprende desde resolver la constitucionalidad de los preceptos legales hasta una jurisdicción protectora de los derechos fundamentales.¹³⁶ Esta competencia resulta más reciente¹³⁷ y se realiza a través de los procesos de tutela especial previstos como el amparo, el *habeas corpus* y el *habeas data*.

¹³³ NOGUEIRA ALCALÁ, Humberto. Ob. Cit. p. 54.

¹³⁴ DIAZ REVORIO, Javier. *Las sentencias interpretativas del Tribunal Constitucional*. Valladolid. Editorial Lex Nova. 2001. p. 103. LANDA, César. Ob. Cit. p. 193.

¹³⁵ LANDA, César. *Los precedentes constitucionales*. En Libro Homenaje a Diego Valadés – El Control del Poder. Lima, Editorial Grijley, 2012, Volumen II, p. 1019.

¹³⁶ RUBIO LLORENTE, Francisco. *Seis tesis sobre la jurisdicción constitucional en Europa*. En Revista Española de Derecho Constitucional N° 35, mayo – agosto de 1992, p. 9.

¹³⁷ RUBIO LLORENTE, Francisco. Ob. Cit. p. 9.

Estos procesos de tutela de los derechos fundamentales son conocidos en última instancia por el Tribunal Constitucional y han adquirido, en los últimos años, mayor relevancia que los procesos de defensa del principio de supremacía constitucional. A esto ha contribuido el desarrollo del Derecho Internacional de los Derechos Humanos, como parte de los compromisos adoptados por los estados. El proceso de defensa de los derechos fundamentales han sido concebido por el Sistema Americano de Protección de los Derechos Humanos como un recurso rápido, sencillo y efectivo que los Estados deben garantizar a sus ciudadanos (artículo 25° de la Convención Americana)¹³⁸. Se trata de un derecho reconocido en la Convención Americana de Derechos Humanos, que obliga a los estados parte del sistema a establecer procesos a los que puedan acudir sus ciudadanos para exigir la intervención de los tribunales nacionales ante cualquier acto que vulnere o amenace vulnerar sus derechos fundamentales, debiendo tener un tratamiento prioritario y de fácil acceso, a diferencia de lo que sucede con aquellos derechos que sólo son de orden legal.

2.3. Otras competencias en el derecho comparado

Además del dinamismo y expansión de la justicia constitucional en el mundo, se puede observar que en su desarrollo se han generado mayores competencias que por un lado, puede implicar un fortalecimiento del Estado Constitucional, pero por el otro también podría generar cierta inestabilidad. De ahí que Guarnieri y Pederlozi se pregunten: "¿cómo pueden tener lugar estos procesos sin alterar el equilibrio del sistema político, por sobre todo, sin generar conflicto con los principios claves de

¹³⁸ La Corte Interamericana de Derechos Humanos consideró dentro del concepto de recurso rápido sencillo y efectivo a los procesos de amparo y *habeas corpus*, para lo cual observó lo indicado por las Opiniones Consultivas OC 8/87 ("El hábeas corpus bajo suspensión de garantías"), de fecha 30 de enero de 1987; y OC 9/87 ("Garantías judiciales en los estados de emergencia"), de fecha 6 de octubre de 1987,

la democracia constitucional: la protección de los derechos ciudadanos y la soberanía popular?"¹³⁹

En el siguiente cuadro se observan algunas muestras del desarrollo de otras competencias en el Derecho Comparado:

<p>Control preventivo o a priori</p>	<p>Es posible sobre tratados internacionales (Por ejemplo, por el Tribunal Constitucional chileno).</p>
<p>Control sobre decisiones de la justicia ordinaria cuando ejerce control difuso</p>	<ul style="list-style-type: none"> - En Chile es posible que el Tribunal Constitucional ejerza un control preventivo y control concreto, represivo y facultativo en vía de acción de parte o motivado por el juez que conoce el asunto, cuando existen declaraciones de inaplicabilidad de la ley. Pero también es posible un control abstracto, represivo y facultativo, de oficio o por acción pública, de declaración de inconstitucionalidad de una ley que hubiera sido declarada inaplicable. <p style="margin-left: 2em;">En este país también el control constitucional puede alcanzar de modo abstracto o concreto, represivo y facultativo, vía acción de los órganos legitimados o de parte, a través de la resolución de cuestiones de constitucionalidad de los asuntos que fueran dictados por la Corte Suprema, Corte de apelaciones y Tribunal Calificador de Elecciones;</p> - En Paraguay, la Sala Constitucional decide sobre la inconstitucionalidad de las sentencias definitivas e interlocutorias.¹⁴⁰

¹³⁹ GUARNIERI, Carlo y PEDERLOZI, Patricia. *The power of judges. A comparative study of courts and democracy.* Oxford: English Editory: C.A. Thomas Oxford Social Legal Studies. 2003. p. 13.

¹⁴⁰ Es posible siempre que se hubieran agotado los recursos ordinarios conforme se precisa en el artículo 561° del Código Procesal Civil, declarando la nulidad de las que resulten contrarias con la Constitución, pudiendo iniciarse el procedimiento por vía de acción o excepción. Esta es la única Sala de la Corte Suprema que está prevista en la Constitución (artículo 260°);

<p>En relación a cuestiones políticas</p>	<ul style="list-style-type: none"> - El Tribunal Constitucional chileno tiene la facultad de pronunciarse por la renuncia del cargo de parlamentario y conoce sobre las inhabilidades e incompatibilidad constitucionales y legales que afecten a una persona para ser designado como Ministro de Estado, Parlamentario o Presidente, permanecer en ese cargo o desempeñar otras funciones.¹⁴¹ - El Tribunal Constitucional alemán conoce sobre los actos o conductas de las organizaciones, movimientos y partidos políticos.¹⁴² - El Tribunal Constitucional Boliviano conoce y resuelve un recurso directo de nulidad, que procede contra todo acto o resolución de una autoridad o funcionario que usurpa funciones, ejerce una potestad que no emana de la ley, o emite una resolución cuando ha concluido su mandato o función.¹⁴³ - La Corte Constitucional Colombiana ejerce control de constitucionalidad sobre convocatorias a referendos sobre leyes, consultas populares y plebiscitos de carácter nacional. Dicho control se ha extendido a referendos sobre ordenanzas, acuerdos y resoluciones locales.
--	---

precisando sus competencias en el artículo 11° de la Ley Orgánica. La decisión o sentencia inconstitucional es conocida como "sentencia arbitraria" —relativa a la violación de principios procesales constitucionalmente establecidos, como la prohibición de doble juzgamiento, el control y valoración de las pruebas, la obligación de fundamentación razonable de la decisión, entre otros. (VANOSSI, Jorge Reinaldo A. *Teoría constitucional*. Buenos Aires, Depalma, 1ª ed., 1976, tomo II, p. 301).

¹⁴¹ ZUÑIGA URBINA, Francisco. Ob. Cit. Pág. Tomo I. Pág. 522.

¹⁴² Siempre que atenten contra los principios básicos del régimen constitucional y democrático, utilicen violencia como método de acción política o procuren el establecimiento de un sistema totalitario.

¹⁴³ Está previsto en el artículo 120° de su Constitución (RIVERA; José Antonio (2001). *Jurisdicción Constitucional. Procedimientos Constitucionales en Bolivia*. Cochabamba, Editorial Kipus. p. 25).

Iniciativa legislativa y reforma constitucional	El Tribunal Constitucional en el Ecuador tiene iniciativa legislativa y de reforma constitucional. En cuanto a la primera, debe ser ejercida de acuerdo a sus atribuciones específicas.
Función consultiva	La Sala Constitucional del Tribunal Supremo en Venezuela conoce recursos abstractos de interpretación de la Constitución
Control constitucional de omisiones legislativas	La Sala Constitucional del Tribunal Supremo venezolano ejerce control de constitucionalidad sobre las omisiones de actuación de los órganos legislativos.

Se puede observar que la justicia constitucional limitada en un primer momento a la defensa de la Constitución, actuando como un legislador negativo, esto es, sólo encargándose de expulsar del ordenamiento la norma incompatible con la forma de producción o los valores, principios y directrices que establece la norma fundamental, ha evolucionado hacia tribunales constitucionales que participan activamente de la creación del Derecho, siendo como indicaba Cappelletti, inevitable enfrentar un problema concreto del grado de fuerza creadora o de las autolimitaciones.¹⁴⁴

3. APORTES Y CRÍTICAS A LA JUSTICIA CONSTITUCIONAL

Si se realiza una evaluación en general del desarrollo de la justicia constitucional, se van a encontrar muchos aspectos positivos que han

¹⁴⁴ CAPPELLETTI, Mauro. *Necesidad y legitimidad de la justicia constitucional*. En: AA.VV. *Tribunales Constitucionales Europeos y Derechos Fundamentales*. Madrid, 1984, p. 629.

generado un reconocimiento por parte de la comunidad, pero que también se han generado una serie de críticas, por parte de la dogmática.

A continuación se desarrollan dichos aspectos positivos y críticos, sin centrar, todavía, nuestra atención exclusivamente en el Perú.

3.1. Efectividad a la norma constitucional

El desarrollo de la jurisdicción constitucional ha otorgado plena eficacia normativa a la Constitución, además de transformar, como dice García Pelayo, "el Estado Legal de Derecho en Estado Constitucional de Derecho".¹⁴⁵ En esa misma línea, García Enterría sostiene que la efectividad de una norma jurídica depende de la interpretación que de ellas haga su intérprete supremo.

En distintos lugares, como en el Perú, ha adquirido mayor relevancia la labor del tribunal constitucional a través de su jurisprudencia, puesto que atribuye contenido a diversos preceptos de la Constitución. Es posible afirmar que la Constitución se ha proyectado de modo más intenso en el ordenamiento jurídico cuando a través de la jurisprudencia se ha establecido el alcance de sus contenidos, así también como ha servido para establecer un límite formal y material a los actos de los poderes constituidos. En esa línea, para el caso español, Canosa afirma que si en un Estado legislativo el parlamento y el gobierno se mantenían en sus márgenes gracias al control bilateral al que recíprocamente se sometían, con el Estado Constitucional, un órgano decisivo se coloca por encima de ambos controlándolos desde la Constitución.¹⁴⁶

Un ejemplo importante de la efectividad de la norma constitucional en el Perú se presentó cuando el Tribunal Constitucional sometió a control las decisiones del Jurado Nacional de Elecciones y del Concejo Nacional de

¹⁴⁵ GARCÍA PELAYO, Manuel. *Estado Legal y Estado Constitucional de Derecho*. En: El Tribunal Constitucional en Debate. Consejo Latinoamericano de Derecho y Desarrollo. Fundación Friedrich Neumann, Perú, 1986. p. 23.

¹⁴⁶ CANOSA USERA, Raúl. *La interpretación constitucional como modalidad de control del poder*. En: Libro Homenaje a Diego Valadés. El Control del Poder. Lima, Editorial Grijley, 2012, Volumen I, p. 259.

la Magistratura, pese a que el propio texto constitucional establecía que dichas decisiones eran irrevisables judicialmente.¹⁴⁷ En estos casos el Tribunal sostuvo que: “En efecto, afirmar que existen actos de alguna entidad estatal cuya validez constitucional no puede ser objeto de control constitucional, supone sostener, con el mismo énfasis, que en tales ámbitos la Constitución ha perdido su condición de norma jurídica, para volver a ser una mera carta política referencial, incapaz de vincular al poder.”¹⁴⁸ Asimismo, indicó que: “A diferencia de la actividad jurisdiccional efectuada en sede judicial, el Tribunal Constitucional tiene como tareas la racionalización del ejercicio del poder, el cual se expresa en los actos de los operadores del Estado, el mismo que debe encontrarse conforme con las asignaciones competenciales establecidas por la Constitución; asimismo, vela por la preeminencia del texto fundamental de la República sobre el resto de las normas del ordenamiento jurídico del Estado; igualmente se encarga de velar por el respeto y la protección de los derechos fundamentales de la persona, así como de ejercer la tarea de intérprete supremo de los alcances y contenidos de la Constitución.”¹⁴⁹

Considero importante dejar en claro la eficacia normativa de la norma constitucional, así como su alcance a todos los órganos públicos y también a las relaciones particulares, sin dejar zonas exentas de control. Sin embargo, por ser un límite literal y explícito previsto en la Constitución peruana de 1993 que el artículo 142° establece la imposibilidad de revisar judicialmente las decisiones del Jurado Nacional de Elecciones en materia electoral y las del Consejo Nacional de la Magistratura en materia de evaluación y ratificaciones de jueces, no bastaría sólo una decisión del Tribunal, sino la necesidad de una reforma constitucional que, además, sería compatible con la obligación de los estados de adecuar su

¹⁴⁷ El texto literal del artículo 142° de la Constitución establece que: “No son revisables en sede judicial las resoluciones del Jurado Nacional de Elecciones en materia electoral, ni las del Consejo Nacional de la Magistratura en materia de evaluación y ratificación de jueces.”

¹⁴⁸ STC. N° 5854-2005-AA/TC. Fundamento 7.

¹⁴⁹ STC. N° 2409-2002-AA/TC. Fundamento 2.

normatividad interna a los compromisos adoptados en materia de derechos humanos.¹⁵⁰

3.2. Unificar la interpretación constitucional

Por lo expresado en líneas anteriores, existe la necesidad imperante de realizar una labor de interpretación para dotar de contenido a los preceptos constitucionales que justamente tienen una naturaleza abierta, por lo que será necesario derivar reglas que permitan su aplicación a casos concretos. En esta tarea ciertamente compleja se advierte que los criterios de interpretación de la ley resultan insuficientes para abordar la peculiaridad de las normas constitucionales¹⁵¹, habiéndose construido un conjunto de criterios para esta tarea.

¹⁵⁰ Es pertinente citar la sentencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos en una situación similar que involucró a Nicaragua. Esta instancia supranacional señaló lo siguiente: "Si bien la Constitución de Nicaragua ha establecido que las resoluciones del Consejo Supremo Electoral en materia electoral no son susceptibles de recursos ordinarios o extraordinarios, esto no significa que dicho Consejo no deba estar sometido a controles judiciales, como lo están los otros poderes del Estado. Las exigencias derivadas del principio de independencia de los poderes del Estado no son incompatibles con la necesidad de consagrar recursos o mecanismos para proteger los derechos humanos. Independientemente de la regulación que cada Estado haga respecto del órgano supremo electoral, éste debe estar sujeto a algún control jurisdiccional que permita determinar si sus actos han sido adoptados al amparo de los derechos y garantías mínimas previstos en la Convención Americana, así como los establecidos en su propia legislación, lo cual no es incompatible con el respeto a las funciones que son propias de dicho órgano en materia electoral. Este control es indispensable cuando los órganos supremos electorales, como el Consejo Supremo Electoral en Nicaragua, tienen amplias atribuciones, que exceden las facultades administrativas, y que podrían ser utilizados, sin un adecuado control, para favorecer determinados fines partidistas. En este ámbito, dicho recurso debe ser sencillo y rápido, tomando en cuenta las particularidades del procedimiento electoral.

Por todo lo expuesto, la Corte concluye que el Estado violó el derecho a la protección judicial consagrado en el artículo 25.1 de la Convención Americana (...)" (Sentencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos. Caso Yatama vs. Nicaragua del 23 de junio de 2005. Fundamentos 174.175 y 176).

¹⁵¹ "1. Las constituciones están integradas en buena parte por nociones muy abiertas y elásticas, que no tienen contornos definidos, como las expresiones "dignidad humana", "igualdad" o "libre desarrollo de la ... basta comparar la definición civilista de servidumbre o usufructo, con la cláusula constitucional sobre el derecho al libre desarrollo de la personalidad del constitucionalismo alemán o colombiano, y podemos comprender que existe una diferencia profunda entre el grado de determinación de los conceptos constitucionales, y aquél que presentan las categorías legales. 2. Las constituciones contemporáneas son "principalistas", pues sus normas, en especial aquéllas relativas al reconocimiento y protección de los

La interpretación constitucional permite dotar de una necesaria coherencia material a todo el orden jurídico para convertirlo en un verdadero sistema cuya plenitud descansa en los postulados de la Constitución. Al interpretar la Constitución se ofrece al legislador y al resto de poderes constituidos el molde donde acomodar sus actuaciones. Como resultado de tal acomodación, se producirá la armonía en todo el orden jurídico.¹⁵²

Nogueira Alcalá considera que los tribunales constitucionales aportan ciertas ventajas al desarrollo de la vida jurídica de la sociedad política, ya que establecen un único parámetro de interpretación constitucional, evitando interpretaciones divergentes y, por lo tanto, otorgan un buen nivel de seguridad jurídica a todos los operadores del mundo jurídico. Esta seguridad se acrecienta en el momento en que el Tribunal considere una norma legal como inconstitucional, norma que será retirada del ordenamiento jurídico y otorgará a la decisión del tribunal constitucional un valor absoluto.¹⁵³

En el Perú se ha advertido, en algunas sentencias del Tribunal Constitucional, esa búsqueda de una interpretación unívoca del texto constitucional, a la que se ha denominado interpretación institucional.¹⁵⁴ Pero también la jurisprudencia constitucional tiene una fuerza vinculante. Aspecto que Adrián Coripuna, al referirse al sistema jurídico peruano, resaltaré: "en nuestro sistema jurídico existe la exigencia de conservar la

derechos fundamentales, no suelen tener la estructura clásica de la regla jurídica, en donde a una cierta hipótesis fáctica se adscribe una consecuencia normativa determinada, sino que un determinado valor debe ser protegido en la mayor medida posible, pero sin especificar las condiciones de aplicación de ese mandato, ni las consecuencias que derivan de su incumplimiento. 3. Las distintas ramas del ordenamiento jurídico tienen tensiones normativas indudables, pero suelen estar estructuradas en torno a algunos pocos principios que le confieren una cierta coherencia axiológica. Por ejemplo, el derecho privado, a pesar de la importancia creciente de la función social de la propiedad y de los principios de solidaridad y de buena fe, sigue confiriendo un peso preponderante a la autonomía de la voluntad... lo propio de las constituciones contemporáneas es que éstas se encuentran atravesadas por tensiones normativas permanentes y profundas, como aquella que existe entre la autonomía individual y los deberes de solidaridad, y sin que la propia norma fundamental establezca jerarquías o preferencias entre estos principios" (UPRIMNY, Rodrigo. *El dilema de la interpretación constitucional, Jurisdicción constitucional de Colombia*. La Corte Constitucional. 1992-2000 realidades y perspectivas, febrero, 2001).

¹⁵² CANOSA USERA, Raúl. *Ob. Cit.* p. 258.

¹⁵³ ALCALÁ NOGUEIRA, Humberto. *Ob. Cit.* p. 72.

¹⁵⁴ STC. N° 0008-2003-PI/TC, o STC. N° 0005-2009-AA/TC.

fuerza vinculante de la jurisprudencia constitucional, lo que constituye un elemento característico del Estado constitucional y democrático de Derecho, que demanda que tanto los poderes públicos como los ciudadanos en general, se encuentren efectivamente vinculados a la Constitución y los criterios, orientaciones y principios interpretativos establecidos por los altos tribunales de justicia.”¹⁵⁵

Las sentencias de inconstitucionalidad son fuente normativa, así como los precedentes vinculantes y la jurisprudencia constitucional expedidas por el Tribunal Constitucional son fuente interpretativa del Derecho tanto a nivel nacional como en el Derecho comparado¹⁵⁶.

Lo importante tal vez sea hacer un trabajo prolijo para distinguir qué jurisprudencia se debe observar de modo obligatorio y cuál no, considerando para ese fin qué puede ser considerado como fuente del Derecho y qué presupuestos se deben observar para ello, aspectos que abordaremos en el capítulo siguiente cuando al trabajar las posibles consecuencias de la actuación del Tribunal Constitucional debamos observar las distorsiones que se pueden provocar en el sistema de fuentes del Derecho.

3.3. Límites al poder

No se puede negar que la mejor defensa del orden constitucional está en manos de la justicia constitucional, a partir de cuyos pronunciamientos se puede afirmar que se presenta una racionalización política y jurídica del poder.¹⁵⁷ Se considera que la Constitución es generadora de un momento

¹⁵⁵ ADRIÁN CORIPUNA, Javier. *Relaciones entre el Tribunal Constitucional y el Poder Judicial. El valor de la jurisprudencia vinculante*. En Gaceta del Tribunal Constitucional N° 2. Abril – Junio de 2006, p. 12.

¹⁵⁶ ATIENZA, Manuel. *Argumentación y Constitución*. En http://www.uah.es/filder/manuel_atienza.pdf. p. 56. Visitada el 09 de mayo de 2013.

¹⁵⁷ VALADÉS, Diego. *El control del poder*. México, UNAM, 1998. p. 149.

de estabilidad y de permanencia, pues funciona como un “estímulo y límite” o como limitación y racionalización del poder del Estado.¹⁵⁸

Al respecto, Carpizo sostiene que: “la existencia de la jurisdicción constitucional, que incluye tribunales y cortes especializadas, incluso salas que generalmente calificadas de constitucionales, a pesar de sus problemas o debilidades, es hasta nuestros días el mejor sistema que se ha creado para asegurar la supremacía de la Ley Fundamental como norma decidida por el poder constituyente, para impedir que los poderes constituidos rebasen la competencia y atribuciones que expresamente señala la Constitución, y para la protección real de los derechos humanos”.¹⁵⁹

3.4. Legitimidad de su origen

Generalmente, los cuestionamientos al poder otorgado a la justicia constitucional que se formulan residen en su legitimidad y están vinculados a la forma en que se designa a sus integrantes. Con ese sentido, se afirma que los miembros de estos tribunales no gozan de origen democrático directo, dado que no son elegidos por el voto popular y en algunos estados son asignados.¹⁶⁰ Por otra parte, están sujetos a renovación periódica de sus mandatos y no son responsables en forma directa ante la opinión pública.

El perfil del magistrado constitucional y el procedimiento para su elección o designación es un aspecto a ser considerado dentro de las críticas. En el Perú, la elección de los miembros del Tribunal Constitucional está en manos del Congreso, que de acuerdo con el artículo 201º de la

¹⁵⁸ HÄBERLE, Peter. *El Estado Constitucional*. Estudio Introdutorio de Diego Valadés. Traducción de Fix – Fierro. México. UNAM. 2001. p. 3.

¹⁵⁹ CARPIZO, Jorge. *El Tribunal Constitucional y sus Límites*. Lima. Editorial Grijley, 2009. p. 17.

¹⁶⁰ SANTIAGO NINO, Carlos (1997). *La Constitución de la democracia deliberativa*. Barcelona, Editorial GEDISA, Primera Edición. p. 259.

Constitución son elegidos para un período de cinco años por dos tercios del número legal de sus miembros.¹⁶¹

En esta línea, los cuestionamientos al poder otorgado a la justicia constitucional residen en interrogantes como: ¿puede el más antidemocrático de los poderes estar investido de tan esencial atribución? ¿es ilegítimo otorgar a un poder tan separado del consenso popular la potestad más grave que prevé el orden institucional? ¿se justifica la inserción de esta atribución en una democracia pluralista?¹⁶². Estas interrogantes han llevado a otras como ¿por qué el juez constitucional, que no es producto de una elección popular, puede invalidar una ley emanada del legislativo?, ¿cómo la decisión democrática puede ser interferida por quienes no representan a nadie?, ¿en nombre de qué las generaciones pasadas pueden atar a las generaciones futuras?, ¿por qué parece que en el Estado constitucional democrático de derecho el poder se traslada del legislador al juez?, ¿cómo se puede conciliar la legitimidad democrática con los derechos humanos?¹⁶³

Para responder estas preguntas se han desarrollado un sinnúmero de teorías, algunas de las cuales aluden a una soberanía constitucional. En ese sentido, en la sentencia de la Suprema Corte Norteamericana en el caso *Marbury vs. Madison* de 1803 se establece que la Constitución es el papel que más fielmente refleja la voluntad del pueblo. En posiciones más extremas, Dominique Rousseau sostiene que “la democracia ya no tiene el significado y sentido de regla de la mayoría, se considera que el Juez Constitucional debe hacer prevalecer la voluntad del pueblo trascendente o perpetuo; el único verdadero soberano, por encima del pueblo actual.”¹⁶⁴

¹⁶¹ En este período existen miembros del Tribunal Constitucional que se han tenido que mantener en el cargo hasta el nombramiento de su reemplazo por el Congreso, habiéndose excedido en algún caso largamente el mandato constitucional de cinco años.

¹⁶² VERLY, Hernán. *El argumento contramayoritario*. En *El Derecho*, Diario del 01 de enero de 1991. <http://www.alfarolaw.com/tapa/HV%20-%20Argumento%20Contramayoritario.pdf>. Visita realizada el 09 de mayo de 2013.

¹⁶³ CARDENAS, Jaime. *Acerca de la Legitimidad Democrática del Juez Constitucional*. <http://biblio.juridicas.unam.mx/libros/6/2559/9.pdf>. Visita realizada el 09 de mayo de 2013. p. 82.

¹⁶⁴ ROUSSEAU, Dominique, *La justicia constitucional en Europa*, Madrid, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2002, pp. 28-30.

Se plantea también la reducción de los poderes interpretativos del juez constitucional, posición en la que se encuentran los originalistas que buscan evitar la fuerte discrecionalidad judicial.

Se han propuesto diseños institucionales más participativos y deliberativos en la estructura judicial. Sobre este particular, Nino señala que: "los jueces deben ejercer una independencia entendida, no como aislamiento, sino como una participación vigorosa en un diálogo interactivo con los poderes políticos."¹⁶⁵

Desde nuestro punto de vista, la legitimidad de los jueces constitucionales nace del propio texto constitucional, pues que de lo contrario comenzaríamos a cuestionar todas las facultades que detentan los representantes del poder público que no emanan directamente de la elección popular. Sin embargo, la legitimidad también se construye en base a un adecuado ejercicio de este poder que tiene carácter jurisdiccional y que expresamente establece el artículo 138° de la Constitución emana del pueblo. Este "adecuado ejercicio" implica la proscripción de la arbitrariedad en sus decisiones a través de una motivación suficiente. En este punto respaldamos nuestra posición sobre el concepto de legitimidad, que proviene de la filosofía política que establece que es "algo más que la aquiescencia a las autoridades y a las normas, implica la corrección en la actuación de la autoridad en el respeto a los derechos fundamentales y al procedimiento democrático. Con lo cual la legitimidad de la justicia constitucional no sólo tiene que ver con su forma de nombramiento y designación, sino esencialmente con su funcionamiento".¹⁶⁶

¹⁶⁵ NINO, Carlos. Fundamentos de Derecho Constitucional. P. 712.

¹⁶⁶ CARDENAS, Jaime. Ob. Cit. p. 99.

3.5. Excesos de la jurisdicción

Constituye un asunto que motiva preocupación, el no tener que llegar de un “gobierno de los jueces” a una “aristocracia de la toga”¹⁶⁷. Por otro lado, la trascendencia del rol que cumplen desafía la visión tradicional de la división de poderes, imponiéndose sus decisiones a los órganos democráticos¹⁶⁸, lo que se ha venido a llamar la dificultad contramayoritaria.¹⁶⁹

El hecho que sea un órgano cuya elección no corresponde a un mecanismo de democracia directa, determina el cuestionamiento del poder de controlar la constitucionalidad de los actos de otros poderes del Estado. De esta objeción da cuenta Pietro Sanchis que dijo que: “sin duda es seria y cuenta con ilustres defensores, pero no deja de encerrar una aparente contradicción.”¹⁷⁰ Tal vez, esa aparente contradicción si se observan argumentos como los expuestos por Tribe refiriéndose al sistema norteamericano, cuando indica que el texto constitucional como producto de un proceso político de ratificación, actuaría como una especie de *médium*: Si las decisiones judiciales se basan en la Constitución, ellas

¹⁶⁷ “En los Estados Unidos la resistencia a la legislación social hasta el fin de los años treinta del siglo XX fue razón de crítica severa a la aristocracia de la toga o a la oligarquía judicial. En el año 1905 la Suprema Corte había sentenciado, contra el voto particular de Chief Justice Holmes, que era irrazonable y arbitraria una ley que regulaba la jornada máxima de trabajo de sesenta horas para los panaderos. Durante la presidencia de Franklin D. Roosevelt la Suprema Corte de los Estados Unidos de América canceló mediante una cadena de doce sentencias leyes sociales urgentes en el marco de la política del *new deal*, la que fue afirmada por el pueblo en las elecciones de 1932, 1934 y 1936. La controversia profunda fue comparada con la de la secesión de los estados del sur, que era la razón de la guerra civil americana. Los diputados en vano trataron de conseguir sus metas políticas articulando textos legales distintos, pero sus ensayos no encontraron merced ante los ojos de los jueces que insistieron en proteger el derecho de propiedad de todo alcance.” (HANS-RUDOLF HORN (2013), *Intervenciones Judiciales en controversias políticas*. En Control del Poder Político. Libro Homenaje de Diego Valadés. Lima, Grijley, Tomo I. pág. 279).

¹⁶⁸ Uno de los autores más radicales en este tema, Waldron, sostiene que es importante preservar la legitimidad de las decisiones adoptadas democráticamente. Por ello, no parece suficiente dotar a los jueces de un cierto halo de legitimidad democrática: lo que importa es que su legitimidad nunca será mayor que la de los órganos representativos. Para Waldron, el control de constitucionalidad es inevitablemente antidemocrático y sólo se explica en un contexto de profunda desconfianza hacia los procedimientos democráticos. Señala este autor, que lo que se debe hacer es corregir el procedimiento democrático sin remplazarlo por el procedimiento aristocrático.” (WALDRON, J. (1993), *A Roughs – Based Critique of Constitutional Rights*. Oxford Journal of Legal Studies, 13, 1.p 51). El mismo autor plantea la tesis que una versión fuerte de democracia es incompatible con una versión fuerte de constitucionalismo.

¹⁶⁹ SANTIAGO NINO, Carlos. Ob. Cit. p. 259.

¹⁷⁰ PIETRO SANCHIS, Luis. *El Constitucionalismo de los Derechos*. En: Revista Española de Derecho Constitucional. Año 24, N° 71. 2004. p. 52.

están investidas de una legitimidad que se podría considerar indirecta¹⁷¹; sin embargo sus críticos sostienen que esta visión sólo se mueve del texto constitucional y su contexto histórico, al caso concreto, pero no considera la intervención de juicios de valor.¹⁷²

Se sostiene también que las leyes promulgadas por los órganos representativos, al estar sometidas al control de constitucionalidad, en la práctica están sujetas a interpretaciones de los jueces constitucionales, siendo posible, como señala Salazar Ugarte, que se transforme la democracia constitucional en una democracia jurisdiccional, en una burocracia guardiana que puede convertirse en la dictadura de los jueces.¹⁷³

Se acusa a las cortes constitucionales de ser responsable de las inestabilidades generadas en el control judicial que realizan de la actividad política o de los excesos cometidos cuando intervienen en asuntos del Ejecutivo o del legislador.¹⁷⁴ De ahí que autores como Fioravanti sostengan que inevitablemente existe inestabilidad y tensiones de distinto género entre los protagonistas del equilibrio: los sujetos de la política democrática, el parlamento, los gobiernos y los partidos, y los sujetos de la garantía jurisdiccional, los jueces y en particular los tribunales constitucionales.¹⁷⁵

Uno de los aspectos más criticados en este tema está dado por los límites y la responsabilidad del tribunal constitucional. Se hace referencia a que el tribunal constitucional como cualquier órgano de poder debe saber

¹⁷¹ TRIBE, Lawrence. *American Constitutional Law*. New York, The Fondation Press. 1988.

¹⁷² VERLY, Hernán. *El Argumento Contramayoritario. Justificación del control judicial constitucional*. En: Publicación. El Derecho – Diario el 01 de octubre de 1991. P. 2. En <http://es.scribd.com/doc/151793043/Hernan-Verly-Argumento-Contramayoritario>. Visita realizada el 28 de noviembre de 2013.

¹⁷³ SALAZAR UGARTE, Pedro. Ob. Cit. p. 195.

¹⁷⁴ Salazar Ugarte sostiene el innegable riesgo para el sistema democrático, puesto que mostrando el peor escenario imaginable, se podría dar una “declaración de guerra entre legisladores y jueces constitucionales, o la corte termine jugando un papel político que suplante a los órganos democráticos en la tarea de mediación y negociación política entre los grandes intereses económicos, políticos y sociales (SALAZAR UGARTE, Ob. Cit. p. 227 - 229).

¹⁷⁵ FIORIVANTI, Maurizio. Ob. Cit. p. 164.

autolimitarse y no caer en un activismo judicial desbordado.¹⁷⁶ Al respecto, César Landa advierte del peligro de que el Tribunal, en vez de convertirse en la autoconsciencia de la Ley Fundamental, se transforme en la conciencia arbitraria de la Constitución, o en un órgano independiente del gobierno de turno.¹⁷⁷

El peligro anunciado por el profesor Landa no es infundado, y es posible asumir una posición sobre este tema lejos de las opiniones personales, con el examen que se realiza a la jurisprudencia de nuestros tribunales y cortes constitucionales que en determinados casos han generado contenidos válidos (debidamente sustentados y generadores de consenso, pero esencialmente transformadores de la realidad) y, en otros casos, en cambio, ha sido lamentable observar que en la argumentación de las decisiones subyacen acuerdos partidarios o intereses de diversa índole.

3.6. ¿Hipertrofia de los principios?

Es objeto de debate, especialmente en Alemania¹⁷⁸, la hipertrofia en el sopesamiento o una hipertrofia de los principios.¹⁷⁹ Es decir, se hace referencia a un recurso exagerado de los principios y a la ponderación,

¹⁷⁶ “La Corte ha necesitado conquistar su actual posición con mucho trabajo y contra muchas resistencias. Que lo haya logrado radica, y no es la menor de las razones, en que con sabia autolimitación haya entendido correctamente cómo trazar las fronteras entre Derecho y Política.” (BACHOF, Otto. *Nuevas reflexiones sobre la jurisdicción constitucional entre derecho y política*. En *Boletín Mexicano de Derecho Comparado*. Año XIX, número 57, UNAM- Instituto de Investigaciones Jurídicas, México, 1986, p. 844).

¹⁷⁷ LANDA, César (1999). *Tribunal Constitucional y Estado Democrático*. Lima, Pontificia Universidad Católica. p. 233.

¹⁷⁸ Siguen esta vertiente crítica autores como Fiedrich Müller quien afirma que el sopesamiento no sería nada más que la expresión, de las precomprensiones, mal explicadas de aquel que decide y de sus relaciones efectivas con el caso concreto (MÜLLER, Friedrich *Strukturierende Rechtslehre*. Berlín. Duncker & Humbolt. p. 209), También Ernst - Wolfgang Böckenforde, quien habiendo sido juez del Tribunal Constitucional Alemán, afirma que el sopesamiento es una salida fácil para obtener la respuesta que se quiera la Constitución deje de ser normativa y vinculante para ser rebajada a un mero material de sopesamiento del juez (ERNST-WOLFGANG BÖCKENFÖRDE (1999) *Vier Thesen zur Kommunitarismus – Debatte*. En Peter Siller & Bertram Keller. Baden – Baden: Nomos. p. 85).

¹⁷⁹ GARCÍA AMADO, Juan Antonio (2007). *Derechos y pretextos: elementos de crítica al Neoconstitucionalismo*. En *Teoría del Constitucionalismo*. Madrid/México. Editorial Trotta/UNAM. p. 237.

siendo un aspecto fundamental en la crítica la subjetividad y la irracionalidad.

Hâbermas afirma que el sopesamiento es irracional y que genera un enorme riesgo para la garantía de los derechos fundamentales que perderían su carácter vinculante. Para este autor, perderían su carácter deontológico y pasarían a tener un carácter sobre todo axiológico o teleológico. Las normas dejarían de ser vehículo de lo que deben ser y pasarían a ser un material para decidir lo que es bueno y lo que es malo.¹⁸⁰

Refiriéndose a esta crítica, Afonso Da Silva analiza el caso Caroline Von Hannover vs. Germany (59320/2000), extraído del Tribunal Constitucional Federal alemán y que después llegó a la Corte Europea de Derechos Humanos. En dicho caso, se analizaron las fotos de la princesa Caroline publicadas en una revista alemana (se trataba en todas ellas de una misma persona y de la misma revista), a lo que el Tribunal decidió realizar un escalonamiento de la siguiente manera: Las fotos que la retrataban andando en bicicleta en el parque serían menos problemáticas y restringirían menos su privacidad (ya que estaba en un lugar público) que la foto sacada con un teleobjetivo cuando la princesa cenaba en la parte reservada de un restaurante, donde se presuponía estar en un lugar privado; y un tercer grupo de fotos merecería un tratamiento todavía diferente, porque no sólo involucraba la privacidad, sino también la imagen de su hijo.

Para el autor citado, lo que el Tribunal hizo fue un escalonamiento, según el cual, algunas fotos implicaban una restricción mayor, otras, una menor. De cierta forma, es básicamente a este tipo de situación que Alexy quiere hacer mención cuando propone una clasificación de las restricciones de derechos fundamentales (y, también, a la realización de estos derechos)

¹⁸⁰ HABERMAS, Jürgen (1998). *Factizität und Geltung*. Frankfurt am Main: Suhrkamp. p. 311.

en pequeñas, medias y grandes.¹⁸¹ De aquí que el autor citado concluya indicando que se trataría de una cuestión de preferir “esto a aquello”.

Sobre este aspecto, considero que se debe proscribir cualquier forma de actuación que suponga sólo la expresión de una preferencia o deseo, que puede tornar una decisión en arbitraria al no poseer ninguna dosis de racionalidad. Pero en la medida que exista una disciplina generada por el deber de justificar la asignación de contenidos, además de medir las consecuencias sociales, políticas y económicas de las decisiones, un desbordamiento o hipertrofia quedará sólo como un riesgo que este tipo de Estado puede generar. En este sentido, estoy convencida de que es posible que este poder puede ser controlado.

¹⁸¹ AFONSO DA SILVA, Virgilio (2013). *Control del Poder Judicial. Ponderación y Objetividad en la interpretación constitucional*. En: El control del Poder. Libro Homenaje a Diego Valadés. Lima, Grijley. Tomo I. Pág. 543.

CAPÍTULO II

LA JUSTICIA CONSTITUCIONAL EN EL PERÚ

1. EL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL EN EL PERÚ

Una de las instituciones que mayor desarrollo ha mostrado en estos últimos años y que ha contribuido a definir y determinar los alcances de los derechos fundamentales, así como perfilar las competencias y funciones de los órganos constitucionales, es el Tribunal Constitucional. En esa medida, es fundamental conocer sus orígenes en nuestro ordenamiento jurídico y dar cuenta de su desarrollo, pero también establecer los avances que se muestran en su jurisprudencia y los grandes desafíos que tiene que asumir en aras de consolidar un Estado constitucional. Como señala César Landa, “los tribunales constitucionales se han constituido en entidades garantizadoras que los demás poderes del Estado respeten la Constitución; lo cual supone que los tribunales hayan cumplido su rol de limitar el poder, en particular mediante el control de la constitucionalidad de las leyes y al protección de los derechos fundamentales, aunque no siempre ha sido pacíficamente”.¹⁸²

1.1. Origen y desarrollo

La Constitución de 1823 significó un primer aporte al tema del control constitucional. En efecto, ni en el Reglamento Provisional del 12 de febrero de 1821 ni en el Estatuto Provisional de 08 de octubre de 1821, en las denominadas “Bases de Constitución peruana” de 1822 se encontró algo semejante. De ahí que García Belaúnde, refiriéndose a estos últimos señaló que: “Ninguno de estos textos contiene nada relacionado con el control de la constitucionalidad, pues no sólo el tema no fue objeto de

¹⁸² LANDA, César (1997). *Balance del primer año del Tribunal Constitucional en el Perú*. En Pensamiento Constitucional. Año IV. N° 4. Fondo Editorial de la PUCP, p. 245.

discusión, sino que era algo que en ese momento, en plena guerra, no interesaba".¹⁸³

Por influencia de la Constitución gaditana de 1812, consagró por primera vez el control político¹⁸⁴ por parte del Senado. Sin embargo, esta Constitución "murió al nacer", puesto que fue suspendida ese mismo día por el Congreso Constituyente. En la Constitución de 1826 nuevamente se otorgó al Senado funciones difusas de protección de la Constitución, así como también en las constituciones de 1828, 1934 y 1939, pero a cargo del Consejo de Estado compuesto de diez senadores. Sobre este particular, García Belaunde señala que se establecía un control político de la Constitución, que fue propio en Francia¹⁸⁵, conforme a su Constitución de 1852 y su reforma de 1869.¹⁸⁶ En estas primeras constituciones, como afirma García Belaunde, existía un control de actos y de hechos, sin referencia alguna a normas¹⁸⁷.

En la Constitución de 1856, que fue considerada como liberal, se establecía que el Consejo de Estado¹⁸⁸ podía declarar nula y sin efecto legal toda ley que se opusiera a la Constitución (artículo 10º), pero no tuvo

¹⁸³ GARCÍA BELAUNDE, Domingo (2003). *Nota sobre el control de Constitucionalidad en el Perú*. En Revista Electrónica de Historia Constitucional. Nº 4. Pág. 2.

¹⁸⁴ Si bien el control político reside en la Constitución, se trata de mecanismos a ser utilizados en la labor parlamentaria sobre los actos de Ejecutivo. Estos en su mayor parte provienen de regímenes parlamentaristas, dentro de los cuales, en el ordenamiento jurídico peruano, encontramos los siguientes: investidura del Consejo de Ministros, interpelación, voto de censura, acusación constitucional o juicio político, comisiones y subcomisiones de investigación, control de presupuesto, pedidos de informes, invitación a informar y estación de preguntas (FERNÁNDEZ, Lucía. *Programa de Fortalecimiento del Congreso de la República. Mecanismos del control político*. Lima, 2003. p. 3).

¹⁸⁵ El origen de esta institución se dio en Francia, con la Constitución del año VIII (13 de diciembre de 1799) el llamado *Sénat conservateur*, al que se le asignó el control de todos los actos denunciados como inconstitucionales, figura que influyó claramente en varios ordenamientos constitucionales latinoamericanos. Es así que la Constitución de Bolivia de 1826 acogía en el Poder Legislativo tricameral una de cuyas cámaras, la llamada Cámara de los Censores, que se encargaba de velar por si el Gobierno cumplía y hacía cumplir la Constitución, las leyes y los tratados públicos, debiendo acusar ante el Senado las infracciones que el Ejecutivo hiciera de la Constitución, las leyes y los tratados públicos. (FERNÁNDEZ SEGADO, Francisco (1999). *El Control de Constitucionalidad en Latinoamérica*. Lima. En: Derecho. PUCP. Nº 52. p. 413).

¹⁸⁶ GARCÍA BELAUNDE, Domingo (1989). *Teoría y Práctica de la Constitución peruana*. Lima, Editorial y Distribuidora de Libros S.A. p. 94.

¹⁸⁷ GARCÍA BELAUNDE, Domingo (2003). Ob. Cit. p. 4.

¹⁸⁸ Si bien el artículo 10º de la Constitución de 1856 establecía el carácter de nula y sin efecto legal toda ley que se opusiera a la Constitución, no existía una referencia expresa a este Consejo de Estado que existía ya desde la Constitución de 1828 y que estaba constituida por dos representantes de los distintos departamentos elegidos por el Congreso.

mayor desarrollo legislativo o judicial¹⁸⁹. Fernández Segado, refiriéndose a esta Constitución, señala que: "Sólo la Carta de 1856, de vida fugaz, pues sólo estuvo vigente cuatro años acogió un enunciado categórico que luego no se repitió en ninguna otra constitución y que pudo haber posibilitado la recepción judicial del control difuso. A tenor de su artículo 10º: "Es nula y sin efecto cualquier ley en cuanto se oponga a la Constitución."¹⁹⁰ Sin embargo, consideramos que más que un control difuso, como indica Fernández Segado, guardaba las características de un control político concentrado. Refiriéndose a esta institución Eliseo Aja indicó que: "El Consejo Constitucional francés que había nacido en la Constitución gaullista de 1958 como un mero instrumento de superioridad del Ejecutivo sobre el Parlamento, realizó cambios que lo convirtieron en el defensor de los principios constitucionales y los derechos de los ciudadanos."¹⁹¹

La Constitución de 1860, que estuvo vigente hasta 1920, eliminó el Consejo de Estado y en su lugar estableció la función de control político en manos de la Comisión Permanente del Congreso. Siguió esta misma línea las constituciones de 1920 (aunque volvió a instaurar el Consejo de Estado) y de 1933.

También se registra que el año 1920, la Corte Suprema, por el dictamen del fiscal Guillermo Seoane, sostiene que la Constitución es la norma máxima del ordenamiento jurídico contra la cual no pueden ir las leyes que son infraconstitucionales, y corresponde al Poder Judicial declarar la supremacía de la Constitución. García Belaunde considera que esta resolución judicial sería el antecedente más remoto del control constitucional judicial en el Perú.¹⁹² El proyecto de Constitución de 1919 que realizó la Comisión Parlamentaria presidida por el doctor Javier Prado también establecía la potestad de la Corte Suprema de declarar la

¹⁸⁹ SORÍA, Daniel (1997). *Los mecanismos iniciales de defensa de la Constitución, en el Perú: el poder conservador y el Consejo de Estado (1839-1855)*. Tesis para optar el Título Profesional de abogado. PUCP, Lima. p. 253.

¹⁹⁰ FERNÁNDEZ SEGADO, Francisco. *Ob. Cit.* p. 418.

¹⁹¹ AJA, Eliseo (1998). Prólogo. En *Las tensiones entre el Tribunal Constitucional y el Legislador en la Europa Actual*. Barcelona. Editorial Ariel. P. XXV.

¹⁹² GARCÍA BELAUNDE, Domingo (2003). *Ob. Cit.* p. 8.

inconstitucionalidad de las leyes. Dicho proyecto no llegó a ser discutido por el Pleno de la Asamblea Nacional.

Vicente Villarán da cuenta de que el Anteproyecto de Constitución de 1931 consideró la posibilidad de incorporar el modelo norteamericano de control de la constitucionalidad; considerando como un argumento para el rechazo del control abstracto el que existiera un exceso de demandas contra el Congreso.¹⁹³

En la Constitución de 1933 no se reguló el control judicial de la constitucionalidad; pero el Código Civil de 1936 sí lo consideró en el artículo XXII de su Título Preliminar, que señalaba que si había incompatibilidad entre una disposición constitucional y una legal, debía preferirse la primera. Sobre este avance normativo, Pareja Paz - Soldán señaló que "el principio de no aplicación de las leyes inconstitucionales constituía un avance en la vida institucional de la República, uno de los fenómenos de la tendencia a la racionalización del Poder y una oportuna defensa de los principios y normas constitucionales".¹⁹⁴ Sin embargo, como sostiene García Belaunde, los jueces fueron reacios a aplicar esta institución, pues consideraban que sólo tenía aplicación en el Derecho Privado.¹⁹⁵

El Perú fue el país que más tardíamente¹⁹⁶ acogió normativamente el control difuso de constitucionalidad de las leyes, aunque ésta tuvo una nimia operatividad, por no decir ninguna.¹⁹⁷

¹⁹³ VICENTE VILLARÁN, Manuel (1962). *Exposición de motivos del Anteproyecto de Constitución de 1931*. Lima, p. 72.

¹⁹⁴ PAREJA PAZ- SOLDAN, José. *Derecho Constitucional Peruano* (1951). Lima, Lumen, p. 134.

¹⁹⁵ GARCÍA BELAUNDE, Domingo (1989). Ob. Cit. pp. 94-95.

¹⁹⁶ El primer documento constitucional que estableció la revisión judicial de la constitucionalidad de las leyes fue la Carta del Estado de Yucatán del 16 de mayo de 1841, con el apoyo del Proyecto realizado por Manuel Crescencio Rejón, quien diseñó los rasgos fundamentales del juicio de amparo. En Venezuela fue recogido en la Constitución de 1811, encontrándose los jueces venezolanos habilitados para declarar la nulidad de leyes inconstitucionales. Por otro lado, la Constitución Colombiana de Cundinamarca de 1821 declaró la primacía constitucional, y estableció un control constitucional por vía de acción directa, abierta y pública de los ciudadanos contra todo acto atentatorio de la Constitución. En Uruguay, la Corte Suprema asumió este rol ya entrado el segundo tercio del siglo pasado. La Constitución de 1934 de este país asignó a la Corte Suprema el conocimiento y resolución

En la Ley Orgánica del Poder Judicial de 1962 se reglamentó el control difuso. Sin embargo, como señala Landa, si bien esta disposición va a indicar que la idea de supremacía constitucional sobre la ley y el control judicial sobre ellas, tuvo sólo carácter nominal debido a la falta de autoconciencia en la élite judicial.¹⁹⁸

La partida de nacimiento del control concentrado de constitucionalidad se da en la Constitución de 1979, al crear el Tribunal de Garantías Constitucionales¹⁹⁹. García Belaunde²⁰⁰ y Palomino Manchego²⁰¹ coinciden en señalar que esta primera regulación se inspiró en la experiencia constitucional española de la Segunda República. Para ese momento ya tenían tribunal constitucional Ecuador²⁰², Guatemala²⁰³ y Chile²⁰⁴.

originaria y exclusiva para conocer y decidir la inconstitucionalidad de todos los actos estatales. (FERNÁNDEZ SEGADO, Francisco. Ob. Cit. p. 424-431).

¹⁹⁷ FERNÁNDEZ SEGADO, Francisco. Ob. Cit. p. 420.

¹⁹⁸ LANDA ARROYO, César (2003). *El establecimiento de la Justicia Constitucional en el Perú*. Lima. Editorial Palestra. P. 61.

¹⁹⁹ La Constitución de 1979 fue enfática en la defensa de los derechos fundamentales de la persona, del sometimiento de las Fuerzas Armadas a la Constitución, en la defensa misma de la Constitución, y en el control difuso y concentrado de la constitucionalidad de las leyes. Se trató de garantizar que la Constitución fuese una norma con permanencia en el tiempo (MORALES GODO, Juan. Del Tribunal de Garantías Constitucionales al Tribunal Constitucional. En Revista de Derecho PUCP. N° 53, Diciembre 2000, p. 67.

²⁰⁰ “Antes que nada hay que resaltar que el cambio de nomenclatura, - esto es, en lo referente al nombre - está tomado de la Constitución española de 1931, que lo crea con tal nombre y que posteriormente recoge el borrador de la Constitución española que aprobaron las Cortes de 1977. No obstante, con posterioridad a dicho debate, el proyecto español adopta el nombre moderno de Tribunal Constitucional, y no el clásico de Tribunal de Garantías Constitucionales. Como se ve nosotros, nos aferramos al nombre clásico y no al moderno que es empleado en la misma España, en Italia, en Alemania, en Austria e incluso en algunos países del área socialista como Checoslovaquia.” (GARCÍA BELAUNDE, Domingo (1993). *El Tribunal de Garantías Constitucionales*. En Teoría y Práctica de la Constitución Peruana. Lima, Tomo II. P. 209 y GARCÍA BELAUNDE, Domingo (1991). *El llamado Tribunal de Garantías*. En Constitución y Política. Lima, Segunda Edición. Pág. 191)).

²⁰¹ PALOMINO MANCHEGO, José. *Los Orígenes de los Tribunales Constitucionales en Iberoamérica (1931- 1979)* p. 50. En biblio.juridicas.unam.mx/libros/5/2218/3.pdf. Visita realizada el 29 de noviembre de 2013.

²⁰² En Ecuador se creó en 1945 el Tribunal de Garantías Constitucionales bajo el influjo directo de la Constitución Española de 1931, aunque se sostiene que se quiso implementar un nuevo modelo de justicia constitucional, puesto que se otorgaron atribuciones disímiles. Sin embargo, la Constitución de 1945 tuvo una corta vida, y la Constitución de 1946 implementó un Consejo de Estado para el control de constitucionalidad. (FERNÁNDEZ SEGADO, Francisco. Ob. Cit. p. 450).

²⁰³ La Constitución de 1879 tuvo larga vigencia en Guatemala, fue reformada en 1921 y adoptó por primera vez el sistema de control judicial de la constitucionalidad que se mantuvo y así mantuvo en su Constitución de 1945. No obstante, en la Constitución de 1965 se instauró un sistema dual donde se conjugaba la tradición de control difuso norteamericano con la instauración de una Corte Constitucional que asumía el control de la constitucionalidad en

El Tribunal de Garantías Constitucionales peruano tenía como competencia declarar la inconstitucionalidad de las leyes, así como expedir resoluciones casatorias frente a las denegatorias del Poder Judicial en los procesos amparos y hábeas corpus. Este Tribunal funcionó desde 1982 hasta 1992²⁰⁵.

Las razones del constituyente de 1979 para optar por el Tribunal Constitucional para el control de la constitucionalidad de las leyes se pueden resumir:

- a) La marcada dependencia del Poder Judicial hacía el poder político y económico, y el escaso desarrollo jurisprudencial en materia de control de constitucionalidad,

vía principal. Esta Corte fue el primer órgano autónomo en América Latina y, en rigor, era un Tribunal Constitucional. (FERNÁNDEZ SEGADO, Francisco. Ob. Cit. p. 452). Se sostiene que la existencia de esta Corte fue corta pero fructífera (GARCÍA LAGUARDIA, Jorge Mario (1994). *La Corte Constitucional (Tribunal Constitucional) de Guatemala. Orígenes y Competencias*. En Cuadernos Constitucionales México – Centroamérica. N° 8, Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM, p. 38)

²⁰⁴ La Constitución de 1925 estableció por primera vez en Chile el control judicial de la constitucionalidad de las leyes, que se canalizó por medio del recurso de inaplicabilidad, configurado como una atribución exclusiva de la Corte Suprema, que se podía interponer en cualquier juicio ordinario, sin suspender su tramitación. La Corte Suprema se limitó a conocer y fallar los recursos de inaplicabilidad de las leyes por vicios materiales y de fondo. Con el tiempo se fue desarrollando una conciencia de establecer un órgano jurisdiccional especializado que pudiera hacer realmente efectivo el principio de supremacía constitucional (NOGUEIRA ALCALÁ, Humberto. *El Tribunal Constitucional Chileno*. En Una mirada a los Tribunales Constitucionales. Las experiencias recientes. P'. 111 - 112). La reforma constitucional de 1970 vino a marcar el hito en la evolución y perfeccionamiento de las instituciones políticas chilenas. El Tribunal Constitucional chileno se constituyó en 1971, siendo su generación fundamentalmente apolítica. (SILVA CIMMA, Enrique (1977). *Tribunal Constitucional de Chile (1971-1973)*. Caracas, Editorial Jurídica Venezolana P. 45).

²⁰⁵ “Así, el Tribunal de Garantías Constitucionales fue cerrado por el autogolpe de Fujimori de 1992, mientras que su actual mayoría parlamentaria, el 28 de mayo de 1997 ha destituido a tres magistrados del actual Tribunal Constitucional e iniciado investigación parlamentaria contra el Presidente del Tribunal, lo que ha originado su renuncia, quedando así inoperante el control constitucional al poder. Contribuyendo considerablemente al debilitamiento del proceso de consolidación democrática del Perú. (...) En efecto, al largo proceso de investigación y acusación constitucional que llevó a cabo la mayoría parlamentaria del Congreso, entre marzo y mayo de 1997 contra los magistrados del Tribunal Constitucional, Ricardo Nugent (Presidente), Manuel Aguirre, Delia Revoredo y Guillermo Rey; por un lado, por sentenciar los tres últimos por inaplicable la ley de reelección presidencial y, por otro lado, por pronunciarse sobre un recurso de aclaración solicitado por el Colegio de Abogados de Lima, sobre dicha sentencia con el aval del Presidente del Tribunal; se ha expuesto argumentos jurídico – políticos que por haber servido de fundamentos de la contumacia del poder autoritario, para no someterse a la reglas democráticas del control constitucional, (...)”. (LANDA, César. Ob. Cit /1997). Pág. 247).

- b) De no considerarse un tribunal independiente del Poder Judicial y someter el control de constitucionalidad de las normas a este poder, ¿quién controlaría los actos inconstitucionales del Poder Judicial?
- c) La interpretación del derecho por parte del juez es distinta a la del magistrado constitucional, dado que el primero es generalmente exegético, formalista y pegado a la ley. En cambio, la Constitución debe ser interpretada atendiendo a los principios y a los cambios de la realidad, esto es, debe realizarse una interpretación evolutiva, dinámica, acorde con la exigencia de los tiempos.
- d) El estatus del magistrado constitucional es diferente, ya que es elegido por un período determinado. No hace carrera ni está pegado al cargo.²⁰⁶

Es preciso también observar que se consideró que el Tribunal de Garantías Constitucionales no tuvo un papel relevante en el desarrollo de los contenidos constitucionales, tanto en el control abstracto de la constitucionalidad de las normas como en la defensa de los derechos fundamentales. Este aspecto obedecería a diversos factores, incluyendo la débil consciencia constitucional propia de un inicio institucional, pero sumaba también el contexto de crisis económica y política del país (crecimiento del terrorismo). Asimismo, se debe considerar, como resalta Landa, el hecho de tener competencias limitadas, escasa demanda de los justiciables y reiteración de los vicios de la justicia ordinaria en la justicia constitucional²⁰⁷. Para Eguiguren²⁰⁸, este problema se deriva de su propio diseño, por lo que considera como factores determinantes:

- Una competencia y capacidad muy limitada o restringida convalidada por la Constitución. Sólo podía conocer en forma residual las acciones de *habeas corpus* y amparo que previamente habían sido denegadas por la Corte Suprema, para lo cual el

²⁰⁶ MORALES GODÓ, Juan. Ob. Cit. p. 69.

²⁰⁷ LANDA, César. *Del Tribunal de Garantías Constitucionales al Tribunal Constitucional: el caso peruano*. Ponencia presentada en Congreso Internacional de Derecho Constitucional "Ciudadanos e Instituciones del Constitucionalismo Actual". Alicante. 1995. p. 75.

²⁰⁸ EGUIGUREN, Francisco (1990). *Derechos y garantías constitucionales en el Perú*. En Los retos de una democracia insuficiente. Lima, p. 61.

litigante tenía que haber transitado por todas las instancias judiciales (se muestra un cuadro de 1982 a 1987 que arroja un total de 48 demandas de *habeas corpus* y 225 de amparo).

- La contraproducente decisión del constituyente de establecer como sede del Tribunal la ciudad de Arequipa, acrecentando con ello las dificultades de acceso y terminando por desalentar debido a razones materiales y económicas.

No obstante, Eguiguren también considera algunos aportes del Tribunal de Garantías Constitucionales, pese a la escasa jurisprudencia. Por ejemplo, la definición de la vía paralela o del agotamiento de las vías previas para el amparo, o la suspensión de las garantías en los estados de emergencia, principalmente refiriéndose al *habeas corpus* o el plazo de detención policial que no debía exceder las 24 horas. En este punto, se crítica resoluciones con una extensión excesiva, numerosos votos singulares y el privilegiar opiniones personales.

En el Proyecto de Constitución de 1993 quedó reincorporada la justicia constitucional concentrada a través del Tribunal Constitucional, proyecto que fue aprobado por referéndum popular en una votación en la cual se discutió su transparencia.²⁰⁹

La Constitución de 1993 también reconoce en el capítulo del Poder Judicial el control difuso y resulto que, le corresponde a los jueces conocer en primera y segunda instancia los procesos de amparo, *habeas corpus*, *habeas data* y acción de cumplimiento. En el Título V (De las Garantías Constitucionales) reconoce al Tribunal Constitucional como el órgano de control de la Constitución y de la última instancia de fallo contra las resoluciones denegatorias de los procesos constitucionales de *habeas data*, *habeas corpus*, amparo y de cumplimiento. Asimismo, le asignó la competencia para resolver los procesos de inconstitucionalidad y los de competencia y atribuciones entre poderes y órganos constitucionales.

²⁰⁹ LANDA, César (1997). Ob. Cit. p. 249.

Recién el 10 de enero de 1995 se promulgó la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional mediante la Ley N° 26435. Esta Ley fue modificada por la Ley 26446²¹⁰ y luego sucesivamente mediante las Leyes 26541²¹¹, 26618²¹², 26622²¹³, 26853²¹⁴ y 26954²¹⁵, entre otras.

La conformación del Tribunal Constitucional tiene constituyó también un problema, puesto que desde 1994 hasta 1996 no pudo instalarse (en 1995, cuando el Congreso, como órgano encargado de designar a sus integrantes, convocó a los candidatos, no existieron acuerdos entre la mayoría y minoría parlamentaria). Ciertamente es que con la Constitución de 1979 se tenía un sistema tripartito de designación de sus miembros (9 magistrados), parte del Ejecutivo, Judicial y Legislativo, pero la Constitución de 1993 adoptó un sistema de designación de magistrados ciento por ciento político de elección de sus miembros a través del Congreso.²¹⁶

Durante la última década del S. XX, a decir de Landa, se trató de minusvalorar²¹⁷ el rol de la jurisdicción constitucional y ello se pudo apreciar en el propio texto de su Ley Orgánica, que hasta el año 2002 limitó el control de la constitucionalidad de las leyes, siendo el principal obstáculo el quorum de votación requerida para dicho fin²¹⁸. En efecto, de acuerdo a dicha ley orgánica, el voto de sólo dos de los magistrados del

²¹⁰ Publicada en el diario oficial El Peruano el 19 de abril de 1995.

²¹¹ Publicada en el diario oficial El Peruano el 24 de octubre de 1995.

²¹² Publicada en el diario oficial El Peruano el 07 de junio de 1996.

²¹³ Publicada en el diario oficial El Peruano el 14 de junio de 1996.

²¹⁴ Publicada en el diario oficial El Peruano el 29 de agosto de 1997.

²¹⁵ Publicada en el diario oficial El Peruano el 21 de mayo de 1998.

²¹⁶ CHIRINOS SOTO, Enrique y Francisco (1994). *Constitución de 1993, lectura y comentario*. Lima, Nerman S.A. P. 452.

²¹⁷ LANDA ARROYO, César. Ob. Cit. p. 72.

²¹⁸ El texto original del artículo 4° de la Ley Orgánica del Tribunal exigía para la admisibilidad y resolución de una acción de inconstitucionalidad seis votos conformes y, de producirse un empate, el Presidente del Tribunal Constitucional tenía el voto dirimente. Esta exigencia dio lugar a una demanda de inconstitucionalidad que fue declarada infundada (STC. 005-96-I/TC). Luego de la destitución de tres magistrados integrantes del Tribunal Constitucional en mayo de 1997 se agregó una disposición transitoria a la Ley Orgánica a través de la Ley 26801, publicada el 29 de mayo de 1997, en la cual se establecía que el quórum para la resolución de los procesos de amparo, hábeas corpus, hábeas data, cumplimiento y competenciales era de cuatro miembros, hasta que se designase a los nuevos integrantes del Tribunal Constitucional. Luego, en el año 2000 fueron reincorporados los tres magistrados destituidos y mediante la Ley 27780 se estableció que para declarar la inconstitucionalidad se requería cinco votos conformes.

Tribunal impedía la declaración de inconstitucionalidad de una ley o norma con rango de ley. Refiriéndose a este punto, el autor citado indica que: "la inoperancia del Tribunal para realizar el control de constitucionalidad de las leyes, se hace evidente con el conflictivo requisito de los seis votos conformes de los siete magistrados, el mismo que sería el causante de uno de los mayores enfrentamientos al interior del Tribunal Constitucional. Pero, este no ha sido el único escollo en la implementación de la justicia constitucional, sino el de la nominación de los magistrados del Tribunal Constitucional".²¹⁹

Por otro lado, la Constitución de 1993 conservó un sistema de control de la constitucionalidad de las leyes dual, porque a la par de la labor del Tribunal Constitucional en el control concentrado de constitucionalidad se habilitó a todos los jueces y tribunales para que ejerzan el control difuso. No obstante, este no fue un aporte del constituyente de 1993, de hecho que la Carta de 1979 tuvo la cualidad de sentar sus bases. Como señala César Landa: "La Carta Política de 1979 inauguró en la década de los ochenta un amplio escenario de reflexión jurídica y política, sobre todo por el establecimiento de un moderno diseño constitucional democrático y social, basado en la protección de los derechos humanos la incorporación de las garantías constitucionales, la creación del Tribunal de Garantías Constitucionales, el rol de la defensoría del pueblo, el reconocimiento de la jurisdicción supranacional, la descentralización del Estado, la economía social de mercado, etc."²²⁰

Si nos concentramos en la labor del Tribunal Constitucional en las últimas dos décadas, se observa una actividad trascendente tanto respecto al control de la constitucionalidad de las leyes como en la protección de los derechos fundamentales; aunque dicha actividad no se ha encontrado exenta de observaciones y críticas que dan cuenta de algunos excesos o contradicciones en sus decisiones.

²¹⁹ LANDA ARROYO, César (1997). *Ob. Cit.* p. 250.

²²⁰ LANDA, César (1997), *Ob. Cit.* p. 247.

1.2. Conformación y competencias del Tribunal Constitucional en el Perú

Instaurado con la Constitución de 1993 el Tribunal Constitucional, está integrado por siete miembros²²¹ que deben ser designados por el Congreso unicameral con el voto favorable de dos tercios del número legal de sus miembros. La labor de dichos magistrados es a dedicación exclusiva, excepto por la docencia universitaria. El mandato de los magistrados es de cinco años y no pueden ser inmediatamente reelegidos.

Normalmente, en la conformación de los tribunales y cortes constitucionales se considera un número impar de integrantes con la finalidad, a decir de Nogueira Alcalá, de evitar empates y el denominado voto de calidad que, eventualmente, puede darse del Presidente del Tribunal, otorgándole una carga política especial.²²² Esta apreciación resulta pertinente si se observa que el artículo 10º-A del Reglamento Normativo del Tribunal Constitucional, modificado por la Resolución Administrativa N° 028-2011-P/TC, habilitó al Presidente a ejercer el voto decisorio para las causas de competencia del pleno en las que se hubiera producido el empate.

En cuanto a la duración del mandato de los magistrados, coincidimos en que un mandato corto²²³ podría hacer depender a los jueces del juego electoral y como sostiene Rousseau “los cambios frecuentes de jueces tienen a frenar la construcción y la gestión de las jurisprudencias, y en

²²¹ Los tribunales constitucionales tienen diversa conformación. Así, en Alemania el Tribunal Constitucional Federal está conformado por dieciséis magistrados; en España está conformado por doce; en Italia, la Corte Constitucional está integrada por quince jueces; en Colombia, la Corte Constitucional está conformada por un número impar que determine la ley, actualmente compuesta por nueve miembros.

²²² NOGUEIRA ALCALÁ, Humberto. *La integración y estatuto jurídico de los magistrados de los tribunales constitucionales en Latinoamérica*, p. 283.

²²³ “los mandatos de larga duración, permiten que la composición del Tribunal no quede a merced de cambios coyunturales de las mayorías parlamentarias u otros órganos del Estado. Al mismo tiempo, la prohibición de la reelección inmediata, intenta evitar que el juez dependa de instancias externas para una continuación en el cargo.” (LÓPEZ GUERRA, Luis. *La organización y la posición institucional de la justicia constitucional en Europa*. En Anuario de Derecho Constitucional Latinoamericano. N. 20041, año 2004, P. 92).

consecuencia a menoscabar la autoridad de los jueces.”²²⁴ Este autor añade que un mandato demasiado largo y más aún vitalicio podría conducir a los Tribunales a distanciarse de la evolución seguida en la sociedad.

Un aspecto fundamental para decidir la conformación del Tribunal Constitucional es tener claro el perfil de los magistrados integrantes, quienes deben reunir ciertas condiciones profesionales y morales, así como de experiencia en la Administración Pública y de Justicia, que los fortalezcan en el desarrollo de su función.

En su artículo 201º la Constitución peruana exige los requisitos para ser juez supremo, por lo que de acuerdo a la Ley de la Carrera Judicial – Ley N° 29277 deberá tomarse en consideración aspectos como la edad y la condiciones de capacidad física o mental (mayor de 45 años), nacionalidad, ejercicio profesional (mínimo 10 años como juez o fiscal, ejercicio de la abogacía o la docencia en materia jurídica por lo menos 15 años), estar libre de condenas aun cuando fueran por delitos menores o haber sido sancionado por falta graves en el ámbito disciplinario. Estos requisitos e impedimentos también están previstos en los artículos 11º y 12º de la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional – Ley N° 28301.

Las condiciones de designación pueden distar de lo deseado cuando se asume, como en el Perú, un sistema de designación política, donde la elección puede estar sujeta al consenso de los grupos políticos que interactúan en el Congreso, y que están atentos a hacer efectivos ciertos intereses.

En cuanto a las competencias del Tribunal Constitucional, las podemos considerar en dos rubros: las jurisdiccionales y las administrativas.

Las funciones jurisdiccionales están desarrolladas en el artículo 202º de la Constitución que establece que le corresponde: i. Conocer en instancia única la acción de inconstitucionalidad; ii. Conocer, en última y definitiva

²²⁴ ROUSSEAU, Dominique. *La Justicia Constitucional en Europa*. Centro de Estudios Políticos y Constitucionales. Madrid. 2002. P. 39.

instancia, las resoluciones denegatorias de *habeas corpus*, amparo, *habeas data* y cumplimiento, y iii. Conocer los conflictos de competencia, o de atribuciones asignada por la Constitución.

El Tribunal Constitucional no cumple una función consultiva²²⁵; ni tiene contemplada la facultad de emitir opiniones previas sobre asuntos en los que éste en cuestión la constitucionalidad, ni para absolver dudas sobre la interpretación o alcances de las disposiciones constitucionales. Sin embargo, consideramos que esta función sería factible de ser implementada en aras de evitar futuros actos lesivos y futuros controles constitucionales, puesto que para la adopción de alguna medida o norma sobre la cual existiera duda sobre su constitucionalidad, en tanto pudiera estar afectando algún valor, derecho o principio constitucional, se podría solicitar la opinión del Tribunal Constitucional a fin evitar su sanción o adopción, lo que en términos de costo y tiempo tendría efectos menos nocivos.

El artículo 2º de la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional²²⁶ establece que este órgano debe conocer los procesos que contempla el artículo de la Constitución anteriormente citado. El artículo 4º de la misma Ley establece competencias adicionales, tales como determinar su falta de competencia o atribuciones en determinados asuntos, así como la iniciativa en la formación de leyes, en materias que le son propias.²²⁷

Para el ejercicio de sus funciones jurisdiccionales, el Tribunal Constitucional y sus magistrados deben contar con la garantía de la independencia, atributo funcional y estructural que exige al juez no estar sometido a ninguna voluntad o comprometido con algún interés. No sólo interesa el aspecto subjetivo, sino también el que quienes cumplen la función jurisdiccional estén rodeados de una serie de garantías que

²²⁵ El propio Tribunal Constitucional ha señalado que no tiene asignada una función consultiva y tampoco tiene por finalidad velar por la correcta ejecución de las sentencias judiciales (STC. N° 01210-2006-PA/TC del 16 de mayo de 2006).

²²⁶ Ley N° 28301 del 24 de julio de 2004 que derogó la Ley N° 26435; y que entró en vigencia simultánea con el Código Procesal Constitucional.

²²⁷ En la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional anterior, esto es, la Ley N° 26435, se establecía la misma competencia en cuanto a los procesos previstos en el artículo 202º de la Constitución, pero no precisaba su facultad de determinar qué asuntos no eran de su competencia y la iniciativa en la formación de leyes.

permitan generar confianza en la ciudadanía.²²⁸ Así, consideramos que corresponde a la garantía de la independencia de los miembros del Tribunal Constitucional tanto la consideración de una dimensión objetiva o estructural, por lo cual, debe el sistema debe ofrecer garantías para su nombramiento (condiciones técnicas y académicas para la consideración de los candidatos y número de votos requeridos), remoción, inamovilidad y remuneración digna, tal como sucede con los jueces ordinarios. Y desde una dimensión subjetiva o funcional, en relación con los asuntos que son objeto de controversia y de su conocimiento, en tanto, se mantengan ajenos a los intereses de las partes, siendo en este punto, difícil la neutralidad, cuando tiene el rol de defender la Constitución y los derechos fundamentales.

En cuanto a las funciones administrativas, el Tribunal Constitucional tiene la competencia para dictar su propio reglamento para su funcionamiento (artículo 3° de la Ley Orgánica – Ley N° 28301), así como regular el régimen de trabajo de su personal, contando para ello con dependencias dedicadas a lo administrativo, como son la Alta Dirección, el Pleno, la Presidencia y la Secretaría General.

La Constitución y la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional - Ley N° 28301, establecen su autonomía. Asimismo, inicialmente esta ley orgánica estableció como sede de funcionamiento del Tribunal la ciudad de Arequipa, pero posteriormente el propio Tribunal, teniendo en cuenta la carga procesal y la ubicación territorial de ésta, señaló que estaba obligado a mantener una sede permanente en la ciudad de Lima.²²⁹ De igual modo, en aras de optimizar sus funciones, estableció que su actividad judicial podía ser desarrollada con más duración y permanencia en otras ciudades, como ya se ha venido realizando.

²²⁸ Teoría de la Apariencia. Esta doctrina sostiene que no sólo debe hacerse justicia, sino parecer que se hace, con el fin de salvaguardar la confianza de los justiciables en los órganos judiciales. La imparcialidad de los tribunales es una garantía que descansa en la necesaria confianza que debe generar a los ciudadanos en una sociedad democrática. (Sentencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos de Estrasburgo. Caso Piersack vs. Bélgica. 01 de octubre de 1982. Demanda N° 8692/1979, párrafo 30).

²²⁹ STC. N° 00013-2010-PI/TC del 09 de diciembre de 2010, fundamento 5.

Este punto desató la controversia, puesto que mientras el Tribunal Constitucional sostiene que le corresponde definir su propio gobierno, organización, planificación y resolución de los procesos sometidos a su competencia, el Poder Judicial sostenía que no podía poseer una autonomía administrativa absoluta y que debía cumplir con su ley orgánica como todas las entidades del Estado. El contexto en que se verificó dicha controversia tuvo relación con el proceso competencial entre el Poder Ejecutivo y el Poder Judicial en razón del caso de Casinos y Tragamonedas.²³⁰

1.3. El control constitucional en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional

El Tribunal Constitucional peruano tiene como principal función la defensa de la Constitución, esto es, la misión de controlar que el sistema normativo sea compatible con los valores, principios y derechos que consagra la Constitución. Tal como lo ha considerado en su propia jurisprudencia²³¹. Esto implica, necesariamente, interpretar los postulados constitucionales y establecer un referente obligado y obligatorio para sí mismo, los poderes del Estado y a todos los ciudadanos²³². En esa medida, su tarea debe generar sistematicidad y unidad constitucional.

El Tribunal Constitucional determina la compatibilidad de una norma vigente con la Constitución²³³, de modo que, si se determinar la

²³⁰ “No se niega señaló, como ya se señaló, que los jueces son independientes y autónomos en el ejercicio de la función jurisdiccional. Pero su actuación será constitucional sólo si respetan las relaciones entre los poderes del Estados y los órganos constitucionales. Más aún, las relaciones entre el Tribunal Constitucional y el Poder Judicial, en materia de procesos constitucionales. Existe una cuestión de grado inferior de éste con aquél, por el hecho de que el Tribunal Constitucional es la instancia final de fallo ante las resoluciones denegatorias del Poder Judicial de los procesos de constitucionales de hábeas corpus, amparo, hábeas data y cumplimiento (artículo 200° inciso 2) de la Constitución) e instancia única en los procesos de inconstitucionalidad y el proceso competencial.” (STC. N° 006-2006-PC-TC, Fundamento 51).

²³¹ Fundamentos de 7 a 9 de la STC. N° 0005-2006-AI/TC.

²³² QUIROGA LEÓN, Aníbal. *El Derecho Procesal Constitucional Peruano*. p. 483. En blog.pucp.edu.pe/.../los-excesos-del-tribunal-constitucional-peruano-a-pr... Visita realizada el 29 de noviembre de 2013.

²³³ El artículo 200° inciso 4) de la Constitución autoriza el control constitucional abstracto de leyes y normas con rango de ley. “El concepto de rango de ley, alude a que “las fuentes a las

constitucionalidad esta norma, su incorporación al sistema jurídico tiene plena validez en función a la existencia de un control posterior o represivo. Sin embargo, si se establece la incompatibilidad de la norma infraconstitucional, ésta es expulsada de modo directo del ordenamiento jurídico; de esa forma, a decir de Kelsen, el Tribunal Constitucional se constituye en el legislador negativo²³⁴. Justamente por ello, Quiroga León afirma que la acción de inconstitucionalidad no es propiamente una demanda, sino una iniciativa legislativa negativa que reconoce taxativamente quienes están legitimados en el artículo 203º de la Constitución.²³⁵

El Tribunal Constitucional también entiende que dicho control debe ejercerse respecto de normas derogadas, considerando para ello que la derogación es una categoría distinta a la declaración de inconstitucionalidad, puesto que ésta última aniquila todo efecto de la norma.²³⁶

A nivel comparado, el control no sólo se realiza sobre actos sino también sobre omisiones, puesto que la norma fundamental tiene encomendadas distintas tareas a los órganos del Estado. En cambio, en nuestro ordenamiento jurídico no está regulada la inconstitucionalidad por omisión como si sucede en la Constitución de Portugal (artículo 283º), la Constitución brasileña (artículo 103º.2) o la Constitución de Venezuela (artículo 336º.7). Sin embargo, se considera necesaria puesto que no sólo exige la intervención del órgano de control de constitucionalidad cuando se infringe o desconoce lo establecido en la Constitución, sino también cuando se deja de cumplir las obligaciones o mandatos que la

que se ha calificado como tales, y se ubican en el ordenamiento en el grado inmediatamente inferior al que ocupa la Constitución”. (STC. N.º 00005-2003-AI/TC, fundamento 10).

²³⁴ KELSEN, Hans (1979), *Teoría General del Derecho y del Estado*. Traducción de García Maynes. México, UNAM. P. 302 a 334.

²³⁵ QUIROGA LEÓN, Aníbal. *Control “Difuso” y Control “Concentrado”*. En. P. 215. evistas.pucp.edu.pe/index.php/derechopucp/article/download/.../5937. Visita realizada el 29 de noviembre de 2013.

²³⁶ “(...) no toda norma derogada se encuentra impedida de ser sometida a un juicio de validez pues, aun en ese caso, existen dos supuestos en los que procedería una demanda de inconstitucionalidad: a) cuando la norma continúe desplegando sus efectos, y, b) cuando, a pesar de no continuar surtiendo efectos, la sentencia de inconstitucionalidad puede alcanzar a los efectos que la norma cumplió en el pasado, esto es, si hubiese versado sobre materia penal o tributaria.” (STC 0004-2004-AI /acumulados. Fundamento 2).

Constitución impone. Por ello, el Tribunal Constitucional ha señalado que “pese a que en muchos países no se ha recogido la figura de la “acción de inconstitucionalidad por omisión”, los tribunales, cortes o salas constitucionales han llevado a cabo a través de la jurisprudencia el control de dichas omisiones normativas inconstitucionales, integrando el ordenamiento de cara a solucionar el caso concreto, así como ordenando a la autoridad que corresponda la emisión de la regulación necesaria a fin de superar la situación inconstitucional producida.”²³⁷

La posibilidad de la inconstitucionalidad por omisión incorporada a través de la jurisprudencia²³⁸ ha sido considerada por el Tribunal Constitucional peruano a partir de los casos conocidos por otros tribunales constitucionales, como por ejemplo, cuando el Tribunal Federal Alemán se pronunció sobre la omisión legislativa absoluta del régimen de derechos de los hijos ilegítimos²³⁹, o cuando el Tribunal Constitucional Español afirmó la omisión legislativa relativa en materias de Seguridad Social²⁴⁰, régimen de Seguro Obligatorio para vejez e invalidez²⁴¹, la Ley de Arrendamientos Urbanos²⁴², entre otros.

También se han dado avances fundamentales en esta tarea cuando el Tribunal Constitucional peruano buscó precisar sobre qué normas era posible ejercer el control de constitucionalidad. En esa ocasión, indicó que

²³⁷ STC. N° 05427-2009-PC/TC. Fundamento 20.

²³⁸ El Tribunal Constitucional peruano mostró su acuerdo con este tipo de control constitucional. Así, señaló que: “Es verdad que la Constitución peruana de 1993 no contempla de manera expresa la posibilidad del control de las omisiones legislativas [...], no obstante, para el caso nuestro, el fundamento del control de las omisiones legislativas debe ubicarse no sólo en el efecto normativo y, por tanto, vinculante de las normas constitucionales, sino en la misma práctica del control de constitucionalidad que se ha venido desarrollando en los últimos años y en el que el rol del Tribunal Constitucional ha sido de permanente colaboración con la actividad legislativa en un esfuerzo por sentar las bases del Estado Constitucional en nuestro país.” (STC 0006-2008-PI/TC, FF.JJ. 37-41).

²³⁹ Sentencia 26/1969, de 29 de enero de 1969 (*BVerfGE* 25, 167).

²⁴⁰ Se suprime de un precepto de la Ley de la Seguridad Social la referencia de viuda, pues, a su juicio, sólo así se consigue que los viudos de las trabajadoras afiliadas a la Seguridad Social tengan el derecho a la pensión en las mismas condiciones que los titulares del sexo femenino (SSTC 103/1983, de 22 de noviembre, y 104/1983, de 23 de noviembre).

²⁴¹ Se consideró nulo el inciso de un precepto del Decreto-ley de 2 de setiembre de 1955, sobre ampliación de prestaciones en el régimen del Seguro Obligatorio de la vejez e Invalidez (SOVI), en cuanto excluye a los viudos de la posibilidad de acceso a las prestaciones del SOVI (STC 142/1990, de 20 de setiembre).

²⁴² Se decide la nulidad de una previsión de la Ley de Arrendamientos Urbanos en la medida en que excluye del beneficio de la subrogación *mortis causa* a quien hubiere convivido de modo marital y estable con el arrendatario fallecido (STC 222/1992, de 11 de diciembre).

nuestro sistema de control de constitucionalidad no es taxativo, sino enunciativo (artículo 200º.4 de la Constitución), siendo posible considerar el control constitucional sobre Derechos Leyes²⁴³ y Resoluciones Legislativas.²⁴⁴

También nuestro Tribunal Constitucional, a través de su jurisprudencia, ha establecido como parte de sus potestades la posibilidad de inaplicar la leyes incompatibles con la Constitución cuando se encuentre conociendo casos concretos a través de los procesos de *habeas corpus*, amparo y *habeas data*. Así, además de ejercer el control concentrado, considera que en este tipo de procesos puede ejercer el control difuso de constitucionalidad en base al argumento *a fortiori*.²⁴⁵ Como ha indicado nuestro Tribunal Constitucional: “la necesidad de interpretar la ley conforme con la Constitución no sólo se presenta como una exigencia lógica y consustancial al carácter normativo de la Ley Fundamental, que de esta manera impone que el derecho infraordenado se aplique siempre

²⁴³ “(...)el Tribunal no sólo ha tenido oportunidad de pronunciarse sobre la compatibilidad constitucional de los Decretos Leyes, pese a que no se encuentran comprendidos entre las normas que señala el inciso 4) del artículo 200º de la Constitución, sino que, además, ha entendido, implícitamente, que las normas comprendidas en dicho dispositivo constitucional sólo tienen un carácter enunciativo y no taxativo de las normas que son susceptibles de ser sometidas al control en una acción de inconstitucionalidad.” (Fundamento 21 de la STC. Nº 010-2002-PI/TC).

²⁴⁴ “Se trata de actos parlamentarios que generalmente regulan casos de manera particular y concreto. Representan la excepción a la característica de generalidad de la ley. Tienen rango de ley porque el inciso 1) del artículo 102.º de la Constitución y el artículo 4.º del Reglamento del Congreso le confieren implícitamente una jerarquía homóloga a la ley.” (Fundamento 17 de la STC. 00047-2004-AI/TC).

²⁴⁵ También ha extendido la posibilidad de control difuso a tribunales administrativos y arbitrales: “De acuerdo con estos presupuestos, el Tribunal Constitucional estima que la administración pública, a través de sus tribunales administrativos o de sus órganos colegiados, no sólo tiene la facultad de hacer cumplir la Constitución –dada su fuerza normativa–, sino también el deber constitucional de realizar el control difuso de las normas que sustentan los actos administrativos y que son contrarias a la Constitución o a la interpretación que de ella haya realizado el Tribunal Constitucional (artículo VI del Título Preliminar del Código Procesal Constitucional). Ello se sustenta, en primer lugar, en que si bien la Constitución, de conformidad con el párrafo segundo del artículo 138º reconoce a los jueces la potestad para realizar el control difuso, de ahí no se deriva que dicha potestad les corresponda únicamente a los jueces, ni tampoco que el control difuso se realice únicamente dentro del marco de un proceso judicial.” (Fundamento 7 de la STC. Nº 03741-2004-AA/TC).

“El control difuso de la jurisdicción arbitral se rige por las disposiciones del artículo VI del Título Preliminar del Código Procesal Constitucional y la jurisprudencia vinculante dictada por este Tribunal Constitucional sobre el control difuso. Sólo podrá ejercerse el control difuso de constitucionalidad sobre una norma aplicable al caso de la que dependa la validez del laudo arbitral, siempre que no sea posible obtener de ella una interpretación conforme a la Constitución y además, se verifique la existencia de un perjuicio claro y directo respecto al derecho de alguna de las partes.”(Fundamento 23 de la STC. Nº 00142-2011-PA/TC).

en armonía con ella, sino también, en lo que ahora importa, como un límite al ejercicio mismo del control judicial de constitucionalidad de las leyes, que demanda de todos los jueces (y de este mismo Tribunal, tanto cuando actúa como Juez de casos, como cuando ejerce el control abstracto de constitucionalidad) buscar, hasta donde sea razonablemente permisible, una interpretación de la ley que armonice con la Norma Suprema del Estado.²⁴⁶

En su jurisprudencia el Tribunal Constitucional ha establecido qué tipos de inconstitucionalidad pueden presentarse en las normas que son objeto de control de constitucionalidad. En ese sentido, ha indicado que es posible verificar la inconstitucionalidad directa o indirecta, la formal o material y la total o la parcial²⁴⁷. Esta tipología también se encuentra prevista en el artículo 75° del Código Procesal Constitucional.

El control constitucional no sólo se realiza ante la incompatibilidad de la norma cuestionada con la Constitución, sino con el denominado “bloque de constitucionalidad”²⁴⁸, ese modo, surgen dos tipos de inconstitucionalidad, directa e indirecta.

En el desarrollo del control constitucional concentrado a través de la jurisprudencia, se advierte que el Tribunal Constitucional considera necesario contemplar la posibilidad de incorporar en nuestro ordenamiento jurídico del control previo o preventivo, en particular, de los tratados internacionales.²⁴⁹

²⁴⁶ STC. N° 02132-2008, AA/TC. Fundamento 25.

²⁴⁷ Fundamentos de 21 – 29 de la STC. N° 0020-2005-AI/TC.

²⁴⁸ “Las normas del bloque de constitucionalidad son aquellas que se caracterizan por desarrollar y complementar los preceptos constitucionales relativos a los fines, estructura, organización y funcionamiento de los órganos y organismos constitucionales, amén de precisar detalladamente las competencias y deberes funcionales de los titulares de éstos, así como los derechos, deberes, cargas públicas y garantías básicas de los ciudadanos (...); en consecuencia, y desde una perspectiva orgánica, (...) dicho concepto alude a la aptitud de obrar político-jurídica o al área de facultades de un órgano u organismo constitucional, lo cual conlleva a calificar la actuación estatal como legítima o ilegítima en función de que el titular responsable de aquél hubiese obrado dentro de dicho marco o fuera de él” (Fundamento 10.5 de la STC. N° 0689-2000-AA).

²⁴⁹ “Que la diferencia sustancial entre los dos sistemas radica en que el *control previo* busca prevenir precisamente las eventuales contradicciones que pudieran surgir luego de la entrada en vigor o incorporación del tratado en el ordenamiento jurídico; ello afirmaría la coherencia normativa y lógica del sistema de fuentes y evitaría la inseguridad jurídica y la potencial

En todo el desarrollo jurisprudencial realizado por el Tribunal Constitucional respecto al control de constitucionalidad, se evidencia el haber dejado de considerar a la Constitución sólo como un mero marco o límite y haber pasado a considerarla como norma que exigen al Estado y también al Tribunal Constitucional cumplir con una actuación positiva. Por ello, se observa que el Tribunal asume en sus fallos una posición bastante activa²⁵⁰.

De igual modo, con el fin de conservar la vigencia de las leyes que son sometidas a control de constitucionalidad y, a la vez, afirmar la fuerza normativa de la Constitución, el Tribunal Constitucional ha desarrollado una tipología de sentencias que se aparta de la clásica división de sentencias estimatorias y desestimatorias. En este tipo de sentencia, el Tribunal Constitucional da a las normas sentidos interpretativos que sean conformes con la Constitución, pero también añade o extrae contenidos normativos específicos, por lo que se tratan de sentencias a las que se les denomina “sentencias normativas – manipulativas”²⁵¹

Las sentencias interpretativas tienen como objeto definir el sentido interpretativo que debe darse al contenido de las normas sujetas a control con la finalidad de que se adecuen a la Constitución. De esa forma, el Tribunal Constitucional establece la interpretación constitucionalmente válida y la aplica, señalando también las interpretaciones alternativas que podrían conducir a la declaración de inconstitucionalidad.²⁵²

responsabilidad internacional del Estado, además de fortalecer la supremacía constitucional, lo cual no sería posible con un control posterior de constitucionalidad de los tratados; es por tanto conveniente la implementación en estricto de un sistema de *control previo* de constitucionalidad de los instrumentos internacionales (tratados), previa reforma constitucional de acuerdo a lo establecido en el artículo 206° de la Constitución.” (Fundamento 18 de la STC. N° 00018-2009-PI/TC).

²⁵⁰ “la presencia de valores superiores en la Constitución aumentan su discrecionalidad y da la base constitucional a un cierto poder creativo, tanto en el sentido de permitir, completar, los preceptos constitucionales y rellenar sus posibles vacíos, como en el sentido más estricto de poder reconocer nuevos derechos fundamentales. Sin embargo, esta labor creativa, cuando sea necesaria, siempre ha de tener como base la norma fundamental, (...)” (DÍAZ REVORIO, Francisco Javier. *La Constitución Abierta y su Interpretación*. Lima, Palestra Editores. 2004. p. 21).

²⁵¹ Fundamentos 2-3 de la STC. N° 0004-2004-CC/TC.

²⁵² RUBIO CORREA, Marcial. *La interpretación de la Constitución según el Tribunal Constitucional*. Fondo Editorial de la Pontificia Universidad Católica del Perú. Lima, 2005. p. 400.

Al adoptar las estas sentencias normativas, el Tribunal Constitucional peruano se hace de facultades de legislador positivo, excediendo las facultades expresamente previstas en la Constitución, aunque justificadas en la necesidad de optimizar y dar eficacia a los principios y valores de la norma fundamental. Pero esencialmente evitar los efectos perniciosos que puedan presentarse por los vacíos legales que surgirían al expulsar una norma del ordenamiento jurídico.

1.4. La protección de los derechos fundamentales en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional

En lo que se refiere a la protección de los derechos fundamentales existe un importante avance en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional, avance que ha sido materializado en la definición del contenido y alcances de cada derecho fundamental.

En esa línea, se establecido como criterio esencial para determinar el contenido de los derechos fundamentales los estándares mínimos que imponen los tratados de derechos humanos y la jurisprudencia de los órganos supranacionales²⁵³, teniendo claro el deber de optimizarlos, puesto que sólo representan lo mínimo que un Estado puede brindar a sus ciudadanos, siendo posible ampliar sus alcances. De esa forma, se busca establecer una relación armónica entre la jurisprudencia del Tribunal Constitucional y aquella que proviene del Sistema Interamericano de Protección de los Derechos Humanos, sobre todo con relación a la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos.²⁵⁴

²⁵³ “En tal sentido, el ejercicio interpretativo que realice todo órgano jurisdiccional del Estado (o que desempeñe funciones materialmente jurisdiccionales) para determinar el contenido constitucionalmente protegido de los derechos fundamentales debe estar obligatoriamente informado por las disposiciones de los tratados internacionales de derechos humanos y por la interpretación de las mismas realizada por los tribunales internacionales sobre derechos humanos a través de sus decisiones.” (Fundamento 23 de la STC. N° 5854-2005-AA/TC).

²⁵⁴ “No cabe, pues, asumir una tesis dualista de primacía del Derecho internacional sobre el Derecho interno y a la inversa; se requiere, por el contrario, una solución integradora y de construcción jurisprudencial, en materia de relaciones del Sistema Interamericano de Derechos Humanos y el Derecho constitucional nacional. Se precisa de un sistema de articulación competencial entre las jurisdicciones internacional y constitucional, en virtud del cual no resulta aceptable fijar una competencia de competencias privativa, sino establecer la

Asimismo, el Tribunal Constitucional peruano ha considerado en varios casos²⁵⁵, a la dignidad humana como la base axiológica de los derechos fundamentales. De esta forma, ha afirmado su carácter normativo que proviene de su reconocimiento constitucional²⁵⁶ y su condición de fuente de todos los demás derechos fundamentales²⁵⁷. Asimismo, ha desarrollado en diversas sentencias el alcance y contenido de diversos derechos fundamentales, tales como: la vida, la integridad corporal, la libertad de tránsito, la libertad de expresión, la libertad religiosa, el derecho de defensa y a la instancia plural y el derecho a ser juzgado en un plazo razonable; entre otros. De igual modo, se ha ocupado de los derechos de participación política, como el derecho al sufragio y acceder a cargos públicos, y de los derechos sociales, como el derecho al trabajo, la educación y salud. Precisamente, en su jurisprudencia sobre los derechos fundamentales el Tribunal Constitucional ha adoptado el concepto del contenido esencial de los mismos.²⁵⁸

voluntad del Estado peruano, en concordancia con las obligaciones internacionales asumidas como miembro de dicho Sistema; siendo que la confluencia teleológica, dada la protección efectiva de los derechos fundamentales de los ciudadanos peruanos, determina esta relación de cooperación entre ambas jurisdicciones (...)" (Fundamento 36 de la STC. N° 00679-2005-AA/TC). "En reiteradas oportunidades el Tribunal ha precisado cuáles son las garantías del derecho al debido proceso reconocidas por la Constitución y conforme a los estándares en esta materia derivados del Derecho Internacional de los Derechos Humanos y, en particular, de las resoluciones de los organismos internacionales de protección de los derechos humanos, especialmente las emanadas de la Corte Interamericana de Derechos Humanos (en adelante, la Corte Interamericana)." (Fundamento 2 de la STC. N° 00156-2012-HC/TC).

²⁵⁵ Por ejemplo indicó: "el principio-derecho de dignidad humana (artículo 1 de la Constitución), en atención al cual "el valor central de la persona impone que sus derechos fundamentales proyecten también su efecto regulador al ámbito de la sociedad y de la propia autonomía privada. La dignidad de la persona trae así consigo la proyección universal, frente a todo tipo de destinatario, de los derechos fundamentales, de modo que no hay ámbito social que se exima de su efecto normativo y regulador, pues de haber alguno, por excepcional que fuese, significaría negar el valor normativo del mismo principio de dignidad. En consecuencia, los derechos fundamentales vinculan, detentan fuerza regulatoria en las relaciones jurídicas de derecho privado, lo cual implica que las normas estatutarias de las entidades privadas y los actos de sus órganos deben guardar plena conformidad con la Constitución y, en particular, con los derechos fundamentales" (STC 06730-2006-PA/TC, fundamento 9).

²⁵⁶ STC 02273-2005-HC, fundamentos 8 y 9.

²⁵⁷ STC 10087-2005-PA, fundamento 5.

²⁵⁸ "Este Tribunal Constitucional considera que la determinación del contenido esencial de los derechos fundamentales no puede efectuarse *a priori*, es decir, al margen de los principios, los valores y los demás derechos fundamentales que la Constitución reconoce. En efecto, en tanto el contenido esencial de un derecho fundamental es la concreción de las esenciales manifestaciones de los principios y valores que lo informan, su determinación requiere un análisis sistemático de este conjunto de bienes constitucionales, en el que adquiere participación medular el principio-derecho de dignidad humana, al que se reconducen, en

Los avances en lo referente a la protección de derechos fundamentales a través de la jurisprudencia del Tribunal Constitucional se han orientado a la consideración no sólo de su eficacia vertical, sino también horizontal o *inter privados*, habiéndose incrementado los casos de procesos constitucionales contra particulares.²⁵⁹

En los casos de afectación de derechos fundamentales o conflictos entre estos, el Tribunal Constitucional también ha aplicado el test de proporcionalidad. Así ha sucedido, por ejemplo, frente a situaciones de privación o afectación de derechos fundamentales, como la restricción imposibilidad de transitar por las vías públicas debido a razones de seguridad ciudadana²⁶⁰, o en la realización de exámenes corporales (radiológicos, sanguíneos, genéticos, entre otros) dentro del marco de investigaciones penales para lograr la sanción de conductas criminales, por ejemplo en casos de violaciones sexuales, para demostrar en casos difíciles qué agente del delito es padre de la criatura que fue producto de la relación sexual involuntaria²⁶¹, o el sacrificio de la intimidad por razones orden público a través de medidas de interceptación de las comunicaciones o videovigilancia, entre otros²⁶².

De igual modo, en la jurisprudencia constitucional se ha reconocido la doble dimensión de los derechos fundamentales y se ha avanzado en la eficacia de los derechos fundamentales económicos, sociales y

última instancia, todos los derechos fundamentales de la persona.” (Fundamento 21 de la STC. N° 1417-2005-AA/TC).

²⁵⁹ Fundamento 10 de la STC. N° 03741-2004-AA/TC.

²⁶⁰ “(...) el establecimiento de mecanismos o medidas de seguridad vecinal, no es, *per se*, inconstitucional, si se parte de la necesidad que se tiene de compatibilizar o encontrar un marco de coexistencia entre la libertad de tránsito como derecho, con la seguridad ciudadana como bien jurídico. Lo inconstitucional sería, en todo caso, que el mecanismo implementado o la forma de utilizarlo resulte irrazonable, desproporcionado o simplemente lesivo de cualquiera de los derechos constitucionales que reconoce el ordenamiento.” (STC. N° 05994-2005-HC/TC. Fundamento 21).

²⁶¹ “(...) e l Tribunal Constitucional estima que, en los actos de investigación corporal, el grado de realización del fin de relevancia constitucional (que, como se mencionó anteriormente, lo constituye el interés público en la investigación del delito) es, por lo menos, equivalente al grado de afectación del derecho a la intimidad (que se realizaría en la medida que al tomarse dichos actos de investigación, se obtendrían datos que forman parte de la esfera jurídica privada del demandante). En ese sentido, la medida cuestionada aprobaría el examen de proporcionalidad en sentido estricto, resultando constitucional.” (STC. N° 00185.2007-HC/TC, Fundamento 11).

²⁶² Fundamento 65 de la STC. N° 0048.-2004-AI/TC.

culturales,²⁶³ habiéndose emitido pronunciamientos de amparo efectivo de los derechos en casos de salud física y mental, seguridad social, trabajo, entre otros. De esa forma, como indica Bernalles Ballesteros, el Tribunal ha afirmado que los derechos económicos, sociales y culturales, en cuya concreción reside la clave del bien común, no deben aparecer como una mera declaración de buenas intenciones, sino como un compromiso con la sociedad dotado de metas claras y realistas.²⁶⁴

Finalmente, en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional peruano también se ha avanzado en el desarrollo de la titularidad de los derechos fundamentales, reconociendo inicialmente a las personas jurídicas una titularidad indirecta y luego directa²⁶⁵, aunque por el desborde de los procesos constitucionales incoados por aquéllas, el propio Tribunal se ha visto obligado a establecer límites.²⁶⁶

2. BALANCE DE LA LABOR DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

En el Tribunal Constitucional peruano se han observado momentos de luces y otros de sombras. Sin embargo, con la finalidad conocer los principales aportes de la labor desarrollada por este órgano jurisdiccional y advertir los planteamientos problemáticos de su jurisprudencia, es importante hacer un breve recuento para dejar planteado los desafíos dentro de los cuales justamente se encuentra nuestra investigación.

²⁶³ Fundamentos 6 a 9 de la STC. N° 04232-2004-AA/TC.

²⁶⁴ BERNALLES BALLESTEROS, Enrique. En *El enfoque de los derechos humanos en las políticas públicas*. Comisión Andina de Juristas. Lima, 2004.

²⁶⁵ “Sin embargo, no sólo de manera indirecta las personas jurídicas de derecho privado pueden titularizar diversos derechos fundamentales. También lo pueden hacer de manera directa. En dicho caso, tal titularidad no obedece al hecho de que actúen en sustitución de sus miembros, sino en cuanto a sí mismas y, naturalmente, en la medida en que les sean extendibles.” (Fundamento 5 de la STC. N° 0905-2001-AA/TC).

²⁶⁶ “(...) concluimos estableciendo que si bien ha estado admitiendo demandas de amparo presentadas por personas jurídicas, esto debe ser corregido ya que ello ha traído como consecuencia que las empresas hayan “amparizado” toda pretensión para la defensa de sus intereses patrimoniales, utilizando los procesos de la sede constitucional destinados exclusivamente a la solución de los conflictos sobre derechos de la persona humana. Por ello por medio de la presente resolución queremos limitar nuestra labor a solo lo que nos es propio, dejando en facultad de este colegiado, por excepción solo los casos en los que la persona jurídica no tenga a donde recurrir, encontrándose en una situación de indefensión total, evidenciándose la vulneración de derechos constitucionales que pongan en peligro su existencia.” (Fundamento 6 de la STC. 04486-2008-AA/TC).

2.1. Avances

a) Dotar de contenido los aspectos materiales de la Constitución

Los aspectos materiales de la Constitución son “el conjunto de valores, principios y derechos que se formulan en torno a la persona”²⁶⁷, dado que una característica esencial del Estado Constitucional es que se reconozca y trate a la persona como fin, asegurando sus derechos fundamentales.

En ese camino, se ha logrado un importante desarrollo a través de la jurisprudencia del Tribunal Constitucional, en primer lugar con la determinación de la doble dimensión de la dignidad humana y la trascendencia de su ubicación en el artículo 1º de la Constitución peruana, así como en el desarrollo de los derechos “viejos o enumerados” de los denominados derechos “implícitos”²⁶⁸, y la identificación de nuevos derechos vía interpretativa en base a la cláusula de apertura prevista en el artículo 3º de la Constitución²⁶⁹.

No se puede dejar de mencionar el desarrollo logrado en otros derechos que también constituyen base axiológica del sistema constitucional. Así, podemos referirnos al principio de igualdad, sobre el cual se ha trabajado como una exigencia al legislador, pero también a los diversos operadores

²⁶⁷ CASTILLO CORDOVA, Luis (2011). *Las exigencias de racionalidad del Tribunal Constitucional como controlador de la Constitución*. Lima, Gaceta Jurídica. Tomo 39. p. 23.

²⁶⁸ “En el caso específico del derecho al agua potable, este Colegiado considera que aunque dicho atributo no se encuentra considerado a nivel positivo, existen no obstante una serie de razones que justifican su consideración o reconocimiento en calidad de derecho fundamental. Asumir dicha premisa supone perfilar su individualización dentro del contexto que ofrecen algunas de las perspectivas anteriormente enunciadas. A tales efectos, atendiendo a que no existe norma expresa que contenga dicho reconocimiento a nivel interno y a que a nivel internacional aún se encuentran pendientes de desarrollo muchos de los ámbitos que comprendería dicho atributo, puede acudirse primeramente a la opción valorativa o principialista y a la cláusula de los derechos implícitos que le permite servir de referente. Así las cosas, la utilización de la fórmula de individualización permitiría legitimar la existencia de un derecho al agua potable en calidad de atributo fundamental no enumerado. Su reconocimiento se encontraría ligado directamente a valores tan importantes como la dignidad del ser humano y el Estado social y democrático de derecho.” (STC. N° 06534-2006-AA/TC Fundamento 17).

²⁶⁹ “Aun en el supuesto negado de que el derecho a la personalidad jurídica no tuviera reconocimiento internacional, su existencia bien podría desprenderse de una interpretación del artículo 3º de la Constitución como un derecho fundamental no enumerado o no escrito, por cuanto dimana directamente de la dignidad humana.” (STC. N° 00114-2009-HC/TC. Fundamento 13).

del Derecho²⁷⁰. Es importante también el aporte en cuanto a que no toda diferenciación puede entenderse como discriminatoria.²⁷¹

Como ya se ha mencionado, el Tribunal Constitucional ha desarrollado en un nivel general aspectos referidos a naturaleza, límites, conflictos, y alcances de diversos derechos, siendo la casuística planteada abundante y variada.

b) Sobre carácter vinculante de la interpretación constitucional

La interpretación que realiza nuestro Tribunal Constitucional cuenta efectivamente con una posición preferente respecto a lo que pueda decir el Poder Judicial u otros órganos que administran justicia. Esto se debe a que el Código Procesal Constitucional establece la vinculatoriedad de sus sentencias; no sólo de las emitidas en procesos orgánicos (proceso de inconstitucionalidad, por ejemplo) como instancia única, sino también de los que expanden sus efectos más allá de las partes del proceso en lo referente a los procesos para tutela de derechos fundamentales. En el artículo VII del Título Preliminar del Código Procesal Constitucional se definió esta vinculatoriedad de la que el juez no se puede apartar, inclusive con responsabilidad funcional.

²⁷⁰ “Se ha expuesto que es un principio – derecho que instala a las personas situadas en idéntica condición, en un plano de equivalencia. Ello involucra una conformidad o identidad por coincidencia de naturaleza, circunstancia, calidad, cantidad o forma, de modo tal que no establezca excepciones o privilegios que excluyan a una persona de los derechos que se concedan a otra, en paridad sincrónica o por concurrencia de razones.” (STC. 09617-2006-AA/TC. Fundamento 4).

“Constitucionalmente, el derecho a la igualdad tiene dos facetas: igualdad ante la ley e igualdad en la ley. La primera de ellas quiere decir que la norma debe ser aplicable por igual a todos los que se encuentren en la situación descrita en el supuesto de la norma; mientras que la segunda implica que un mismo órgano no puede modificar arbitrariamente el sentido de sus decisiones en casos sustancialmente iguales, y que cuando el órgano en cuestión considere que debe apartarse de sus precedentes, tiene que ofrecer para ello una fundamentación suficiente y razonable.” (STC. N° 00009-2007-PI/TC, fundamento 20).

²⁷¹ “El principio de igualdad no impide al operador del derecho determinar, entre las personas, distinciones que expresamente obedezcan a las diferencias que las mismas circunstancias prácticas establecen de manera indubitable.” (STC. N° 0018-2003-AI/TC. Sentencia del 26 de abril de 2004, no precisa número de fundamento).

El Tribunal Constitucional considera que dicha regulación no debe causar alarma, puesto que siendo el defensor de la supremacía constitucional, es claro que sus decisiones – no sólo en los juicios abstractos de constitucionalidad, sino también en los concretos sobre la tutela de derechos vinculan a todos los poderes públicos.²⁷²

Pese a haber colocado este punto como un avance, no se puede negar que es uno de los temas de mayor controversia. Monroy Gálvez sostiene que pareciera un mandato inexorable que debe ser seguido “sin dudas ni murmuraciones” o que puede dar lugar a la anulación de las decisiones que no lo reconocieron, lo que no sucede en ningún lugar del mundo.²⁷³

En esa línea, se puede considerar que la observancia de los criterios establecidos por el Tribunal Constitucional permitiría mayor previsibilidad en la justicia y la efectividad del principio – derecho de igualdad en la aplicación de la ley. Sin embargo, la predictibilidad²⁷⁴, en esa medida, es indispensable para la legitimación, pero también para incrementar la confianza ciudadana. Es importante también advertir del peligro que puede implicar para la independencia judicial y la seguridad jurídica, al convertirse en una especie de fuente del derecho para los casos concretos²⁷⁵.

El Tribunal Constitucional peruano estableció los siguientes presupuestos básicos para emitir un precedente: “a) constatación, a partir de un caso que ha sido sometido a la jurisdicción del Tribunal Constitucional, de la existencia de divergencias o contradicciones latentes en la interpretación de los derechos, principios o normas constitucionales, o de relevancia constitucional; b) la constatación, a partir de un caso que ha sido sometido a la jurisdicción del Tribunal Constitucional, de que los

²⁷² STC. N° 05561-2007-PA/TC. Fundamento 37.

²⁷³ MONROY GÁLVEZ, Juan. *Poder Judicial vs. Tribunal Constitucional*. En Revista Iberoamericana de Derecho Procesal Constitucional. N° 18. Julio – diciembre de 2008. P. 175.

²⁷⁴ “(...) efectivamente, aquello que no tiene eficacia no es un precedente en sentido estricto. Las categorías descritas son herramientas que revisten un margen eficaz de vinculación y la premisa final apunta a una reconstrucción continua de la predictibilidad de las decisiones constitucionales, en la perspectiva de que eviten ser contradictorias. Esa es también una aspiración del Estado Constitucional”. (TARUFFO, Michelle. Las dimensiones del precedente judicial. En: *Jus Constitucional* N° 1. Grijley, Lima, 2008. p. 39).

²⁷⁵ MONROY GÁLVEZ, Juan. *Ob. Cit.* p. 175.

operadores jurisdiccionales y administrativos, vienen resolviendo con base en una interpretación errónea de una norma del bloque de constitucionalidad; lo cual, a su vez, genera una indebida aplicación de esta; c) cuando en el marco del proceso constitucional de tutela de derechos, el Tribunal constata la inconstitucionalidad manifiesta de una disposición normativa que no sólo afecta al reclamante, sino que tiene efectos generales que suponen una amenaza latente para los derechos fundamentales. En este supuesto, al momento de establecer el precedente vinculante, el Tribunal puede proscribir la aplicación, a futuros supuestos, de parte o del total de la disposición o de terminados sentidos interpretativos derivados de este; o puede también establecer aquellos sentidos interpretativos que son compatibles con la Constitución; y d) cuando se evidencia la necesidad de cambiar de precedente vinculante.”²⁷⁶

Al haberse introducido en el Título Preliminar del Código Procesal Constitucional la vinculatoriedad de las decisiones del Tribunal Constitucional, era necesario precisar los presupuestos para la generación del precedente constitucional, dado que no fueron definidos por el legislador; encargándose de ello, el Tribunal. Siendo desde nuestro punto vista, necesario, para que no sea un poder pasible de ser desnaturalizado.

Dentro de las diversas opiniones en la doctrina nacional sobre la conveniencia e importancia de la existencia del precedente constitucional, tenemos a Figueroa Gutarra, quien sobre este punto indica que: “la natural interrogante del juez de grado inferior sería, en caso de pronunciamientos diferentes sobre una materia sustancialmente similar, cuál es el criterio de sentencia seguir, y más grave aún sería la incertidumbre de la comunidad jurídica, pues los abogados habrían de seguir sólo la decisión que mejor protege los intereses del justiciable.

²⁷⁶ STC. N° 3741-2004-AA/TC de fecha 14 de noviembre de 2005 (fundamento jurídico 41) o STC. N° 0024-2003-AI/TC de fecha 10 de octubre de 2005.

Todo ello se traduce inexorablemente en un efecto representativo: una justicia constitucional menos predecible.²⁷⁷

Por otro lado, Grández Castro señala que: “el precedente está expresado en términos precisos con reglas puntuales y coinciden o deben coincidir, con el núcleo de los argumentos de la decisión”²⁷⁸

Coincidimos con estos dos autores nacionales en lo positivo que resulta establecer, a partir de casos concretos reglas generales que puedan ser el punto obligado de referencia para que en casos posteriores y similares se apliquen consecuencias semejantes, más allá de la identidad de los juzgadores o de otros cambios coyunturales. Esto permitirá recobrar la confianza ciudadana en la justicia.

En ese desarrollo se han introducido a través de la jurisprudencia del Tribunal Constitucional instituciones propias del derecho anglosajón, tales como el *distinguishing* y *overruling*: el primero de estos es un mecanismo que no sólo permite evadir los efectos del precedente, sino también cambiarlo por un nuevo precedente; el segundo permite ver que los precedentes no *son* sacrosantos y que se puede seguir otro criterio con una especial justificación.

Aunque se puede criticar que se vayan adaptando institutos foráneos a nuestra realidad, la utilidad de estos mecanismos es innegable. Sin embargo, cabe advertir que no siempre se dé el tratamiento debido por el desconocimiento de ciertas particularidades que tienen directa relación con cánones culturales totalmente distintos de los nuestros. Desde nuestro punto de vista, será necesario observar con cuidado el grado de adaptación y también cómo pueden ir adquiriendo características más ajustadas a nuestra realidad.

De otro lado, no se puede olvidar que también en diversas sentencias el Tribunal Constitucional ha resaltado la importancia de la vinculatoriedad

²⁷⁷ GUTARRA FIGUEROA, Edwin. *Contradicciones en la Jurisprudencia del Tribunal Constitucional*. En Gaceta Constitucional. N° 39. Lima, p. 59.

²⁷⁸ GRÁNDEZ CASTRO, Pedro (2007). *Las peculiaridades de Precedente Constitucional en el Perú*. En Estudios al Precedente Constitucional. Lima, Palestra. p. 95.

para los jueces de su doctrina jurisprudencial, denominada también “doctrina constitucional”²⁷⁹

El Tribunal ha definido la doctrina constitucional como sus propias interpretaciones de la Constitución en todos los procesos constitucionales, sea de control normativo o de tutela de los derechos fundamentales, así como también las interpretaciones constitucionales de la ley realizadas en el marco de su labor de control de constitucionalidad. De ahí que el artículo VI del Título Preliminar del Código Procesal Constitucional haya establecido que si la constitucionalidad de una ley ha sido confirmada por el Tribunal, ésta no puede ser inaplicada por los jueces en ejercicio del control difuso, a menos, claro está, que el Tribunal sólo se haya pronunciado por su constitucionalidad formal.

Finalmente, uno de los aspectos fundamentales de la predictibilidad es el estado de cosas constitucional²⁸⁰, figura que se ha obtenido de la jurisprudencia de la Corte Constitucional de Colombia. En virtud de esta figura, es posible que en los procesos constitucionales de la libertad que tienen efectos entre las partes se establezca una situación de vulneración repetitiva o estructural de los contenidos constitucionales. De darse esa situación, es posible requerir a los órganos públicos para que en un plazo razonable realicen o dejen de realizar una acción u omisión, *per se*,

²⁷⁹ “Establecer que el fundamento cuatro de la presente sentencia constituye doctrina jurisprudencial, por lo que debe ser observada, respetada y aplicada de manera inmediata por todos los jueces de la República, conforme el artículo VI del Título Preliminar del Código Procesal Constitucional, en el sentido siguiente: es obligada la participación de los procuradores en todos los procesos penales de los delitos de tráfico ilícito de drogas y lavado de activos sin que pueda rechazarse en ningún supuesto su participación con el argumento que no son parte en el proceso”. (STC. N° 03170-2010-PHC/TC. Fundamento 2).

“(…)atendiendo al principio *pro actione*, debe interpretarse que el legislador, al considerar el inicio del plazo para interponer la demanda en la fecha de notificación de la resolución que queda firme, simplemente ha dispuesto por el justiciable está facultado para interponer la respectiva demanda de amparo sin necesidad de esperar que se notifique la resolución que ordena se cumpla lo decidido, más no está postulando que el computo de los treinta días hábiles a que se refiere la norma comienza a partir de la fecha en que se notifica la resolución que queda firme.” (STC. N° 00252-2009-PA/TC, Fundamento 12).

“Debido a que se han desarrollado nuevos criterios en materia de prescripción en el caso del amparo contra resoluciones judiciales, este Colegiado en aplicación del artículo VI del Título Preliminar del Código Procesal Constitucional considera pertinente reconocerlos como parte de la doctrina jurisprudencial vinculante y, por lo tanto, obligatorios para todos los jueces y tribunales del país, debiéndose incorporar como tales a la parte resolutive de la presente sentencia (...)”.

²⁸⁰ Se introduce en la jurisprudencia nacional en el caso Arellano Serquén en abril de 2004. STC. N° 2579-2003-HD/TC.

violatoria de los derechos fundamentales, con lo cual se pretende extender los alcances de una sentencia a una situación generalizada.²⁸¹

2.2. Desafíos

a) Límites a la autonomía procesal

Consideramos que el mayor desafío en la labor del Tribunal Constitucional reside en lograr los objetivos de la defensa de la supremacía constitucional y de los derechos fundamentales, sin tener que sacrificar la seguridad jurídica y el equilibrio de poderes.

En ese sentido, el modular o flexibilizar las reglas en pro de la eficacia de ciertos valores y principios puede suponer un gran riesgo si dicho poder no es limitado o autolimitado.

Un ejemplo de lo indicado se ha afirmado con la tesis de que la autonomía que le reconoce el artículo 201º de la Constitución al Tribunal Constitucional, autonomía que no sólo se circunscribiría al aspecto administrativo, sino que también sería posible de manifestarse en el ejercicio de su función jurisdiccional o procesal. Esta postura ha dado origen al denominado principio de “autonomía procesal” del Tribunal Constitucional, que le confiere el poder para “modular, la reglas del proceso, el contenido y los efectos de sus sentencias”.²⁸²

Este principio nacido en la jurisprudencia constitucional alemana se configuró cuando el Tribunal Federal Alemán, en sus primeros años, tuvo que enfrentar problemas de naturaleza procesal, puesto que la normativa vigente – que correspondía a procesos ordinarios - resultaba insatisfactoria e inadecuada para la finalidad perseguida en los procesos constitucionales.

A través de este principio se busca conformar un proceso “a la medida”. El propio Tribunal Constitucional ha señalado “que tiene competencia

²⁸¹ STC. N° 2579-2003-PHD/TC. Fundamento 19.

²⁸² STC. N° 06316-2008-PA/TC.

para fijar las reglas procesales que protejan los principios y derechos constitucionales.²⁸³

En el caso Anicama Hernández, el Tribunal Constitucional invoca expresamente el principio de autonomía procesal para crear reglas de remisión del proceso de amparo al proceso contencioso administrativo.²⁸⁴ Posteriormente, en el Caso "hoja de coca", el Tribunal Constitucional estableció que como órgano supremo de control de la constitucionalidad es titular de la autonomía procesal para desarrollar y complementar la regulación procesal a través de la jurisprudencia.²⁸⁵

Asimismo, a través de este principio de autonomía procesal se ha creado la figura del partícipe, que en los procesos de inconstitucionalidad carece de condición de parte, por lo que no puede proponer excepciones ni deducir nulidades²⁸⁶. De igual modo, se ha establecido la extensión del control constitucional sobre las leyes de reforma constitucional.²⁸⁷

Si bien este poder de fijar reglas procesales tendría como finalidad brindar una mejor protección a la Constitución y los derechos fundamentales, la labor de creación, lejos de llevar al perfeccionamiento del proceso constitucional existente, puede llevar a su distorsión debido al incremento de poder que se atribuye al Tribunal. Este poder empleado en casos que lejos de atender al resguardo de la dignidad y respeto a los derechos fundamentales, se incline por la defensa de intereses particulares distintos de los fines constitucionales. En esa medida, constituye un desafío el que no se produzca un desbordamiento de este poder, que desde nuestro punto de vista sólo será posible a través de la autolimitación en su propia jurisprudencia.

²⁸³ SSC. N° 2579-2003-PHD/TC Fundamento 19.

²⁸⁴ STC. N° 1417-2004-AA/TC. Fundamento 54.

²⁸⁵ STC. N° 0020-2005-PI/TC. Fundamento 2.

²⁸⁶ STC. N° 0033-2005-PI/TC. Fundamento 5.

²⁸⁷ STC. N° 0014-2002-AI/TC. Fundamento 35.

b) Conflictos con otros órganos

La intervención del Tribunal Constitucional en diversos asuntos ha generado, en diversos casos, fricciones con otros órganos y poderes del Estado. De ahí que sea un reto para este Tribunal autolimitarse, en aras del mantener el equilibrio entre los órganos del Estado.

Uno de los conflictos más relevantes se presenta entre el Congreso y el Tribunal Constitucional, a partir de la declaración de inconstitucionalidad de normas emanadas del parlamento. Los argumentos esgrimidos para cuestionar el poder del Tribunal su designación indirecta por la mayoría del Congreso y no por el origen popular. Precisamente, uno de los casos de mayor tensión entre el Tribunal Constitucional y el Parlamento se concretó cuando se realizó el control constitucional de la ley de reelección presidencial.²⁸⁸

Además, se han suscitado conflictos con el Poder Judicial a partir de decisiones del Tribunal Constitucional, lo que se ha denominado, como en Colombia, la "Guerra de Cortes" Uno de los casos que generó esta tensión fue el conflicto competencial planteado ente el Poder Ejecutivo y el Poder Judicial por el mandato judicial de apertura de casinos y tragamonedas (STC. N° 0006-2006-PC/TC) además del proceso competencial entre el Ministerio de Transportes y Comunicaciones y el Poder Judicial por los vehículos automotores y autopartes usados (STC. N° 00001-2010-PC/TC).

²⁸⁸ "Hay que precisar, por ello, que la norma impugnada no aclara, ni modifica, ni toca el texto supuestamente interpretado del artículo 112° de la Constitución, sino que pretende dar a dicho numeral una especialísima y harto sui-generis vigencia temporal, de suerte: a) que una parte de él -la que permitió la reelección del actual Jefe de Estado en 1995- sí rija desde que entró en vigencia la Carta Magna de 1993; y, b) que otra parte de él -la que no permite sino una reelección inmediata- no rija sino a partir de las Elecciones de 1995, no obstante que la vigente Carta de 1993 hace presente, en la Decimocuarta de sus Disposiciones Finales y Transitorias, que ella misma, es decir, en el caso, todo el artículo 112°, y no sólo una parte de él "...entra en vigencia conforme al resultado del referéndum..." (o sea desde el 31 de diciembre de 1993). Esta singularísima disección, no constituye, evidentemente, una interpretación del tenor mismo de la norma, sino, de un lado, una extraña división de ella en dos partes, y, de otro, el establecimiento de un sorprendente régimen transitorio que es, ciertamente, totalmente ajeno a su sentido original, que contradice, ostensiblemente, el preciso sentido de la Decimocuarta Disposición Final y Transitoria glosada líneas arriba, y que, en todo caso, de haberse querido, habría tenido que incorporarse, como tantas otras normas "transitorias" lo han sido, en la parte correspondiente de la misma Carta Magna, denominada, como se sabe "Disposiciones Finales y Transitorias". (STC. 0002-1996-I-TC. Del 02 de enero de 1997. Fundamento 2).

En el caso de los conflictos con el Poder Judicial, se ha llegado al extremo de establecer que cuando se aparten o inobserven las reglas establecidas en el precedente constitucional, sus decisiones serán nulas de pleno derecho por ser inconstitucionales. Asimismo, los jueces que resuelvan en ese sentido serán sancionados por el Concejo Nacional de la Magistratura y la Oficina de Control de la Magistratura, según corresponda.

También se han producido fricciones con otros órganos constitucionales a partir de que ningún poder u organismo constitucional puede detentar un poder absoluto, de modo que se ha cuestionado decisiones del Jurado Nacional de Elecciones o del Concejo Nacional de la Magistratura que inicialmente se consideraban irrevisables por un órgano jurisdiccional.²⁸⁹

Constituye un desafío para el Tribunal Constitucional el que pueda pacificar con decisiones motivadas las relaciones de conflicto entre los diversos órganos del Estado. Pero principalmente que no sean tomadas algunas de las decisiones como intervenciones indebidas en sus competencias.

c) Desconocimiento de sus propias interpretaciones

Es importante que todo órgano jurisdiccional conozca su propia jurisprudencia a fin de que se aplique de modo homogéneo, siendo cuestionable que en casos similares aplique criterios distintos, lo que genera desconfianza en la ciudadanía y sospechas de falta de independencia o, lo que es peor, corrupción. En el desarrollo de la jurisprudencia del Tribunal Constitucional peruano se detectan casos en los que ha sido evidente tal contradicción.

Uno de los temas en los que se verificó dicha situación fue en las consecuencias asignadas a la vulneración del derecho al plazo razonable para ser juzgado. En ese sentido, en la STC. N° 03689–2008-PH/TC, de fecha 22 de abril de 2009, se señaló que: “una eventual constatación por

²⁸⁹ Se puede ver en sentencias del Tribunal Constitucional: STC. 2409-2002-AA/TC. STC. 065-2003-PA/TC. STC. 216-2003-PA/TC. STC. N° 1941-2002-PA/TC. STC. 2209-2002-PA/TC. STC. 2366-2003-AA-TC.

parte de la justicia constitucional de la violación del derecho a ser juzgado en un plazo razonable no puede ni debe significar el archivo definitivo del proceso penal como si de un pronunciamiento sobre el fondo del asunto, equivalente a una decisión de absolución emitida por el Juez ordinario, sino que actuando dentro del marco constitucional y democrático del proceso penal, lo que corresponde es la reparación *in natura* por parte de los órganos jurisdiccionales que consiste en emitir en el plazo más breve posible el pronunciamiento definitivo sobre el fondo del asunto y que se declare la inocencia o la responsabilidad del procesado, y la consiguiente conclusión del proceso.” (Fundamento 10). Sin embargo, posteriormente, en el caso STC. 3509-2009-PHC/TC del 19 de octubre de 2009 se señaló que: “la violación del derecho al plazo razonable, que como ya se ha dejado dicho es un derecho público subjetivo de los ciudadanos, limitador del poder estatal, provoca el nacimiento de una prohibición para el Estado de continuar con la persecución penal fundada en la pérdida de la legitimidad punitiva derivada del quebramiento de un derecho individual de naturaleza fundamental. Sostener lo contrario, supondría, además de la violación del Estado Constitucional de Derecho, en virtud del cual los órganos del Estado sólo pueden actuar en la consecución de sus fines dentro de los límites y autorizaciones legales y con respeto absoluto de los derechos básicos de la persona. Cuando estos límites son superados en un caso concreto, queda revocada la autorización con que cuenta el Estado para perseguir penalmente.” (Fundamento 39).

La ausencia de una orientación uniforme en determinados temas (en algunos por desconocimiento de las particularidades que ofrece una determinada disciplina jurídica) y la presión que hoy se puede ejercer a través de los medios de comunicación cuando se trata de asuntos de alto interés público, como por ejemplo, los referidos a tratamiento de la criminalidad o las medidas de aseguramiento de presuntos autores de delitos ciertamente graves, puede llevar a decisiones como las descritas en el párrafo anterior, que muestran graves inconsistencias en el Tribunal Constitucional.

Otro caso estuvo referido a los ceses colectivos de trabajadores del Estado a partir de decretos leyes emitidos en el año 1992. Al respecto, el Tribunal Constitucional declaró improcedentes las demandas de amparo indicando que existía una vía igualmente satisfactoria o porque se había excedido en demasía el plazo previsto para interponer la demanda de amparo.²⁹⁰ No obstante, en procesos posteriores el Tribunal Constitucional declaró fundada la demanda, considerando que "si bien debería ser dilucidado el asunto a través del proceso contencioso administrativo, también lo es que no puede desconocerse la jurisprudencia especial existente sobre la materia aplicable en el caso de autos, de tal forma que para resolver el presente caso se debe evaluar la particularidad de los hechos y consecuencias derivadas de los decretos leyes expedidos en el autogolpe de 1992, que lo convierten en un supuesto *sui generis*."²⁹¹

También se han advertido contradicciones del Tribunal en el tema de las pensiones de viudez para los convivientes. Previamente, el Tribunal Constitucional reconoció que tal posibilidad se encontraba implícita²⁹², pero en una sentencia posterior se rechazó tal supuesto²⁹³, y luego nuevamente fue aceptada. Así, señaló que "la finalidad de la pensión de sobrevivencia es preservar y cubrir los gastos de subsistencia compensando el faltante económico generado por la muerte del causante, y puesto que la propia convivencia genera una dinámica de interacción y dependencia entre los convivientes, la muerte de uno legitima al conviviente supérstite a solicitar la pensión de viudez."²⁹⁴

El desafío que se debe asumir a partir de la muestra de contradicciones observadas en distintas áreas estaría dado por el hecho de mantener ciertas líneas de decisión, indistintamente de quiénes integren el Tribunal Constitucional, los cambios coyunturales o la presión que se puede ejercer en determinados temas.

²⁹⁰ Se puede ver en STC. N° 02925-2010-PA/TC de fecha 24 de setiembre de 2010, fundamento 3; o en STC. N° 03518-2009-PA/TC de fecha 12 de noviembre de 2010, fundamento 2.

²⁹¹ STC. N° 03955-2009-PA/TC, fundamento 2.

²⁹² STC N° 02719-2005-PA/TC, Fundamento 2.

²⁹³ STC 03605-2005-PA/TC, Fundamento 5.

²⁹⁴ STC. N° 06572-2006-PA/TC, fundamento 31.

d) El “descontrol” de la Constitución

Cuando encontramos esta calificación, la doctrina nacional a través de autores como Castillo Córdova, hacen referencia a la existencia “de contenidos normativos en la Constitución que no son manifestación o que son negación de alguna o algunas de las exigencias de justicia natural que subyacen necesariamente en los derechos humanos. Estas exigencias conforman el contenido de esa fuerza a la que la Constitución se ha de ajustar, y en la medida que sea posible que el constituyente decida algo al margen o contra las exigencias, surge la necesidad de control”²⁹⁵. El mismo autor citado, en este punto, cita como ejemplos el que la norma constitucional prevea una hipotética situación de control de número de hijos por un Ministerio del Estado o la existencia de la pena de muerte aún en situaciones extremas de traición a la patria. Sin embargo, no considero que el texto de la Constitución sea “descontrolada”, más bien la visión que sobre este punto pretendo exponer es el “descontrol” en la asignación de contenidos a los dispositivos constitucionales que realizan los jueces a través de interpretación. Ese sería el desafío a tomar en consideración.

El mismo autor advierte también de esta problemática cuando señala que: “controlar la Constitución significará detectar tales sentidos interpretativos y proscribir el sentido interpretativo que contraviene las exigencias de justicia material constitucionalizadas”²⁹⁶

Tal vez el descontrol podría ser la actividad creativa de los jueces constitucionales. De allí que César Landa, refiriéndose a este punto, advierte del “peligro del activismo judicial radical” o “interpretativismo”, que haría porosa la línea divisoria entre su poder constituido y el poder constituyente y termine sustituyendo a éste último.²⁹⁷

Se puede citar algunas sentencias que en el Perú muestran dicho nivel de activismo, como la decisión del Tribunal Constitucional, a través de un

²⁹⁵ CASTILLO CORDOVA, Luis. *Ob. Cit.* p. 24.

²⁹⁶ CASTILLO CORDOVA, Luis. *Ob. Cit.* p. 25.

²⁹⁷ LANDA, César (1997). *Ob. Cit.* p. 266.

proceso de amparo, de restituir provisionalmente la aplicación de la tasa de 12% de los derechos arancelarios *ad valorem* CIF para las subpartidas nacionales de cemento sin pulverizar.²⁹⁸ O la habilitación para recurrir al agravio constitucional excepcional para casos de tráfico ilícito de drogas y lavado de activos²⁹⁹, y ahora último en casos de terrorismo.³⁰⁰

²⁹⁸ STC. N° 03116-2009-AA/TC aclarada mediante sentencia de fecha 22 de marzo de 2010.
²⁹⁹ STC. N° 02663-2009-PHC/TC. Fundamento 9.
³⁰⁰ STC. N° 01711-2014-PHC/TC. Fundamento 7.

CAPÍTULO III

LA ACTUACIÓN DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL PERUANO Y SUS FRICCIONES CON LA LEGALIDAD PENAL

1. CUESTIONES PRELIMINARES

Actualmente –a pesar de que como Ferrajoli indica, existen diferentes corrientes constitucionalistas³⁰¹– a la Constitución se le reconoce no solo su carácter de norma jurídica suprema en un determinado orden social, sino también su carácter de fuente de Derecho capaz de delimitar las demás fuentes del sistema legal.³⁰² La influencia atribuida a la norma fundamental (que data ya hace siglos)³⁰³ se ve materializada de dos formas: i) Por su labor como norma suprema del ordenamiento legal (inderogabilidad respecto a la producción normativa de inferior rango) y ii) Por sus efectos de regular la producción normativa de las demás fuentes del ordenamiento legal.³⁰⁴ Este dato nos obliga a cuestionarnos cómo se plasman aquellos efectos constitucionales (supremacía y fuente de derecho) en el ámbito del Derecho penal, pregunta que nos enfrentará a observar la dinámica que opera entre nuestra norma fundamental, sus productos derivados y el principio de legalidad penal.

Creemos fundamental advertir que el concepto “fricciones” no tiene una connotación negativa necesariamente, sino más bien busca describir la dinámica anteriormente indicada dentro del marco de lo constitucionalmente exigido a los órganos del Estado que están

³⁰¹ FERRAJOLI, Luigi. *Constitucionalismo Principialista y Constitucionalismo Garantista*. En *Doxa - Cuadernos de Filosofía del Derecho* Vol. 34. 2011. pp. 15-53.

³⁰² ÁLVAREZ CONDE, Enrique. *Curso de Derecho Constitucional*. Volumen I (El Estado Constitucional, el sistema de fuentes, derechos y libertades) Madrid: Tecnos, 3ª Ed. 1999. p. 138.

³⁰³ Véase: DIPPEL, Horst. *Constitucionalismo Moderno. Introducción a una Historia que Necesita ser Escrita*. En *Historia Constitucional* N° 6. 2005. pp. 181-199.

³⁰⁴ BETEGON, Jerónimo, GASCÓN Marina, DE PÁRAMO, Juan Ramón, PRIETO, Luis. *Lecciones de Teoría del Derecho*. Madrid: McGraw-Hill. 1997. p. 285.

involucrados (Tribunal Constitucional, jueces ordinarios en lo penal y el legislador penal).

Para desarrollar este capítulo, tendremos en cuenta la indiscutible trascendencia que ha tenido el principio de la legalidad en diversos momentos del devenir histórico del Derecho y luego nos centraremos en determinar los alcances y funciones del principio de legalidad en ámbitos legales concretos como el sancionador y específicamente el Derecho Penal. Con ese fin, explicaremos el contenido y diferencias entre ciertas categorías que usualmente son confundidas, como es el caso del principio de legalidad y el principio de reserva legal. Posteriormente, analizaremos el principio de legalidad penal y cómo éste ha sido impactado por el desarrollo jurisprudencial constitucional nacional. En ese sentido, hablaremos de ciertas fricciones producidas entre la jurisprudencia constitucional y el principio antes mencionado, especialmente en lo que se refiere al impacto producido al realizarse el ejercicio del control de constitucionalidad de las normas penales.

Es importante mencionar que si bien una ley (del ámbito penal u otro) puede ser emitido con fines ilegítimos (como son, por ejemplo, las normas dirigidas a impedir o dificultar el control judicial de ciertas materias por medio de leyes³⁰⁵), lo cual requiere su ajuste, en algunos casos la justicia constitucional, en su afán de corrección, también ha intervenido en exceso intentando legislar asuntos que corresponden exclusivamente a otros órganos del Estado, situación que nos lleva a preguntarnos qué intervención es legítima y cuál no. Y aunque estas fricciones no son exclusivas del ámbito penal, este trabajo se circunscribirá a este ámbito.

³⁰⁵ Otros ejemplos en los que el juez constitucional, en defensa de derechos constitucionales, se ha enfrentado al legislador, son los sucedidos frente a leyes que recortaban derechos fundamentales sin una justificación razonable y proporcional. Esto sucedió, por ejemplo, cuando en nuestro país se generó un sistema especialmente represivo y con procesos con ausencia de garantías aplicables a los delitos de terrorismo, o en el caso en que se reprimía la libertad sexual de los adolescentes mediante la tipificación de los delitos sexuales de adolescentes comprendidos entre 14 y 18 años. Véase: Sentencia del Tribunal Constitucional del Perú N° 010-2002-AI/TC del 03 de enero de 2003 y Sentencia del Pleno Jurisdiccional del Tribunal Constitucional 00008-2012-PI/TC del 12 de diciembre de 2012.

Para dar un ejemplo preliminar sobre lo que indicamos, se puede mencionar lo sucedido cuando el Tribunal Constitucional dictó sentencia sobre la nivelación de remuneraciones y bonos en el Poder Judicial en 2012. Al respecto, debe tenerse en cuenta que el artículo 186, inciso 5, literal a) de la Ley Orgánica del Poder Judicial disponía que:

Percibir una remuneración acorde con su función, dignidad y jerarquía. Para estos fines se toma en cuenta lo siguiente:

a) *El haber ordinario de los Vocales de la Corte Suprema, es siempre igual al que perciben los Senadores o Diputados. La homologación funciona automáticamente, para cuyo efecto los Tesoreros de las Cámaras, producido cualquier reajuste en los haberes, bonificaciones y asignaciones de los Parlamentarios, comunican de inmediato al Presidente de la Corte Suprema, quien dicta la resolución de homologación correspondiente. La resolución antes señalada es puesta en conocimiento del Director del Tesoro Público para su debido cumplimiento.*³⁰⁶

El Poder Judicial señalaba que cualquier nivelación de remuneración de jueces debía encontrarse condicionado a la existencia de fondos presupuestales para así poder llevarlo a cabo dentro del margen de lo económicamente posible. Sin embargo, el Tribunal Constitucional, en su Sentencia N° 03919-2010-PC/TC de setiembre de 2012, dispuso que:

Finalmente, como este Tribunal ha expresado en reiterada jurisprudencia “a pesar de que el mandamus del contenido en la resolución materia de este proceso estaría sujeta a una condición – la disponibilidad presupuestaria y financiera de la emplazada, debemos considerar que el Tribunal ya establecido expresamente (Cfr. STC. 01203-2005-PC, 03855-2006-PC, Y 06091-2006.-PC) que este tipo de condición es irrazonable. Así la invocada disponibilidad presupuestaria no puede ser un obstáculo, ni mucho menos considerada como una condicionalidad en los términos de la STC. N°

³⁰⁶ Decreto Supremo N° 017-93-JUS, Texto Único Ordenado de la Ley Orgánica del Poder Judicial.

0168-2005-PC/TC, para el cumplimiento de las disposiciones vigentes y claras como en el caso de autos.³⁰⁷

Con relación a este pronunciamiento, hubo resistencias de ciertos sectores a acatar el fallo³⁰⁸, lo cual llevó a que se aprobaran leyes dirigidas a evadir su cumplimiento. En efecto, el 13 de diciembre de 2013 se emitió la Ley N° 30125³⁰⁹ y el 16 de diciembre del mismo año el Decreto Supremo N° 314-2013-EF,³¹⁰ normas que modificaron la Ley Orgánica del Poder Judicial (LOPJ), para impedir el cumplimiento de la decisión del Tribunal Constitucional. Esto fue así en tanto el Tribunal Constitucional le solicitó al Consejo Ejecutivo del Poder Judicial que en aplicación del artículo 186°, inciso 5), literal b) de la LOPJ procediera a nivelar las remuneraciones de los jueces demandantes, de acuerdo a su cargo de jueces superiores, juez especializado o mixto y juez de paz letrado, en la proporción de 90%, 80% y 70% respectivamente, tomando como referencia la asignación especial por alta función jurisdiccional que ascendía al monto de S/. 7, 617.00. Esto fue visto como inmanejable económicamente, por lo que el Ejecutivo, mediante Ley N° 30125 y el Decreto Supremo N° 314-2013-EF, modificó la LOPJ, estableciendo las normas antes indicadas lo siguiente: "b) *El haber total mensual por todo concepto de los Jueces Superiores será del 80% del haber total mensual por todo concepto que perciban los Jueces Supremos, conforme a lo establecido en el literal a) precedente; el de los Jueces Especializados o Mixtos será del 62%; el de los Jueces de Paz Letrados será del 40%, referidos también los dos últimos porcentajes al haber total mensual por todo concepto que perciben los Jueces Supremos.*"

³⁰⁷ Sentencia del Tribunal Constitucional del Perú N° 03919-2010-PC/TC del 11 de setiembre de 2012. Fundamento 14.

³⁰⁸ Respecto a las razones de esto, véase: RUIZ MOLLEDA, Juan Carlos. *Sentencia del TC ordena nivelar sueldo de los jueces: ¿Intromisión judicial en la economía o control constitucional de decisiones económicas?*, Disponible en: <http://www.justiciaviva.org.pe/notihome/notihome01.php?noti=908>. Consultada el 5 de agosto de 2015.

³⁰⁹ Ley N° 30124 - Ley que Modifica el Artículo 425 del Código Penal, Referido al Concepto de Funcionario o Servidor Público Publicada publicado en el Diario Oficial El Peruano, del 13 de diciembre de 2013.

³¹⁰ Decreto Supremo N° 314-2013-EF, Aprueban Montos de los Haberes de los Jueces del Poder Judicial y Aprueba Transferencia de Partidas a Favor del Poder Judicial publicado en el Diario Oficial El Peruano, del 16 de diciembre de 2013.

Semejante “solución” generó una segunda “ronda” de demandas que cuestionaron la legalidad de la modificación, y toda una serie de cuestionamientos, como el hecho de que una modificación legal dejara sin efecto el objeto de una sentencia del máximo tribunal nacional y, por otro lado, el que los jueces demanden la defensa de sus intereses frente a otros jueces. Esto último implicaba que “(...) los jueces actúan no sólo como jueces sino también como parte. Jueces reclamando a otros jueces se ordene el cumplimiento de una norma que los favorece económicamente a todos puede parecer raro. Pero lo cierto es que no podría ser de otra manera, ya que por mandato constitucional, los únicos que pueden resolver conflictos jurídicos –como el incumplimiento de una ley– son exclusivamente los jueces. Ahora, se supone que deberán actuar de manera independiente y más allá de sus intereses, en este y en todos los casos.”³¹¹

Como se aprecia del caso antes comentado –como de los que habremos de revisar en el cuerpo de la presente investigación–, existen “fricciones” entre las competencias del Tribunal Constitucional (como defensor de la Constitución) el ejercicio de la función legislativa, y entre estas dos y el ejercicio de la función jurisdiccional ordinaria. En esta línea, en los siguientes acápites se abordarán con más detalle fricciones vinculadas a la jurisprudencia constitucional nacional, considerando en el análisis la experiencia comparada relacionada con el principio de legalidad penal.

Con ese fin, habremos de reconocer el innegable hecho de que la jurisprudencia constitucional ha adquirido gran relevancia hoy en día gracias a la idea de que el juez “concretiza” los derechos fundamentales. En ese sentido, el control de constitucionalidad confiere a los tribunales constitucionales dos grandes poderes: i) La de legislador negativo (expulsión de normas inconstitucionales del sistema jurídico) y la de legislador positivo (introducción de nuevas reglas a través de sentencias normativas); y ii) La de *supra* intérprete del contenido de derechos,

³¹¹ Véase: Justicia Viva. *La Batalla de los Jueces en Defensa de sus Remuneraciones: De la Negociación al Caballazo*. Disponible en: http://www.justiciaviva.org.pe/webpanel/doc_int/doc19122013-194154.pdf. Consultada el 15 de octubre de 2015.

valores y norma del sistema jurídico, más allá de la especialidad a la que puedan pertenecer. Con relación a este protagonismo, es importante observar y reflexionar respecto a la tarea del órgano constitucional nacional y cómo éste puede incidir en la seguridad jurídica y, particularmente, en los principios que pretenden ser garantizados mediante el principio de legalidad penal.

2. ASPECTOS ESENCIALES DEL PRINCIPIO DE LEGALIDAD PENAL

2.1. Aspectos generales sobre el Principio de Legalidad

Para algunos autores, los orígenes de este principio se remontan a la Carta Magna de Juan Sin Tierra, cuando la población inglesa estableció que el rey no podía detraer recursos de las personas sin el consentimiento de sus representantes.³¹² Por su parte, otros autores sostienen que este principio habría surgido previamente con la *Carta Magna Leonesa* que Alonso Rey de León y de Galicia otorgara en 1188.³¹³ Sea como fuese, estas referencias históricas muestran la antigua relación entre el principio de legalidad y el principio de representación³¹⁴, relación que siempre ha estado presente, considerándose ahora como un elemento de la concepción formal de la ley.³¹⁵

³¹² GARCIA BELSUNCE, Horacio *Temas de Derecho Tributario*. Buenos Aires. Editorial Abeledo Perrot, 1995. p. 79.

³¹³ MORILLAS CUEVA, Lorenzo y RUIZ ANTÓN, L.F. *Manual de Derecho Penal, Parte General*, Editoriales de Derecho Reunidas, Madrid. 1992. p. 5

³¹⁴ El afianzamiento de que el poder político reside en el pueblo y no en el monarca hace que se vea al Parlamento como el hacedor de la ley, que regula los derechos, como el órgano legitimado para crear y establecer líneas de conducción de la sociedad en el orden político, económico y social. Este afianzamiento se produce en un proceso que comienza, en términos generales, en el siglo XVIII y que se desarrolla especialmente en el siglo XX. Véase: LOÑ, Félix R. *Constitución y Democracia* Buenos Aires, Lerner. 1987. p. 441.

³¹⁵ Destaca ya en su perfeccionamiento la Declaración Francesa de los Derechos y Deberes del Hombre, así como la contribución de obras como la del *Contrato Social* de Rousseau. BREWER CARÍAS, Allan R. *Los Aportes de la Revolución Francesa al Constitucionalismo Moderno y su Repercusión en Hispanoamérica a comienzos del siglo XIX*. En *Ars Bonit et aequi* N° 2. 2011. p. 128.

El principio de legalidad se refleja en todas las áreas del Derecho³¹⁶. Sin embargo, es en el Derecho Penal que adquiere materialización más explícita. Como recuerda José Moreso, el principio de legalidad en materia penal está vinculado de forma preponderante a tres elementos: i) Prohibición de Retroactividad de Penas (*nullum crimen sine lege previa*); ii) Reserva de ley (*nullum crimen sine lege scripta*) y iii) Exigencia de certeza (*nullum crimen sine lege certa*).³¹⁷ Arroyo Zapatero confirma esto desde un punto de vista más general, al indicar respecto al sistema legal español, que: "El artículo 25.1 de la Constitución declara que nadie puede ser condenado o sancionado por acciones u omisiones que en el momento de producirse no constituyan delito (...) según la legislación vigente (...) La doctrina y el propio Tribunal Constitucional estiman que en el precepto transcrito se proclama el principio de legalidad en materia penal y sancionadora en general. Ahora bien, si se contrasta la declaración del artículo 25.1 con el contenido que la doctrina española y extranjera atribuye al principio de legalidad penal (...) se pone de manifiesto que la configuración doctrinal es de mayor amplitud (...) Así, como contenido del principio de legalidad penal se entienden las siguientes concreciones específicas (...): la reserva absoluta de la ley para la definición de las conductas constitutivas de delito (...) la proscripción de la costumbre como fuente de Derecho penal; la prohibición de analogía *in malam partem* y de la interpretación extensiva; la irretroactividad de las normas penales desfavorables al reo; la determinación o certeza (...) de las normas penales; la prohibición del *bis in idem*; la garantía jurisdiccional y la garantía de la ejecución penal."³¹⁸

Como resulta claro, el principio de legalidad tiene el propósito de reducir la arbitrariedad en las decisiones gubernamentales y por ello una de sus manifestaciones es la reserva de ley. Es decir, para que se acepte un elemento de configuración legal potencialmente negativo para los

³¹⁶ Al respecto, véase: MEAGHER, Dan. *The Common Law Principle of Legality in the Age of Rights*. En Melbourne University Law Review Vol. 35. 2011. pp. 449-478.

³¹⁷ MORESO, José Juan. *Principio de Legalidad y Causas de Justificación*. En DOXA - Cuadernos de Filosofía del Derecho N° 24. 2001. pp. 526-527.

³¹⁸ ARROJO ZAPATERO, Luis. *Principio de Legalidad y Reserva de Ley en Materia Penal*. En Revista Española de Derecho Constitucional Año 3, N° 8. 1983. pp. 9-10.

ciudadanos, estos, a través de su órgano de representación directa (como es el Congreso u otro órgano de la misma naturaleza), deben de aprobar por leyes dichas decisiones. Esto es así en tanto se considera a la ley como la manifestación normativa de génesis más abierta, formalmente transparente, pluripersonal y basada en el debate y sometido a contrapesos, características estas que la dotan de singular legitimidad. De ahí que en su momento, Burdeau sostuviera que el legislador ejerce la soberanía nacional que ha sido delegada por sus representantes, y esa soberanía pertenece a la nación que es única a la hora de legislar.³¹⁹ De aquí, la conexión existente entre este principio con el de representación, el cual está hundido en sus mismos orígenes históricos. Es más, autores como Rubio Llorente vinculan estos principios con otros tan primarios como la separación de poderes³²⁰, y el que se haya encomendado al Parlamento la representación de la soberanía popular y su intervención en los asuntos más trascendentes de la vida social.

Ahora bien, el principio de legalidad no solo se manifiesta en el Derecho Penal, sino también en otras ramas de nuestra disciplina jurídica.³²¹ Por lo tanto, para entender el principio de legalidad de forma general, debe señalarse que dicho principio cuenta con las siguientes características:

- a) Incluye la noción de primacía de la ley, que históricamente significó la reducción del Derecho a la Ley.³²²

³¹⁹ BURDEAU, George. *Derecho Constitucional e Instituciones Políticas*. Madrid. Editorial Nacional, 1981. p. 163.

³²⁰ RUBIO LLORENTE, Francisco. *El Principio de Legalidad*. En: *Revista Española de Derecho Constitucional* N° 39. 1993. p. 22.

³²¹ Por ejemplo, en el derecho administrativo también se observan dos posiciones sobre el principio de legalidad: a) Como expresión global de la relación con el Estado, a través de su primacía sobre cualquier otra manifestación estatal (así como marco y límite necesario para la actuación de las entidades del Estado); y b) Como principio de juridicidad, en el sentido más habitual de sometimiento de la Administración a dicho principio, siendo en este punto que tiene sentido la concepción de la ley formal (la que autoriza el acto y atribuye competencia, configurándose como una garantía frente a la arbitrariedad) y material (que determina un contenido y que actúa directamente como límite al poder). En este último punto se sostiene que la Administración no podría desarrollar actividad normativa sino en el marco previo establecido por una Ley; refiriéndonos a la actividad reglamentaria propiamente dicha. Véase: GARCÍA DE ENTERRÍA, E. y FERNÁNDEZ, T.R. *Curso de Derecho Administrativo*. Vol. I, 11ª Edición, Editorial Civitas, Madrid. 2002. p. 180 y DE CABO MARTÍN, Carlos. *Sobre el concepto de la Ley*. Madrid. Editorial Trotta. 2000. p. 63.

³²² Schmitt indica: "se rechaza todo lo extralegal, de todo derecho que no haya sido creado por la convención humana, sea que aparezca en forma de derecho natural, divino o racional. El pensamiento del derecho deviene en el pensamiento de legalidad. Esto confiere al

- b) Implica una expresión de sumisión al modo establecido de producción jurídica, es decir, como un mecanismo de seguridad y de orden en el sistema de producción del Derecho.
- c) Implica un mecanismo garantista a fin de proteger al ciudadano, considerando que el Derecho debe configurarse y funcionar en base a este principio.³²³
- d) Representa un mecanismo de subordinación de los poderes públicos, por el cual diversos órganos del Estado son disciplinados por normas generales.

Entonces, como puede observarse, el principio de legalidad tiene como una de sus principales características la regulación de ciertas materias mediante un producto jurídico particular, la ley³²⁴, al revestir las garantías

pensamiento jurídico un valor de objetividad, estabilidad, de positividad. El positivismo, fue entonces, considerado como un método puramente jurídico y su purismo consistió en la eliminación de toda consideración meta jurídica." Véase: SCHMITT, C *Les Trois Types de la Pense Juridique* PUF. 1995. p. 6. Citado por ISMODES CAIRO, A. *Ensayos de Sociología Jurídica*. Lima, Editorial San Marcos. 1998. p. 135.

³²³ Nos estamos refiriendo al principio de reserva legal, que se sustenta en la no menos poderosa fundamentación de garantía de la ciudadanía – representada por el Parlamento – la facultad de definir las regulaciones que afecten directamente la libertad o la propiedad. Véase: ZAPATA, Patricio. *La Jurisprudencia del Tribunal Constitucional*. Corporación Tiempo. 2000. p. 193.

³²⁴ En el caso de la ley formal como garantía de la libertad, se consideró que el mismo procede de la voluntad general que se encuentra representada en el cuerpo legislativo – parlamento y que por tanto suprime cualquier posibilidad de arbitrariedad, pues ni siquiera el juez puede resolver de otra manera que no sea sometándose a la ley establecido por aquel. En el Estado legal de Derecho se va sostener que no existe una autoridad superior a la de la ley, lo cual supone no sólo un límite sino el fundamento del poder de los órganos estatales. Entonces, la "nueva legitimidad" estaría dada por la legalidad. Cabe agregar que la Ley así concebida determinó la desaparición de privilegios, puesto que la Ley sería vista como instrumento generador de igualdad. En esa medida, al Estado legal de Derecho se le reconoce un factor de transformación social. En el naciente Estado liberal de Derecho, se sostendría que la generalidad de la Ley garantizaba que la competencia se desarrollara en un marco de igualdad entre los sujetos que competían. A decir de Legaz y Lacambra: "La legitimidad es un concepto paralelo a la legalidad. Como éste posee también un sentido fundamental que alude a los principios de justificación del Derecho; pero también como él, posee una carga histórica, si bien ahora diríamos que se trata de un concepto más bien antiguo, a diferencia de la legalidad que es una idea moderna. (...) Puede decirse que la legalidad materialmente entendida, se cifra en la legitimidad – modo antiguo de entenderla – mientras que modernamente, la máxima legitimidad se la ha visto en la pura legalidad, (...)". Por otro lado, con el Estado Constitucional de Derecho, la Constitución y la afirmación de su supremacía asumen características de generalidad, fuerza normativa y límite al legislador. En esa medida, finalmente, las aspiraciones de libertad, igualdad, seguridad y justicia de los ciudadanos (que no había perdido vigencia) y la legalidad seguirán siendo reconocidas como instrumentos de garantía con el respaldo de la Constitución de cada Estado. De ahí que la Corte Interamericana de Derechos Humanos haya señalado que: "el vocablo leyes cobra todo su sentido lógico e histórico si se le considera como una exigencia de la necesaria limitación a la interferencia del poder público en la esfera de los derechos y libertades de la persona humana." Véase: LEGAZ Y LACAMBRA, Luís *Noción de Legalidad*. Ponencias Españolas

más apropiadas para la regulación de ciertas materias. Sin embargo, el predominio del Parlamento y la ley, como forma perfecta de regulación y garantía del ciudadano, no funcionó perfectamente ni se mantuvo a través del tiempo.

Dos sucesos se produjeron y negaron lo señalado:

1. Llegado el siglo XIX se consolidó la noción del Estado Legal de Derecho, es decir, el convencimiento de que toda la Ley se reducía a la expresión de la voluntad general, representada en los parlamentos. Es así que el poder y toda actividad estatal debían estar regulados y controlados por la Ley.³²⁵ Con esta fórmula se mantuvo la idea de legalidad como garantía de los derechos de los ciudadanos; sin embargo, el punto de quiebre se produjo cuando el contenido de las leyes ya no respondían al interés general, sino al de unos cuantos.³²⁶ Desde entonces, habría de cuestionarse si la ley –aunque promulgada por el parlamento– debía

- Instituto de Derecho Comparado, Barcelona. 1958. p. 8; MONTESQUIEU *El Espíritu de Las Leyes*. Libro XI. Cap. VI; RUBIO LLORENTE, Francisco. *La igualdad en la aplicación de la Ley*. AFDUAM, 1997. p. 145 y Corte Interamericana de Derechos Humanos. Opinión Consulta 6/86 de fecha 09 de mayo de 1986, fundamento 27.

³²⁵ DÍAZ, Elías *Estado de Derecho y Sociedad Democrática*. Madrid, Taurus. 1998. p. 29. Véase: igualmente: GARCÍA PELAYO, Manuel. *Estado Legal y Estado Constitucional de Derecho*. En *Revista de la Facultad de Ciencias Jurídicas y Políticas* (Universidad Central de Venezuela) N° 82. 1991. pp. 32-45 y ÁVILA SANTAMARÍA, Ramiro. *Del Estado Legal de Derecho al Estado Constitucional de Derecho y Justicia*. En *Anuario de Derecho Constitucional Latinoamericano* Año XV. 2009. pp. 775-793.

³²⁶ Cabo Martín resalta como uno de los factores para la crisis de la Ley, el que no atendiera realmente a la voluntad general, sino a algunos intereses: “*La Ley más bien se había convertido en un instrumento para mantener un status quo y proteger los intereses de ciertos sectores sociales.*” Al respecto, véase: DE CABO, Martín *op. cit.*, p. 25. Ello también tiene relación, con la aparición de sociedades fragmentadas, oligárquicas y corporativas, donde la ley deja de ser el instrumento básico de regulación. Véase: PONTARA, G. *Neoconstitucionalismo, socialismo y justicia internacional*. En *Crisis de la Democracia*. Barcelona, Ariel. 1985. Siendo fundamental resaltar que Maestro señala que: “el Estado se ve penetrado de estas influencias al configurarse como una “inmensa transacción de intereses”, la ley resulta directamente afectada no sólo negativamente, al perder cuantitativamente importancia frente a la antirregulación social, sino que positiva y cualitativamente sufre profundas transformaciones en cuanto la propia lógica del contrato se introduce en la ley en un doble sentido: el que las leyes suponen una propuesta de libre aceptación por parte de los destinatarios (prácticamente todas las llamadas leyes de Incentivos que responden a la forma simplificada de “si hace A se obtiene B”) y en la progresiva incorporación de distintas formas de acuerdo con los interesados en la configuración de las leyes que les afectan.” Véase: MAESTRO G. *Negociación y participación en el proceso legislativo*. En *Revista de Derecho Político* N° 32. 1991.

seguir siendo considerada idónea aun cuando no limitara adecuadamente la arbitrariedad gubernamental.³²⁷

Y es que con la llegada de los primeros años del siglo XX se evidenció una crisis en esta noción (Estado Legal de Derecho) al no poder evitar las arbitrariedades y abusos de las autoridades estatales, muchas de ellas enmascarados a través de las mismas normas. Como García Pelayo indica: “El período que sigue a la Primera Guerra Mundial se caracteriza de un lado, por una crítica al Estado Legal de Derecho cuyo formalismo le convierte, su defensor, del orden y del sistema de intereses establecidos, de donde surge la denominación de Estado burgués de Derecho”.³²⁸ Pero aun con mayor gravedad, este mismo fenómeno habría de observarse con el desencadenamiento de la Segunda Guerra Mundial, momento en que se utilizaría la Ley para legitimar agravios y atrocidades contra el ser humano.

Ante esta situación, la solución fue el replanteamiento del rol que tenía la Constitución. Con este replanteamiento se llegaba al convencimiento de que el legislador estaba subordinado a los valores ético – políticos y derechos fundamentales consagrados en la norma fundamental y, como bien recuerda Ferrajoli, estableciendo un control del Derecho sobre el Derecho en forma de vínculos y límites jurídicos a la producción jurídica.³²⁹

En ese sentido, se consolidaría el remplazo del Estado Legal de Derecho por el Estado Constitucional de Derecho y se aceptaría su impacto en la ciencia legal³³⁰ al desempeñar la doble función de mantener el gobierno por primacía de las leyes y no de los hombres, además de dotar al

³²⁷ “La llegada del nacional socialismo a Alemania, cuando Adolfo Hitler controló el Poder Legislativo y pudo expedir leyes contrarias a los derechos de los individuos, particularmente los judíos, como por ejemplo la “Ley de Restauración del Servicio Profesional” que impidió a los judíos trabajar y asistir a escuelas y facultades.” Véase: GARCÍA RICCI, Diego *Estado de Derecho y Principio de Legalidad México*, Comisión Nacional de Derechos Humanos. 2011. p. 41.

³²⁸ GARCÍA PELAYO, Manuel. *op. cit.*, p. 38.

³²⁹ FERRAJOLI, Luigi *Derecho y Garantías - La Ley del Más Débil*. Madrid, Editorial Trotta, Cuarta Edición, 2004. p. 19.

³³⁰ Véase: ATIENZA, Manuel. *Argumentación y Constitución*. En *La Ciencia del Derecho Procesal Constitucional. Estudios en Homenaje de Héctor Fix Zamudio* (Coord. Eduardo Ferrer Mac-Gregor y Arturo Zaldívar) México: Marcial Pons. 2008. pp. 21-54.

sistema de nuevos elementos dados por la supremacía de los derechos fundamentales sobre las leyes y los actos de la autoridad estatal. Como Ferrajoli indica: "(a)nte todo cambian las condiciones de validez de las leyes, dependiendo ya no sólo de la forma de su producción sino también de la coherencia de sus contenidos con los principios constitucionales."³³¹

Con el paso de un Estado Legal de Derecho al Estado Constitucional, la propuesta de alcanzar la articulación entre el Estado y la sociedad tendría que realizarse a través de la Constitución, dado que en ella se manifiestan las relaciones básicas entre poder y derecho de una sociedad.³³² Ahora bien, con la asunción de la Constitución como norma fundamental y jurídica, se plantea la necesidad de desarrollar garantías jurisdiccionales para ella. Es en ese contexto que se instauran los primeros tribunales constitucionales en Austria, Checoslovaquia y más tarde España. Sin embargo, "(...) es sobre todo después de la Segunda Guerra Mundial cuando tales tribunales se establecen en varios países europeos y con ello se consolida lo que podemos llamar Estado Constitucional de Derecho (...)."³³³

2. El segundo elemento que cuestiona la noción de Estado Legal de Derecho estuvo dado por el advenimiento acelerado de la modernidad. Y es que con el advenimiento de la complejidad de la vida social y económica³³⁴ se produjeron transformaciones en la estructura del poder, que llevaron a que se transfiriese desde el parlamento poderes de iniciativa y de regulación al gobierno central y a sus órganos asociados. Fue así que, al cabo de la segunda mitad de siglo XX se extendió el uso de la legislación delegada³³⁵, confiriéndose iniciativa legislativa³³⁶ a otros

³³¹ Véase: FERRAJOLI, Luigi. *Pasado y Futuro del Estado de Derecho*. En Revista Internacional de Filosofía Política Nº 17. 2011. p. 34.

³³² DE CABO MARTÍN, Carlos. *op. cit.*, p. 22.

³³³ GARCÍA PELAYO, Manuel. *op. cit.*, p. 38.

³³⁴ Marcada principalmente por la era de la industrialización, determinó la presencia de problemas complejos como el desplazamiento de poblaciones del campo a la ciudad, el desarrollo de servicios públicos, entre otros.

³³⁵ "La idea de delegación legislativa, para calificar los actos por medio de los cuales el Parlamento autoriza al Ejecutivo para que legisle sobre materias que normalmente corresponden a aquél,..." Véase: QUINTERO A. César. *El Concepto de delegación en cuanto a la función legislativa*. En Anuario de Derecho - Universidad de Panamá. Año I. Nº 1. 1955. p. 19.

órganos del Estado, e incluso, al pueblo. Lo que sucedió en tanto en la misma estructura del Estado estaba permitido. Debe tenerse en cuenta que "(u)n órgano puede cumplir diferentes funciones (el Parlamento, al mismo tiempo que tiene a su cargo funciones legislativas, ejercita también un control y una colaboración respecto del ejecutivo) y la misma función puede ser predicada de diversas instituciones (la función legislativa, fundamentalmente adscrita a las asambleas representativas, también puede ejercerse por los ejecutivos, con y bajo determinadas condiciones). El creciente intervencionismo estatal ha facilitado la interacción entre órganos y la colaboración funcional, llegando a constituir un presupuesto intrínseco al Estado social y democrático de Derecho."³³⁷

En lo que concierne a nuestro país, el artículo 200°, inciso 4 de la Constitución peruana reconoce enunciativamente el rango de ley a otras normas más allá de la puramente legislativa, como son los decretos legislativos. Con ello, el rango de ley se le reconoce a todas "las fuentes a las que se ha calificado como tales, (...) ubican(dose) en el ordenamiento en el grado inmediatamente inferior al que ocupa la Constitución"³³⁸

La ley dejaría de ser poco a poco la norma primaria del sistema jurídico para ser remplazado como máxima garantía por la Constitución. Esto no implica que la ley no sea más una norma primordial del ordenamiento, pues como indicaba Díez - Picazo, sigue ocupando el lugar inmediato después de la Constitución.³³⁹ "No se trata, con ello, de declarar la libre creación judicial del Derecho, ni la rebelión del Juez contra la Ley. La ley

³³⁶ Restrepo indica: "La facultad de presentar proyectos de ley ante las cámaras, y el efecto de darles curso." Véase: RESTREPO MEDINA, Manuel Alberto. *Concepto y titularidad de la iniciativa legislativa*. Bogotá. Vniversitas. N° 118. 2009. p. 232.

³³⁷ FREIXES SANJUAN, Teresa. *La Legislación Delegada*. En: *Revista Española de Derecho Constitucional* Año 10, N° 28. 1990. p. 120.

³³⁸ Sentencia del Tribunal Constitucional del Perú N° 00005-2003-AI/TC del 03 de octubre de 2003, Fundamento 10. No obstante, este concepto no debe ser confundido con la noción de "fuerza de Ley", que como indica Rubio Llorente tiene dos facetas: "En su faceta activa reconoce a la ley la capacidad de innovar, regular o modificar aquellos ámbitos que no le han sido vedados en forma expresa por la Constitución; mientras que en su faceta pasiva reconoce la capacidad de resistencia específica de la ley para no ser modificada ni derogada sino por otras normas que tengan el mismo rango u otra superior." Véase: RUBIO LLORENTE, Francisco. *Rango de Ley, Fuerza de Ley y Valor de Ley. Sobre el problema del concepto de Ley en la Constitución*. En *Revista de Administración Pública* N° 100-102. Madrid. Enero 1983. p. 422.

³³⁹ DIEZ PICAZO, Luis y PONCE DE LEÓN. *Constitución, Ley y Juez*. En *Revista Española de Derecho Constitucional* N° 15. 1985. p. 9.

sigue siendo insustituible, porque (...) es ella misma la expresión del principio democrático.”³⁴⁰ Lo que finalmente sucedería es todo lo contrario: que los nuevos parámetros establecidos con el advenimiento del Estado Constitucional harían necesario complementar el concepto de “legalidad formal” (seguir los conductos por los que se emite una Ley³⁴¹) con el de “legalidad material”, que implica que la ley debe tener un contenido acorde con las normas fundamentales de un ordenamiento legal. Esto implica concebir la legalidad como garantía de derechos. Desde aquel momento tenemos un escenario donde la legalidad tuvo que enmarcarse en la Constitución, estando obligado a ello las múltiples manifestaciones normativas que tengan reconocido aquel mismo rango. En ese sentido, el cumplimiento del principio de legalidad aún se manifiesta en la mayoría de los casos cuando son reguladas materias mediante la ley. Sin embargo, aquel principio no está limitado a exigir la emisión de una norma mediante un procedimiento formal pre-establecido.³⁴²

Finalmente, debe señalarse que no obstante los altibajos sufridos por la ley, esta no ha dejado de estar presente en la realidad jurídica –aunque ya con una connotación diferente– que García Pelayo define mediante una famosa expresión referida a las relaciones entre gracia y naturaleza. Dice el autor: “El Estado Constitucional de Derecho no anula, sino perfecciona el Estado Legal de Derecho”, y añade: “El Estado Constitucional de Derecho mantiene, pues, el principio de legalidad, pero subordina sus formas concretas de manifestarse al principio de constitucionalidad”.³⁴³ Por lo expuesto, el principio de legalidad continúa

³⁴⁰ GARCÍA ENTERRÍA, E. *La Democracia y el lugar de la Ley*. En: Revista Española de Derecho Administrativo N° 92. 1996. p 619.

³⁴¹ O en otros términos, desde una perspectiva penal: “(...) la exigencia de que tenga el rango de Ley la norma que establezca que conductas son constitutivas de delito y cuales sus correlativas penas. Sólo la Ley puede establecer los delitos y las penas; la Ley como reflejo formal de la voluntad popular.” Véase: BOIX REIG, Javier. *El Principio de Legalidad en la Constitución*. En Cuadernos de la Facultad de Derecho. 1983, Vol. 4. p. 9.

³⁴² Véase: SÁNCHEZ GIL, Rubén. *La presunción de constitucionalidad*. En Estudio de Homenaje a Héctor Fix –Zamudio. UNAM, p. 372-373, GARCÍA ENTERRÍA, E. *op. cit.*, p. 36. Sentencia emitida en el Expediente N° 014-2003-AI/TC del 10 de diciembre de 2003. Fundamento 2. Sentencia del Tribunal Constitucional del Perú N° 0041-2004-PI/TC del 11 de noviembre de 2004. Fundamento 8. DALLA VÍA, Alberto Ricardo. *Modelos, Tribunales y Sentencias Constitucionales*. México, Instituto de Investigaciones Jurídicas de UNAM. p. 459. MAYER, O. *Derecho Administrativo Alemán I*. Buenos Aires. De Palma. 1982.

³⁴³ GARCÍA PELAYO, Manuel. *op. cit.*, p. 8.

siendo un valor fundamental del Estado Constitucional que funciona como límite al poder público y que reconoce a ley como el instrumento de certeza o seguridad jurídica por excelencia.

2.2. La garantía de la reserva de ley

Su origen se ubica en Alemania a finales del siglo XIX, en el contexto de la lucha por el poder político entre los intereses de la mayoría y el poder del monarca. Fue gracias a la formulación de este principio que la discrecionalidad de la monarquía quedaría cada vez más limitada.³⁴⁴ Como se ha explicado antes, es una de las manifestaciones del principio de legalidad que por su importancia ha adoptado, en el uso corriente, unos contornos propios. A decir verdad, hoy en día este principio es reconocido como un principio constitucional³⁴⁵ que en nuestro

³⁴⁴ “el pueblo como órgano estatal, fue representado por el Parlamento, y tomó parte en la legislación. Monarca y legislador popular, con iguales derechos de veto, se hallaban contrapuestos: en la legislación se producía la igualación, el dualismo quedó absorbido en la voluntad legal unitaria. Allí dónde acaba el dominio del pueblo sobre la legislación, persistía sin embargo, el derecho ilimitado del Ejecutivo monárquico. Sólo el terreno conquistado por la sociedad estaba iluminado por el Derecho; por lo demás (refiriéndose al Ejecutivo monárquico) imperaba el “no Derecho” Véase: DIETRICH, Jesch *Ley y Administración. Estudio y evolución del principio de legalidad* Madrid. Instituto de Estudios Administrativos. 1978. p. 96).

Aún más, con el advenimiento del Estado liberal se construyó un marco de igualdad social y de libertad civil en el que se implementaría un nuevo sistema político caracterizado en lo esencial por la supremacía de la ley (prioridad suprema de las leyes por encima de los hombres), sin embargo, como indica Rubio Llorente –al analizar el trabajo de Zagrebelsky– el Estado liberal evolucionaría y sería visto como un campo en donde “(...) se erige un sistema jurídico en el que la ley ha perdido el puesto que ocupaba en el Estado liberal. Ya no es el límite que el poder impone a la libertad natural de los individuos (...) es más bien la condición del ejercicio de la libertad de los individuos (...).” Y es que, la doctrina alemana del siglo XIX estableció el dualismo entre ley formal y material. En el caso de la primera, se analiza si un documento reúne ciertos requisitos formales, en particular si cumple con la forma de creación por el órgano legislativo, independientemente de su contenido; mientras que la segunda estaría enfocada en analizar la producción normativa con independencia del órgano que interviene. Véase: GÓMEZ BORRÁS, Margas. *El Derecho de las Lenguas y Las Lenguas de los Derechos*. p. 118. file:///C:/Documents%20and%20Settings/guido/Mis%20documentos/Downloads/RJ_35_I_4.pdf (Visita realizada el 02 de junio de 2014) y RUBIO LLORENTE, Francisco “Il Diritto Mite (Gustavo Zagrebelsky - Einaudi, Turín, 1993)” En: *Revista Española de Derecho Constitucional* Año 14, Nº 40. 1994. p. 428.

³⁴⁴ “(...) el principio de reserva de ley, por el contrario, implica una determinación constitucional que impone la regulación, sólo por ley, de ciertas materias.” Véase: Sentencia del Tribunal Constitucional del Perú Nº 0042-2004-PI/TC del 13 de abril de 2005. Fundamento 9.

³⁴⁵ “(...) el principio de reserva de ley, por el contrario, implica una determinación constitucional que impone la regulación, sólo por ley, de ciertas materias.” Véase: Sentencia

ordenamiento rige, por ejemplo, en materias como las sanciones penales (artículo 2.24 de la Constitución), administrativas y disciplinarias, generación de tributos (artículo 74 de la Constitución), presupuesto público (artículo 77 de la Constitución), recursos naturales (artículo 66 de la Constitución) y derechos fundamentales (artículo 200 de la Constitución) e, incluso, refuerza algunos asuntos a través de la regulación vía ley orgánica que no sólo tiene la condición de garantía para los ciudadanos, sino que se convierte en una útil herramienta para solucionar problemas de competencias.³⁴⁶

El principio de reserva de ley ha mantenido su vigencia en el Estado Constitucional por el principio democrático. Como Fernandois indica para el caso chileno, "(...) la imposición que hace la Carta Fundamental consiste en que determinadas materias solo se traten por ley (...) en zonas de libertad y propiedad, tienen entonces una vocación de garantía, de participación democrática. El desconocimiento o debilitamiento de este mandato, en consecuencia, priva a la comunidad nacional de la oportunidad -querida por el Constituyente- de que los temas más trascendentes para el Bien Común sean debatidos, confrontados y resueltos en el Foro Institucional que le es propio: el Congreso, con la intervención protagónica del mismo Presidente (...) como órgano colegislador".³⁴⁷ Es así que el Parlamento (lugar en donde se concretiza el principio democrático), finalmente, termina conectándose con el principio de reserva de ley, pues el parlamento permite que todos los grupos y opciones políticas lleguen a ésta, quienes en dicho momento tendrán el poder de decidir sobre las medidas que pueden afectar los derechos de los ciudadanos vía ley.

En ese sentido, tal y como Cabo Martín señala, existe un vínculo entre el principio de legalidad (que funciona como el límite al poder público y que finalmente hace que éste deba estar subordinado a la voluntad general

del Tribunal Constitucional del Perú N° 0042-2004-PI/TC del 13 de abril de 2005. Fundamento 9.

³⁴⁶ Diccionario de la Real Academia de la Lengua Española, XXI Edición. Madrid. 1992. p. 1667.

³⁴⁷ FERNANDOIS VOHRINGER, Arturo. *La Reserva Legal: Una Garantía Sustantiva que Desaparece*. En Revista Chilena de Derecho. Vol. 28, N° 2. 2001. p. 288.

expresada en el parlamento) y el principio de reserva legal (que implica una “exigencia reguladora” que se reconoce en determinadas materias sólo al legislador y sobre la base del principio de democrático).³⁴⁸ Sobre esta relación entre principio de legalidad y reserva de ley, nuestro Tribunal Constitucional ha señalado lo siguiente: “(...) no existe identidad entre el principio de legalidad y el de reserva de ley. Mientras que el principio de legalidad, en sentido general, se entiende como la subordinación de todos los poderes públicos a leyes generales y abstractas que disciplinan su forma de ejercicio y cuya observancia se halla sometida a un control de legitimidad por jueces independientes; el principio de reserva de ley, por el contrario, implica una determinación constitucional que impone la regulación, sólo por ley, de ciertas materias. (...)”³⁴⁹. Ahora bien: esto no implica que ambos principios estén fuera de conexión. Todo lo contrario, el principio de legalidad en su contenido implica al de reserva de ley, siendo este último un principio derivado del primero con contenido específico para hacer frente a posibles abusos de autoridad.

Como bien ha explicado Luis María Romero-Flor para el caso del principio de legalidad en el ordenamiento español: “(...) el principio de legalidad representa uno de los logros más significativos de ese “Estado Social y Democrático de Derecho” que proclama el artículo 1.1 CE, al exigir, por un lado, el sometimiento al control de legalidad de la actuación administrativa (principio de legalidad administrativa), y por el otro, la siguiente regla de producción normativa: que sean las normas con rango, valor y fuerza de ley formal (principio de jerarquía normativa) las que contengan la regulación de unas materias constitucionales concretas (principio de reserva de ley), particularmente aquellas que tienen que ver con la intervención del poder público en la esfera de los derechos del individuo. En este sentido, (...) la reserva de ley constituye una concreción del principio genérico de legalidad (...)”³⁵⁰

³⁴⁸ DE CABO MARTÍN, Carlos *op. cit.*, p. 69.

³⁴⁹ Sentencia del Tribunal Constitucional del Perú N° 02689-2004 - AA/TC del 20 de enero de 2006. Fundamento 18.

³⁵⁰ ROMERO-FLOR, Luis María. *La reserva de ley como principio fundamental del derecho tributario*. En: *Derecho y Políticas Públicas* Vol. 15, N° 18. 2013. p. 52.

El uso habitual dogmático hace que aunque el principio de reserva de ley esté comprendido por el principio de legalidad, las referencias sobre el primero –por la importancia que adquiere en diferentes sub-ramas legales– se hacen de forma individualizada, para así no confundirlo con otros efectos implicados en el principio de legalidad. Por ello, cuando el principio de legalidad es utilizado, normalmente es con el fin de referirse a las otras manifestaciones que ésta tiene.

Si tomamos ambos conceptos como independientes (así sea artificialmente)³⁵¹, podremos concluir que ambos principios tienen el mismo fin, es decir, limitar el poder público. Sin embargo, mientras que el principio de legalidad implica un sometimiento a la ley, siempre y cuando sea conforme a la Constitución, el principio de reserva legal advierte de la existencia de un mandato expreso del constituyente para que determinadas materias sólo sean reguladas por ley (ambos funcionan como salvaguardas). En línea con la diferenciación teórica dada por la Corte Constitucional Colombiana, el principio de legalidad tiene como propósito salvaguardar la seguridad jurídica de los ciudadanos, es decir, les permite conocer previamente cuándo y por qué motivos serán sancionados evitando la intervención de la autoridad de modo arbitrario, mientras que el principio de reserva legal garantiza que determinadas materias sólo sean pasibles de ser reguladas por el legislador, que representa la voluntad general.

³⁵¹ Si decimos que es artificioso dividir ambos conceptos del todo, es porque el “menor” de ambos, el principio de reserva de ley con aquella separación, si bien gana claridad de contenido en contraste con el contenido multiforme del principio de legalidad, se ve también en la obligación de ampliar su objeto principal debido a aquel recorte artificial. Es por ello que en estos días se considera que la reserva de ley no sólo tiene la condición de obligación impuesta al legislador, sino también de garantía para el pleno ejercicio de los derechos, teniendo dos rasgos fundamentales: a) La regulación debe realizarse a través de una ley en sentido estricto, es decir, a través de una norma con forma de ley o normas que tengan igual rango que la ley o a través de un tipo específico de leyes. b) La intensidad de la reserva dependerá si la intervención de la ley es más o menos exclusiva, dejando un ámbito de mayor o menor presencia del reglamento. Véase: Sentencia C-133 de 1999. MP Carlos Gaviria Díaz. Consideración de la Corte No 3. Ver igualmente, entre otras, las sentencias C-127 de 1993. C-2465 de 1993 y C-344 de 1996; ARAGÓN REYES, M *El Juez Ordinario entre Legalidad y Constitucionalidad* AFDUAM I, 1997. p. 191; GARCÍA RUÍZ, J. y GIRÓN REGUERA, E. *Sistema Constitucional de Fuentes del Derecho*. En: *Apuntes de Derecho Constitucional I*. 2002. p. 11; FERNANDOIS VOHRINGE, Arturo. *op. cit.*, p. 298 y BASCUÑAN RODRÍGUEZ, Arturo. *El Principio de distribución de competencia como criterio de solución de conflictos de normas jurídicas*. En *Revista Chilena de Derecho*. Número Especial. 1998. p. 43.

Para propósitos de la presente investigación, consideraremos –en línea con el uso dogmático que se ha hecho habitual– que el principio de legalidad y el de reserva legal deben ser utilizados independientemente, siendo uno más amplio que el otro, pero siempre íntimamente relacionados a partir de su función de límites del poder público.

2.3. Principio de legalidad penal

2.3.1. Aspectos preliminares

El propósito del principio de legalidad penal –como principio reconocido por la ciencia legal hace ya varios siglos–³⁵² es de encarnar una garantía indisoluble del ciudadano frente a la acción punitiva del Estado, encontrándose restringida la acción estatal por aquel principio. Al respecto, este principio adquiere contornos particulares en diferentes campos de nuestra disciplina (como es en el Derecho Tributario o el Derecho Administrativo Sancionador).³⁵³

En lo que respecta al Derecho Penal, se puede observar su consagración histórica en la Declaración de Virginia de 1776, que a la letra dice que: “nadie será privado de su libertad sino en virtud de la ley del país y del juicio de sus iguales”, así como en la Declaración Francesa de los Derechos y Deberes de 1789, que establece: “Nadie puede ser castigado sino en virtud de una ley establecida y promulgada con anterioridad al delito y aplicada legalmente”.³⁵⁴ Como bien recuerda Armenta Deu: “Entre

³⁵² Al respecto, véase: RUIZ ROBLEDO, Agustín. *El Principio de Legalidad Penal en la Historia Constitucional Española*. En *Revista de Derecho Político*, Nº 42. 1997. pp. 137-169.

³⁵³ Rodríguez Bereijo señala: “el principio de legalidad tiene la función de garantía individual y de seguridad jurídica frente a las intromisiones arbitrarias de la esfera de la libertad y la propiedad de los ciudadanos.” Véase: RODRÍGUEZ BEREIJO, Álvaro. *Obra Colectiva. Garantías Constitucionales de los Contribuyentes*. Valencia, Tirant lo Blanch, Segunda Edición. 1998. p. 134.

³⁵⁴ Para los revolucionarios franceses, con la influencia de Montesquieu, Voltaire y Rousseau, así como para los juristas de fines del siglo XVIII y comienzos del siglo XIX, como Beccaria y Bentham, la ley era el techo protector de todas las libertades, y el respeto a ella la mejor garantía personal y común. No obstante, Feuerbach realiza una formulación más acabada del principio de legalidad penal: señala que al delito le corresponde una pena legalmente establecida (*nullum crimen sine poena legali*), y que la pena legalmente establecida corresponde a un delito (*nullum poena legali sine crimine*). Este autor era contrario al pensamiento de Hobbes, quien para entonces sostenía que un individuo racional podría

finales del siglo XVIII y a través del XIX, diversos movimientos irán incorporando cambios sustanciales en la orientación del Derecho penal y algo más adelante del enjuiciamiento criminal. La búsqueda de una finalidad a la pena a partir de Beccaria; su fundamento en el contrato social; y la codificación como instrumento que impida la arbitrariedad de los jueces del poder absoluto, fijando los presupuestos formales y materiales de aplicación del Derecho penal, cumplen una función estabilizadora de las condiciones de aplicación del mismo, que consagran una serie de límites abarcados por la máxima "*nullum crimen, nulla poena sine lege*". A esta legalidad del derecho sustantivo corresponde la legalidad del proceso penal: no hay proceso sin ley, el proceso es una regulación legal.³⁵⁵

Este principio implica en el ámbito penal tres postulados: a) *Nullum crimen sine lege previa*); b) *Nullum crimen sine lege scripta* y c) *nullum crimen sine lege certa*.³⁵⁶ Como se observa, el principio de legalidad adopta concreción por la exigencia de que una ley debe mediar antes del establecimiento de penas y restricciones a los derechos de los individuos, encontrándose hoy consagrado en la mayor parte de los textos constitucionales y en una diversidad de instrumentos internacionales, de donde se desprende que cualquier limitación o restricción de derechos

calcular las consecuencias que le reporta cometer un delito, por lo que su concepción de la coerción psicológica preveía que debía existir una legislación precisa en la definición de lo prohibido y de las sanciones. Véase: HERNÁNDEZ ISLAS, Juan Andrés. *Derecho Penal y Filosofía*. Estudios Jurídicos - Tribunal Superior de Justicia en el Distrito Federal. México, UNAM. p. 163; DE AZCARATE, Patricio. *Obras Completas de Platón*. Madrid, Medina y Navarro Editores. 1872. p. 9; GODOY ARCAÑA, Oscar. *Antología de la Política de Aristóteles*. En Estudios Públicos, N° 50. 1990. p. 3; FILMER, Robert *El Patriarca y el Poder Natural de los Reyes*. 1680. Capítulo III; DE CABO MARTÍN, Carlos *Sobre el concepto de la Ley* Madrid. Editorial Trotta. 2000. p. 16 y BLANCO VALDÉS, Roberto. *El Valor de la Constitución* Madrid. Editorial Alianza. 2006. p. 245 y BERTHELEMY, Duez. *Traité Élémentaire de droit constitutionnel*. París. 1933. p. 74; TOMAS Y VALIENTE. *El Derecho Penal de la Monarquía Absoluta (siglos XVI, XVII Y XVIII)*, Madrid, 1969. p. 333; NIETO, X. *El Arbitrio Judicial* Barcelona. 2000. p. 214- 216; QUINTERO OLIVARES, Gonzalo. *La Justicia Penal en España*. Pamplona. 1998. p. 121 y BECCARIA, Cesare. *De los delitos y de las penas*. Bogotá. Themis. 2005. Capítulos IV y V. p. 12.

³⁵⁵ ARMENTA DEU, Teresa. *El proceso penal: nuevas tendencias, nuevos problemas*-<http://noticias.juridicas.com/areas/55Derecho%20Pnal/10Art%20Eculos/200310285515791032279.html> [Consulta: 30/07/14].

³⁵⁶ Véase: KREß, Claus. *Nulla Poena Nullum Crimen Sine Lege*. En: Max Planck Encyclopedia of Public International Law Heidelberg - Oxford University Press 2010. Disponible en: <http://www.uni-koeln.de/jur-fak/kress/NullumCrimen24082010.pdf>. Consulta realizada el 10 de octubre de 2015.

fundamentales debe realizarse mediante ley. Para propósitos prácticos, lo que se considera ley debe ajustarse a lo planteado por la Corte Interamericana de Derechos Humanos en el sentido de que ésta se reduce a una "norma jurídica de carácter general, ceñida al bien común, emanada de los órganos legislativos constitucionalmente previstos y democráticamente elegidos, y elaborada según el procedimiento establecido por las constituciones de los Estados Partes (...)"³⁵⁷

Entonces, el poder sancionador del Estado y todo ámbito que implique limitación de derechos fundamentales, debe reconocer a la Ley como instrumento accionador.³⁵⁸

2.3.2. El contenido constitucional del principio de legalidad penal

El brocardo *nullum crimen, nulla poena sine previa lege* graficó tradicionalmente el principio de legalidad penal. El término fue creado por el penalista alemán del siglo XIX, Paul Von Feuerbach.³⁵⁹ En base a ello, Beccaria sostuvo, refiriéndose a la legalidad penal, que: "sólo el legislador en cuanto representa a toda la sociedad unida por un contrato social puede decretar los delitos y las penas. La legalidad se convierte así en una garantía de libertad de los ciudadanos frente al Derecho de castigar del Estado."³⁶⁰

³⁵⁷ Opinión Consultiva 6/86 de la Corte Interamericana de Derechos Humanos. 09 de mayo de 1986. Téngase en cuenta lo dispuesto por los artículos 30 y 2 de la Convención Americana y la Constitución nacional respectivamente. Artículo 30° de la Convención Americana de Derechos Humanos. "*Las restricciones permitidas, de acuerdo con esta Convención, al goce y ejercicio de los derechos y libertades reconocidas en la misma, no pueden ser aplicadas sino conforme a leyes que se dictaren por razones de interés general y con el propósito para el cual han sido establecidas.*" Artículo 2° inciso 24) literal "b" de la Constitución "(...) No se permite forma alguna de restricción de la libertad personal, salvo en los casos previstos por la ley. Están prohibidas la esclavitud, la servidumbre y la trata de seres humanos en cualquiera de sus formas. (...)".

³⁵⁸ La Corte IDH sostiene: "Siempre que el Estado ejerza su poder sancionador esto supone no sólo el total apego al orden jurídico, sino también la concesión de las garantías mínimas de un Debido Proceso." Ver: Corte Interamericana de Derechos Humanos. Caso ex magistrados destituidos del Tribunal Constitucional vs. Perú, del de enero de 2001, fundamento 68.

³⁵⁹ Roxín sostiene que la formulación que realizará Feuerbach sobre el principio de legalidad surgió en razón de su teoría psicológica que fundamentaba la prevención general. La coacción psicológica tendrá efecto potencial en el autor que de hecho podía saber que su conducta sería castigada. (ROXIN, Claus. *Derecho Penal - Parte General*. Tomo I. p. 90).

³⁶⁰ BECCARIA, C. *De los delitos y de las penas*. Torino, EINAUDI. 1981.

Esta idea se ha mantenido en el tiempo. Refiriéndose a la garantía de la legalidad penal, Roxín indica que: “un Estado de Derecho no sólo debe proteger al individuo mediante el Derecho penal, sino también del Derecho penal. Es decir, el ordenamiento jurídico no sólo debe disponer de métodos y medios adecuados para prevenir el delito, sino que debe imponer límites al empleo de la potestad punitiva para que el ciudadano no quede desprotegido y a merced de una intervención arbitraria del “Estado Leviatán.”³⁶¹ Por su parte, Franz von Liszt calificó la ley penal como la “carta magna del delincuente”, pues consideró que la ley no sólo era fuente de derecho para castigar, sino, asimismo, su límite.³⁶²

Lo importante es que la ley no sólo sería concebida como garantía de los delincuentes, sino de cualquier ciudadano. Al respecto, Roxín indica que sirve para evitar la punición arbitraria y no calculable sin ley o basada en una ley imprecisa o retroactiva.³⁶³ Por lo tanto, el principio de legalidad en materia penal (como en el sentido general de este principio) “(...) nació (...) no sólo como exigencia de seguridad jurídica (que permitiese el conocimiento previo de los delitos y de las penas), sino también –y sobre todo– como garantía de que el ciudadano no podía verse sometido por el sistema y por los jueces a sanciones no admitidas por el pueblo, habida cuenta que el establecimiento de las penas en la ley exigía la participación de la ciudadanía”.³⁶⁴ No obstante, todo este desarrollo garantista implícito en aquel principio, no significa que el juez no tiene cierto campo de discrecionalidad, sobre todo para los denominados casos difíciles. La complejidad de la realidad y las limitaciones propias del Derecho harían que se acepte la eventualidad de que el juez tenga esa

³⁶¹ ROXIN, Claus *op. cit.*, p. 137.

³⁶² LISZT, Franz von. *Tratado de Derecho Penal*. traducido por Quintiliano Saldaña/Jiménez de Asúa y adicionado con la historia del derecho penal en España, por Quintiliano Saldaña, Madrid, 1929, Tomo II. p. 455.

³⁶³ ROXIN, Claus *op. cit.*, p. 137.

³⁶⁴ FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, Dolores. *Los Límites de Ius Puniendi*. En Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales (Madrid). Tomo XLVII. 1994. p. 91.

posibilidad, pero siempre en conformidad con la legalidad exigible como mínimo para la protección de las personas.³⁶⁵

En el caso peruano,³⁶⁶ la Constitución, en su artículo 2, inciso 24 literal d) consagra la legalidad penal, señalando que nadie puede ser procesado ni condenado por una acción u omisión que al tiempo de su realización no esté previamente previsto en la Ley, ni sancionado con pena que no esté previsto en la Ley. De igual modo, esto se consagra en el artículo II del Título Preliminar del Código Penal.³⁶⁷

Según se formula en nuestro ordenamiento, el principio de legalidad penal constituye tanto un principio como un derecho³⁶⁸, encontrándose este punto ratificado por el Tribunal Constitucional nacional, cuando indicó que: "(...) como principio informa y limita los márgenes de actuación de los que dispone el poder legislativo al momento de determinar cuáles son las conductas prohibidas, así como sus respectivas sanciones. Y como

³⁶⁵ Al respecto, véase: LÓPEZ BETANCOURT, Eduardo y FONSECA, Roberto. *Legalidad y Discrecionalidad* en Materia de Justicia Penal. En *Iter Criminis* – Revista de Ciencias Penales N° 8, 5ta Época. 2012. pp. 157-182.

³⁶⁶ Se considera su inclusión en la normatividad nacional desde la Constitución de 1828, aunque hacía referencia a que nadie podía ser obligado a hacer lo que la ley no manda ni impedido de hacer lo que ella no prohíbe. Luego, en el Proyecto de Lorenzo Vidaurre no se prevé en forma explícita el principio de legalidad, pero se indicaba que la acusación debía contener la ley que se había quebrantando. En el Código Penal de 1863 se disponía que "las acciones u omisiones voluntarias y maliciosas penadas por Ley, constituyen los delitos y faltas". Y en el Código Penal de 1924 se recogía en el artículo 2°: "nadie será condenado a sufrir pena alguna que no esté sancionada en la Ley, ni sufrir pena distinta de la que la Ley señalar para la infracción juzgada", mientras que su artículo 3° indicaba: "nadie será condenado por acto u omisión que al tiempo de cometerse no estuviera calificado en la Ley de manera expresa e inequívoca como infracciones punibles."

³⁶⁷ La Constitución peruana de 1828 recogió por primera vez, en su artículo 150° el principio de legalidad, cuando en forma clara y categórica indica "ningún peruano está obligado a hacer lo que la ley no manda ni impedido de hacer lo que ella no prohíbe". En el Código Penal de 1914 se recogió en su artículo 2°, al señalar: "Nadie será condenado a sufrir pena alguna que no esté sancionada en la Ley, ni a sufrir pena distinta de la que la ley señala para la infracción juzgada"; y también en su artículo 3°: "Nadie será condenado por acto u omisión que al tiempo de cometerse no estuviera calificado en la Ley de manera expresa e inequívoca como infracciones punibles".

³⁶⁸ Como indica García Cantizano respecto a este principio en nuestro ordenamiento: "Desde este punto de vista, el principio de legalidad en materia penal, en el ámbito del ordenamiento jurídico peruano, no sólo constituye un mero principio general, como tal previsto en el Título Preliminar del Código Penal, sino que adquiere la naturaleza jurídica de disposición constitucional de carácter fundamental, y como tal vinculante para todos los Poderes del Estado implicados en garantizar su eficacia, especialmente, el Poder Legislativo, en tanto le obliga a dictar normas que satisfagan todas las exigencias que impone una eficaz aplicación del mismo, las mismas que se reducen directamente del tenor con el que nuestro constituyente lo describe". Ver: GARCÍA CANTIZANO, María del Carmen. *Algunos Alcances del Principio de Legalidad en el Ámbito del Ordenamiento Jurídico Peruano*. En *Revista Peruana de Doctrina y Jurisprudencia Penales* N° 5. 2004. p. 141.

derecho subjetivo, garantiza a toda persona sometida a un proceso penal o procedimiento sancionador que lo prohibido esté previsto en una norma previa, estricta y escrita y que la sanción se encuentre previamente establecida en la norma jurídica.”³⁶⁹

La definición asumida por nuestro Tribunal Constitucional tiene como base el desarrollo doctrinario que ha tenido este principio, pero siempre desde la visión de un límite para el poder del Estado y una garantía para los ciudadanos. Al respecto, desde la perspectiva constitucional, Landa Arroyo sostiene que: “el principio de legalidad implica, prima facie: 1) la prohibición de tipos penales en blanco y abiertos, 2) la prohibición de leyes violatorias de los derechos fundamentales (a la justicia, a la verdad, al debido proceso y la tutela judicial); 3) la prohibición de la analogía respecto a las normas penales (artículo 139.9 de la Constitución); y 4) la exigencia de que el delito y la pena estén determinados por la norma que tenga rango de ley, (...)”.³⁷⁰

Entonces, en la dogmática penal³⁷¹ ya es incuestionable que el principio de legalidad implica cuatro contenidos penales o, en lenguaje de Roxín, cuatro consecuencias plasmadas en prohibiciones: a) La prohibición de la analogía; b) La prohibición del derecho consuetudinario para fundamentar o agravar la pena (es decir, se necesita ley escrita); c) La prohibición de la retroactividad y la d) La prohibición de leyes penales indeterminadas o imprecisas.³⁷² A continuación, procedemos a desarrollar el contenido y las prohibiciones implícitas en el principio de legalidad penal.

³⁶⁹ Sentencia del Tribunal Constitucional del Perú N° 2758-2004-PI/TC. Sentencia del 23 de noviembre de 2004. Fundamento 3.

³⁷⁰ LANDA AROYO, César. *Interpretación Constitucional y Derecho Penal*. En Anuario de Derecho Penal. 2005, p. 96.

³⁷¹ BACIGALUPO ZAPATER. *Principios del Derecho Penal*. Cuarta Edición, 1997, p. 44; JIMENEZ DE ASUA, Luís. *Tratado de Derecho Penal*. Tomo II. Filosofía y Ley Penal. Buenos Aires, Editorial Lozada, 1950. MORILLAS CUELLAR, Lorenzo y RUÍZ ANTÓN, L. *Manual de Derecho Penal – Parte General*, Editoriales de Derecho Reunidas, Madrid, 1992. p. 5; MUÑOZ CONDE, Francisco. *Introducción al Derecho Penal* Barcelona, Bosh, p. 79; PEÑA CABRERA, Raúl. *Tratado de Derecho Penal. Estudio Programático de la Parte General*. Lima – Grijley. 1994, p. 201; entre otros.

³⁷² ROXIN, Claus. *Tratado de Derecho Penal. Parte General*. Traducción de LUZÓN PEÑA, Manuel. Civitas, 1997. p. 140.

a) Ley penal escrita

Según esta manifestación del principio de legalidad, la única fuente generadora de delitos, faltas y penas es la ley penal escrita. Por consiguiente queda excluido el recurso a la costumbre. Bacigalupo sostiene que: "(...) la costumbre queda apartada del catálogo de posibles fuentes del Derecho Penal. Con ello se busca evitar la incertidumbre que derivaría de la imprecisión y falta de conocimiento general que puede tener aquélla (lo cual no impide que tenga una relevancia – ciertamente escasa)."³⁷³

Aun así, es necesario reconocer ciertas excepciones, como sucede con el error de comprensión culturalmente condicionado³⁷⁴ (como causa excluyente de culpabilidad)³⁷⁵ o la existencia de un fuero comunal³⁷⁶, por el que se reconocen en ciertos estados un pluralismo cultural de la mano del reconocimiento de ciertas normas consuetudinarias comunales; o – dado las particularidades del Derecho Internacional– el Estatuto de la Corte Internacional de Justicia³⁷⁷, que contempla la costumbre

³⁷³ BACILAGUPO ZAPATER. *Principios del Derecho Penal*. Cuarta Edición, 1997. p. 81;

³⁷⁴ Artículo 15° del Código Penal: "El que por su cultura o costumbres comete un hecho punible sin poder comprender el carácter delictuoso de su acto o determinarse de acuerdo a esa comprensión, será eximido de responsabilidad. Cuando por igual razón, esa posibilidad se halla disminuida, se atenuará la pena."

³⁷⁵ Es posible oponer la costumbre como causa de exclusión de culpabilidad debido a que existen prácticas en determinadas comunidades que son *contra legem*. Esto se puede advertir, por ejemplo, cuando se observa que en la comunidad Shipibo – Conibo el 2.3% de adolescentes de 12 a 14 años ya son madres y en el caso de la comunidad de los Yaguas el 40% de adolescentes de 15 a 19 años son madres, ello debido a reglas consuetudinarias de iniciación sexual a temprana edad, que vistas desde el Derecho Penal, algunas de estas conductas constituirían violación sexual de menores. Véase: CUEVA, ZAVALETA, Jorge. *Colisión de la Ley Penal y la Costumbre en los delitos de violación sexual de menores de edad cometidos por los integrantes de las comunidades nativas de la cuenca del Amazonas*. En Revista Oficial del Poder Judicial 1/2. 2007. p. 171.

³⁷⁶ Artículo 149° de la Constitución: "Las autoridades de las Comunidades Campesinas y Nativas, con el apoyo de las Rondas Campesinas, pueden ejercer las funciones jurisdiccionales dentro de su ámbito territorial de conformidad con el derecho consuetudinario, siempre que no violen los derechos fundamentales de la persona. La ley establece las formas de coordinación de dicha jurisdicción especial con los Juzgados de Paz y con las demás instancias del Poder Judicial."

³⁷⁷ Conforme al artículo 38 del Estatuto de la Corte Internacional de Justicia, las fuentes del derecho internacional son las siguientes: (i) las convenciones internacionales, ya sean generales o particulares, que establecen las reglas expresamente reconocidas por los Estados que las suscriben; (ii) la costumbre internacional como prueba de una práctica generalmente aceptada como derecho; (iii) los principios generales de derecho reconocidos por las naciones civilizadas; y (iv) las decisiones judiciales y las doctrinas de los publicistas de mayor competencia de las distintas naciones, como medio auxiliar para la determinación de las reglas de Derecho.

internacional que en ciertos otros tribunales ha llevado a establecer la existencia de delitos y la punición de lesa humanidad y crímenes de guerra vía costumbre internacional; o la interpretación que se realiza por esta misma razón respecto al artículo 15°.2 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos.³⁷⁸

Salvo aquellas excepciones, mediante el principio de legalidad se privilegia la seguridad mediante las garantías propias del derecho escrito, pero además se garantiza el alcance general de tales medidas restrictivas dada la publicidad que adquiere la ley³⁷⁹, cuestión que la costumbre solo podría cumplir si está circunscrita a un grupo culturalmente homogéneo y reducido.

b) Ley penal previa

Según esta segunda manifestación del principio de legalidad, sólo puede condenarse a un individuo por un acto u omisión que al tiempo de su comisión haya estado tipificado como delito. Se aplica como regla general el principio de *tempus delicti commissi*, es decir, la ley penal no se aplica a hechos anteriores a su vigencia, pues el agente u autor del mismo no tenía motivos para evitarlos. Esta garantía deriva de la convicción de que "(...) todo individuo de antemano debe saber cuáles son las posibles consecuencias de sus actos, y la Constitución debe asegurar la confianza del ciudadano frente a imprevisibles o arbitrarios cambios del legislador

³⁷⁸ Artículo 15° del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos: "(...) 2. Nada de lo dispuesto en este artículo se opondrá al juicio ni a la condena de una persona por actos u omisiones que, en el momento de cometerse, fueran delictivos según los principios generales del derecho reconocidos por la comunidad internacional."

³⁷⁹ La publicidad es una condición de la vigencia de las normas, momento desde el cual la norma tiene efectos obligatorios para los ciudadanos. Nuestro Tribunal Constitucional ha establecido su relación con la seguridad jurídica, pues sólo se podrán asegurar las posiciones jurídicas de los ciudadanos, su posibilidad de ejercer y defender sus derechos, y la efectiva sujeción de estos y de los poderes públicos al ordenamiento jurídicos, si los destinatarios de las normas han tenido una efectiva oportunidad de conocerla. Véase: Sentencia del Tribunal Constitucional del Perú N° 0017-2005-PI/TC del 22 de enero de 2007. Fundamentos 2 - 7.

susceptibles de ser aplicados retroactivamente o con absoluto desprecio del pensamiento inherente a la garantía de generalidad de las leyes.”³⁸⁰

La imposibilidad de aplicar leyes penales a hechos anteriores³⁸¹ tiene sustento en la seguridad jurídica. Por lo demás, si a la ley penal se le atribuye una función de motivación, resulta lógico que preceda al comportamiento regulado.³⁸² Además, se busca limitar el *ius punendi* estatal porque de otro modo el ciudadano estaría en un constante estado de incertidumbre sobre su responsabilidad.

Por lo tanto, resulta intolerable la aplicación retroactiva de restricciones a derechos fundamentales vía el derecho penal; pero aun así ciertas excepciones han sido consagradas a nivel constitucional. En ese sentido, el artículo 103 de nuestra norma fundamental, consagra: “Pueden expedirse leyes especiales porque así lo exige la naturaleza de las cosas, pero no por razón de las diferencias de las personas. 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.” De aquí que es posible la retroactividad benigna cuando existe un conflicto de leyes penales en el tiempo, siendo posible que el juez elija aquella que más beneficia al reo. Se sostiene que esta excepción ya no se fundamenta en la idea de la seguridad jurídica ni del principio de legalidad, sino en la idea de justicia material.³⁸³

³⁸⁰ RUÍZ ANTÓN, Luís Felipe. *El Principio de Irretroactividad de la Ley Penal en la Doctrina y Jurisprudencia*. En: *Jornadas de Protección Jurisdiccional de los Derechos Fundamentales y Libertades Públicas* Cáceres, 1989. p. 152.

³⁸¹ COBO DEL ROSAL, Manuel y VIVES ANTON, Tomas *Derecho Penal – Parte General*, Valencia, 1987. p. 63; BUSTOS RAMÍREZ, Manuel *Derecho Penal – Parte General*, p. 71. CERESO MIR, José, *Curso de Derecho Penal Español* Madrid. 1981. p. 221; QUINTERO OLIVARES, Gonzalo *Derecho Penal – Parte General*, Barcelona 1986. p. 72.

³⁸² HASSEMER, Windfried *Fundamentos del Derecho Penal* (Traducción y notas del MUÑOZ CONDE, F. y ARROYO ZAPATERO) Barcelona. 1984. p. 320.

³⁸³ Efectivamente en distintos momentos, sea durante el proceso penal cuando corresponda emitir la sentencia o en la ejecución penal, se puede advertir que el Estado puede girar la política criminal para disminuir las penas o tener condiciones punitivas menos severas o para considerar la abolición de una conducta ilícita bajo la consideración que su intervención punitiva ya no es necesaria. Si se presenta este cambio, el sujeto de la imputación penal tiene el derecho de invocar la aplicación de las nuevas reglas al ser más favorables, y ello obedece a un criterio básico como el que el Estado y todo lo establecido gira en torno al respeto y

Y es justo aquí donde una posible fricción podría surgir, es decir, entre la exigencia antes mencionada y posibles sentencias normativas del Tribunal Constitucional (que recayeran sobre materia penal), en tanto éstas podrían declarar inconstitucional la tipificación de un delito o cambiar su interpretación hacia una más favorable, lo que hace que dicha interpretación sea aplicable retroactivamente. Este punto será desarrollado más adelante: en este momento solo basta decir que la actividad “innovadora” de los tribunales constitucionales en el sistema legal no es un fenómeno exclusivo de nuestra jurisdicción, sino que por el contrario se trata de un fenómeno que viene produciéndose en diferentes sistemas legales. Para mencionar solo un ejemplo, en Colombia se conoce que ciertas sentencias pronunciadas por su Corte Constitucional han presentado ciertos efectos retroactivos, como en materia tributaria o incluso prospectivo en materias de detención.³⁸⁴

c) Ley penal cierta

Según este tercer elemento del principio de legalidad, un delito debe definirse de forma inequívoca y clara para que así lo sea también la conducta a ser sancionada, siendo indispensable esto para la seguridad jurídica y la protección frente a los excesos punitivos.

Esta manifestación del principio de legalidad exige que el legislador evite dejar la determinación final del tipo penal en terceros (en otras manos que no sean del legislador). Dicho mandato se traduce en la obligación de definir la conducta a sancionar, así como la pena, de forma clara e inequívoca. Y, aunque dicho mandato no es absoluto, en tanto que al estar constituidas por normas y por enunciados lingüísticos es posible que convivan en ella términos vagos e imprecisos o términos normativos que requieran una definición en otra área del Derecho, lo cierto es que esto

promoción de la dignidad y los derechos fundamentales del ser humano. Véase: LASCURAIN. *Sobre la retroactividad penal favorable*. Madrid. 2000. p. 25.

³⁸⁴ Al respecto, véase: VARGAS HERNÁNDEZ, Clara. *La Función Creadora del Tribunal Constitucional*. En Derecho Penal y Criminología – Revista del Instituto de Ciencias Penales y Criminológicas. Vol. XXXII, N° 92. 2011. pp. 13-33.

debe evitarse (Ley penal en blanco),³⁸⁵ siendo en algunos casos el juez quien determina el cumplimiento de este requisito en un caso concreto.³⁸⁶

Como puede observarse, la exigencia de "*lex certa*" no se entiende en el sentido de exigir al legislador una claridad y precisión absoluta en la formulación de los conceptos legales en tanto la propia naturaleza del lenguaje implica cierta ambigüedad y vaguedad, por lo que se admite cierto grado de indeterminación.³⁸⁷ Como señala Cury: "(...) ni siquiera las formulaciones más precisas, las más casuísticas y descriptivas que se puedan imaginar, llegan a dejar de plantear problemas de determinación en algunos de sus supuestos, ya que siempre poseen un ámbito de posible equivocidad. Por eso se ha dicho, con razón, que "en esta materia no es posible aspirar a una precisión matemática porque ésta escapa incluso a las posibilidades del lenguaje".³⁸⁸

En este elemento está comprendido el denominado sub-principio de taxatividad o tipicidad, según el cual "no basta que la criminalización primaria se formalice en una ley, sino que la misma debe hacerse en forma taxativa y con la mayor precisión técnica posible."³⁸⁹ La taxatividad exige que las conductas a ser sancionadas estén formuladas en términos precisos. Para Moreso, ello supone dos exigencias, a decir: "a) una reducción de la vaguedad de los conceptos usados para determinar los comportamientos penalmente prohibidos, y b) una preferencia por el uso de conceptos descriptivos frente a los valorativos."³⁹⁰ Por su parte, Ferrajoli considera que lo adecuado es el uso de conceptos descriptivos

³⁸⁵ Es una técnica legislativa que permite que las normas penales que excepcionalmente no expresan completamente los elementos del supuesto de hecho, esto es, que la norma primaria esté incompleta, se remitan a otra u otras normas completen el precepto penal. Véase: MIR PUIG, Santiago *Derecho Penal – Parte General* Buenos Aires, Editorial IBdeF. 2005. p.76.

³⁸⁶ "El Derecho Penal admite la posibilidad que existan tipos penales que frente a la indeterminación, especialmente, en conceptos valorativos, el juzgador tenga la labor de complementarlo mediante la interpretación." Véase: Sentencia del Tribunal Constitucional del Perú N° 010-2002-AI/TC del 03 de enero de 2003.

³⁸⁷ Ídem., Fundamento 46.

³⁸⁸ CURY URZUA: Enrique: *La ley penal en blanco*. Temis, Bogotá. 1988. p. 69.

³⁸⁹ ZAFARONI, Eugenio y otros. *Derecho Penal – Parte General*. Buenos Aires, Editorial EDIAR. 2005. p. 116.

³⁹⁰ MORESO, Juan José. *op cit.*, p. 9.

en las normas penales, sobre los cuales es posible establecer su verdad o falsedad, lo que no sucede con conceptos valorativos.³⁹¹

Por ejemplo, una imprecisión (que sin embargo no generó fricciones porque fue advertido por el legislador) se encontró en el tipo penal previsto en el artículo 374 del Código Penal, que establecía: "El que amenaza, injuria o de cualquier otra manera ofende la dignidad o el decoro de un funcionario público a causa del ejercicio de sus funciones o al tiempo de ejercerlas, será reprimido con pena privativa de libertad no mayor de tres años. Si el ofendido es Presidente de uno de los Poderes del Estado, la pena será no menor de dos ni mayor de cuatro años." Este tipo penal fue derogado en el año 2003 por la Ley N° 27975, considerándose imprecisa la descripción típica, puesto que incluía la fórmula abierta "o de cualquier otra manera ofende la dignidad o el decoro de un funcionario", lo que dejaba en manos de los jueces el determinar discrecionalmente el término "cualquier conducta". Este caso ejemplifica que los enunciados normativos en materia penal no siempre son exactos y en algunos casos, por la ambigüedad o la indeterminación de algunos términos, se ve ampliada la intervención de jueces en tanto estos se ven obligados a dotar de precisión a sus contenidos. Esto de ningún modo, llega al grado de generar una indeterminación que termine afectando al ciudadano, porque de lo contrario no habría claridad sobre qué conductas están prohibidas y la sanción que correspondería de infringir la ley.³⁹²

³⁹¹ Es así que en el homicidio la conducta descrita "matar a otro" implica un juicio de hecho, verificable; en cambio "el que ofende el pudor" implica un juicio de valor, que nos va conducir a un juicio subjetivo y meramente discrecional. Precisamente, un ejemplo que se ha presentado en nuestro país y que desarrollares más adelante, es la tensión que se generó entre el legislador y el Tribunal Constitucional por la revisión constitucional de la tipificación de apología al terrorismo³⁹¹ que fue considerada en su momento inconstitucional por encontrarse formulada en términos vagos e imprecisos, como se observa a continuación: "Será reprimido con pena privativa de libertad no menor de seis ni mayor de doce años, el que públicamente a través de cualquier medio hiciere la apología del terrorismo o de la persona que lo hubiere cometido (...)". FERRAJOLI, Luigi *Derecho y Razón - Teoría del Garantismo Penal* Roma. Editorial Laterza. 1989. pp. 94 - 107 y FIANDACA, Giovanni. *La legalità penale negli equilibri del sistema politico - costituzionale*. En Foro Italiano. Roma, 2000. p. 137.

³⁹² En efecto, como señala Bacigalupo: "El grado de indeterminación será inadmisibles, si ya no permita a los ciudadanos conocer qué comportamientos están prohibidos y cuáles están permitidos." En esa medida, corresponde preguntarse ¿cuál es el límite de lo admisible?; desde el punto de vista constitucional, quedará sobrepasado en aquellos casos en que el tipo legal no contenga el núcleo fundamental de la materia de prohibición y, por lo tanto, la

Solo cabe agregar que sobre esta manifestación del principio de legalidad, se pronunció la Corte Interamericana de Derechos Humanos, al analizar los delitos militares. Al respecto, sostuvo que: "(...) las normas penales militares deben establecer claramente y sin ambigüedad quienes son militares, únicos sujetos activos en los delitos militares, cuáles son las conductas delictivas típicas en el espacial ámbito militar (...)"³⁹³

Por tanto, de presentarse una ausencia en la prolijidad en la labor legislativa, además de afectarse la garantía de los ciudadanos a una ley penal cierta, se generarían problemas de interpretación para los operadores penales (jueces y fiscales), los cuales tendrán problemas para efectuar los juicios de subsunción y también dificultades probatorias.

d) Ley penal estricta

La norma penal debe contener todos los elementos dirigidas a determinar la pena (y demás consecuencias jurídicas de un acto ilícito). Esto implica que la norma penal debe contener todos los elementos del tipo y de la culpabilidad, así como las causas personales de exclusión y anulación de la pena, las condiciones objetivas de punibilidad y todas las sanciones.³⁹⁴ Lo antes indicado es la concreción del requisito de la ley penal estricta, que implica que la norma penal debe ser completa, por lo que está prohibida: a) La analogía en materia penal³⁹⁵ y b) El uso de una interpretación extensiva.³⁹⁶ Ambas prohibiciones van dirigidas a impedir

complementación ya no sea solo cuantitativa, sino eminentemente cualitativa. Véase: BACIGALUPO, Enrique *Manual de Derecho Penal, Parte General* Temis. Bogotá, 1989, p.35; BUSTOS R., Juan. *Introducción al Derecho Penal*. Temis. Bogotá, 1986, p. 62 y VILLAVICENCIO TERREROS, Felipe. *Lecciones de Derecho Penal - Parte General*. Cultural Cuzco S.A. Editores. Lima. 1990. p.61.

³⁹³ Corte Interamericana de Derechos Humanos. Caso Palamara Iribarne vs. Chile del 22 de noviembre de 2005. Fundamento 126.

³⁹⁴ HANSHEINRICH, Jescheck. *Tratado de Derecho Penal - Parte General*. Granada, Editorial Comares. Granada - España, 1993, p 121.

³⁹⁵ En la analogía, el aplicador no dispone de una norma que regule el caso, por lo que trabaja sobre la base de uno similar que tiene regulación jurídica y extiende a aquél las consecuencias establecidas para éste. Véase: SUÁREZ ELOY, Emiliano. *Introducción al Derecho*. Santa Fe, Universidad Nacional del Litoral, 2004. p. 223.

³⁹⁶ En la interpretación extensiva el operador cuenta con una norma que regula el caso sobre la que realiza la interpretación. Se extienden las consecuencias de la norma a casos que el enunciado no prevé. Ver: SUÁREZ ELOY, Emiliano. *op. cit.*, p. 223.

que a un supuesto no regulado se le apliquen normas que regulan hechos similares o semejantes,³⁹⁷ pues aquella actividad podría caer en arbitrariedad e indeterminación. Su importancia es tal, que la observancia de la estricta legalidad penal es una garantía que se reconoce en forma unánime en la doctrina contemporánea.³⁹⁸

Es en ese sentido que otros principios generales del derecho, como el principio de que los jueces no pueden dejar de administrar justicia por defecto o deficiencia de la ley (*non liquet*)³⁹⁹, cuando involucre materia penal, quedarán matizados, pues a diferencia de otras áreas del Derecho –en donde es posible que ante un vacío o laguna⁴⁰⁰ se pueda acudir a los principios generales del derecho y a la analogía–⁴⁰¹, en el Derecho Penal esto queda prohibido y proscrito. Esto está expresamente establecido en los artículos 2.24 literal d) y 139.9 de la Constitución. De igual manera,

³⁹⁷ “Analogía es trasladar una regla jurídica a otro caso no regulado en la ley por la vía del argumento de la semejanza (de los casos)... para un supuesto que sólo sea similar al regulado en la ley, no está fijada o determinada legalmente la punibilidad” Ver: CLAUS, Roxin. *op. cit.*, p.140.

³⁹⁸ “...los aportes de JAKOBS al presentar la ley penal preexistente como ‘garantía de objetividad’ para los ciudadanos y al precisar que está prohibida en derecho penal toda ‘generalización’ del texto, porque esto amplía el ámbito de lo punible y por tanto desplaza o usurpa la competencia privativa del legislador. Al tratarse de un reconocimiento desde la otra orilla, se puede sostener que al respecto existe unanimidad en la dogmática contemporánea”. Véase: FERNÁNDEZ CARRASQUILLA, Juan. *Derecho Penal Fundamental*. Bogotá, Grupo Editorial Ibáñez, 2004. p.194.

³⁹⁹ Artículo 139.8 de la Constitución: “(...) El principio de no dejar de administrar justicia por vacío o deficiencia de la ley. (...)”

⁴⁰⁰ “(...) se acredita la ausencia absoluta de norma; cuando, a pesar de la existencia de prescripción jurídica, se entiende que esta se ha circunscrito a señalar conceptos o criterios no determinados en sus particularidades; cuando existe la regulación jurídica de una materia, pero sin que la norma establezca una regla específica para solucionar un área con conflicto coexistencial; cuando una norma deviniese en inaplicable por haber abarcado casos o acarrear consecuencias que el legislador histórico no habría establecido de haber conocido aquellas o sospechado estas; cuando dos normas sin referencia mutua entre sí –es decir en situación de antinomia indirecta– se contradicen en sus consecuencias jurídicas, haciéndose mutuamente ineficaces; cuando, debido a nuevas circunstancias, surgiesen cuestiones que el legislador histórico no tuvo oportunidad de prever en la norma, por lo que literalmente no están comprendidas en ella, aunque por su finalidad pudieran estarlo de haberse conocido anteladamente; y cuando los alcances de una norma perteneciente al bloque de constitucionalidad no producen en la realidad efectos jurídicos por razones de ocio legislativo.” Véase: Sentencia del Tribunal Constitucional del Perú N° 0024-2003-PI/TC del 10 de octubre de 2005.

⁴⁰¹ Sentencia del Tribunal Constitucional del Perú N° 01645-2010-PHC/TC del 12 de enero de 2011. Fundamento 14. Sobre este último punto, Del Vecchio señala: “Merced de la analogía, el ámbito de aplicación de la leyes se extiende más allá del repertorio de casos originariamente previstos, con tal de que se trate de supuestos similares o afines a ellos, siempre que la ratio legis valga igualmente para los unos y para los otros”. Véase: DEL VECCHIO, Giorgio. *Los Principios Generales del Derecho*. 3ra. Edición. Barcelona: Bosch. 1979. p. 54.

esto ha sido recogido en los principales instrumentos sobre derechos humanos.⁴⁰² Aun así, este principio no siempre es aplicado por los jueces, por lo que no es difícil encontrar sentencias constitucionales que analicen la legalidad de una interpretación extensiva aplicable a una norma penal.

Sobre lo último expuesto, el Tribunal Constitucional nacional lo analizó, en el caso de la Sentencia N° 01645-2010-PHC/TC, ocasión en que los jueces Callirgos y Álvarez Miranda, en votos singulares, indicarían: "(c)omo es evidente, por las consideraciones expuestas (...) es necesario determinar si (...) un administrador se encontraba regulada en el tenor literal del artículo 198° del Código Penal al momento en que se cometieron los hechos delictivos, o si, por el contrario, nos situamos inmersos en un supuesto no regulado y, por tanto, en una laguna jurídica del sistema donde, como es consabido, existe un veto expreso de la Constitución a la aplicación de la analogía in *malam partem*"⁴⁰³. Luego añadirían: "el juicio de comparación, entonces, realizado por la jueza emplazada entre el sujeto "administrador", al cual hace alusión el artículo 198° del Código Penal, y el sujeto, quien "sin ser administrador, ejerce funciones similares", es inconstitucional, en la medida en que tiene como finalidad, por la vía del razonamiento analógico, ampliar una prohibición a un supuesto no específicamente contemplado en el precepto penal de fraude en la administración de personas jurídicas, lo cual deviene, en nuestra opinión, en una extralimitación de los márgenes normales de la libre interpretación judicial y aplicación de la ley penal."⁴⁰⁴

⁴⁰² Está prevista en el artículo 11 numeral 2 de la Declaración Universal de los Derechos Humanos, artículo 9 de la Convención Americana de Derechos Humanos y en el artículo 15 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos. Debe agregarse que la ley penal no debe aplicarse a los supuestos que no estén previstos en su texto, en el entendido que se trata de una prohibición para evitar la aplicación analógica en su connotación *malam partem* (sentido negativo); sin embargo, existe la posición que considera que la prohibición de la analogía no es absoluta, puesto que podría aplicarse en sentido positivo, es decir, *bonam partem*. Véase: ATIENZA, Manuel. *Analogía y Derecho Penal*. En Diario el País, del 06 de abril de 1989, en sección de opinión; MIR PUIG, Santiago. *Derecho Penal - Parte General*. Barcelona. Séptima Edición. 2004. p.145 y BALDO LAVILLA, Francisco. *Estado de Necesidad y Legítima Defensa*. Barcelona, 1994. p. 382.

⁴⁰³ Sentencia del Tribunal Constitucional de Perú N° 01645-2010-PHC/TC, Fundamento 20. Del 12 de enero de 2011.

⁴⁰⁴ Sentencia del Tribunal Constitucional de Perú N° 01645-2010-PHC/TC del 12 de enero de 2011. Fundamento 26.

3. LAS FRICCIONES GENERADAS A PARTIR DE LA JURISPRUDENCIA DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL DEL PERÚ

Las decisiones del Tribunal Constitucional siempre han tenido un gran impacto en la sociedad nacional (lo cual ha dependido de su mayor o menor independencia del poder político de turno).⁴⁰⁵ Respecto al control constitucional realizado por nuestro Tribunal Constitucional sobre las normas penales, Landa ha señalado lo siguiente: “El Tribunal Constitucional realizando una interpretación constitucional no formalista sino institucional, realiza una labor de argumentación considerando que la Constitución es una norma de carácter político pero también de naturaleza jurídica. Esto tiene la finalidad de resguardar el cumplimiento del principio de supremacía y de la fuerza normativa de la Constitución. La interpretación institucional, pues, le ha permitido al Tribunal asumir un rol positivo frente a fenómenos que –como el terrorismo, narcotráfico y corrupción – ponen entredicho no sólo el sistema penal, sino también el orden democrático y constitucional.”⁴⁰⁶

Si bien lo indicado por Landa es correcto –en tanto la Constitución tiene carácter normativo y establece un marco de actuación para todos los poderes públicos–, corresponde interpretar las disposiciones ordinarias considerando los límites, fines y valores constitucionalmente establecidos. Y es justamente las características de aplicación e interpretación de las normas penales frente a las normas constitucionales lo que nos conduce a aplicar métodos distintos, en tanto que algunas de esas normas son abiertas y admiten la extensión (la constitucional), mientras las otras son cerradas y pretenden la aplicación de la regla de forma limitada según el texto normativo (la penal). Es por esta razón que pretendemos exponer en las siguientes líneas casos puntuales, en los que se han advertido “fricciones” entre la actividad

⁴⁰⁵ Véase al respecto: CÁCERES ARCE, Jorge Luis. *El Tribunal Constitucional y su Desarrollo Constitucional*. En Revista Pensamiento Constitucional. Vol. 19, N° 19. 2014. pp. 231-249.

⁴⁰⁶ LANDA ARROYO, César. *Interpretación Constitucional y Derecho Penal*. En Anuario de Derecho Penal. 2005. p. 103.

interpretativa constitucional, así como la función de legislador positivo del Tribunal Constitucional a través de sentencias normativas, con el principio de legalidad penal. Con ese fin, no sólo hemos observado la actuación e interpretación constitucional nacional, sino también el efectuado en diferentes sedes (Derecho Comparado).

Llama la atención el que hayamos calificado el encuentro entre la tarea constitucional con el principio de legalidad penal como "fricciones", sin que dicho término suponga necesariamente un connotación negativa. En ese sentido, se trata de mostrar cómo se ponen en contacto en casos concretos, con la fuerza y resistencia que corresponde a cada una de ellas, en busca de observar y explicar las consecuencias que dicho encuentro puede producir en el sistema jurídico.

Así, analizaremos en las siguientes líneas los casos en los que el Tribunal Constitucional ha intervenido, siendo necesario observar si excedió o no en sus facultades.

3.1. Alcances y límites del delito de terrorismo

En el contexto del combate al terrorismo en el año 1992, el Estado emitió ciertos decretos leyes destinados a regular aspectos sustantivos y procesales concernientes al delito de terrorismo y traición a la patria (por actos de terrorismo).⁴⁰⁷ En el año 2002, más de cinco mil ciudadanos representados por Marcelino Tineo Cabrera presentaron una demanda de inconstitucionalidad en contra de esta legislación contrasubversiva que presentaba ciertas deficiencias. Por ejemplo, respecto al tipo penal de traición a la patria (previsto en el Decreto Ley N° 25659), no se tipificaba nada nuevo, sino que se recogió las modalidades agravadas

⁴⁰⁷ Decretos Ley N° 25475, que tipificó los delitos de terrorismo y los procedimientos para su investigación, la instrucción y enjuiciamiento puesto en vigencia 6 de mayo de 1992; Decreto Ley N° 25659, que regula el delito de traición a la patria, vigente desde el 13 de agosto de 1992; Decreto Ley N° 25708 sobre procedimientos para el enjuiciamiento del delito de traición a la patria, vigente desde el 24 de setiembre de 1992, y; el Decreto Ley N° 25880 que incluye en el delito de traición a la patria la conducta del docente que realiza apología al terrorismo, vigente desde el 25 de noviembre de 1992.

de terrorismo (previstas en el Decreto Ley N° 25475), tal como se aprecia en el siguiente cuadro comparativo:

DECRETO LEY N° 25425

DECRETO LEY N° 25659

Artículo 3° (...)

La pena será:

a. Cadena Perpetua:

- Si el agente pertenece al grupo dirigenal de una organización terrorista sea en calidad de líder, cabecilla, jefe, secretario general u otro equivalente, a nivel nacional, sin distinción de la función que desempeñe en la organización.

- Si el agente es integrante de grupos armados, bandas, pelotones, grupos de aniquilamiento o similares, de una organización terrorista, encargados de la eliminación física de personas o grupos de personas indefensas sea cual fuere el medio empleado.

b. Privativa de Libertad no menor de treinta años:

- Si el agente es miembro de una organización terrorista que, para lograr sus fines, cualesquiera que sean, utiliza como medio el delito de terrorismo previsto en el Artículo

Artículo 1°: Constituye delito de traición a la Patria la comisión de los actos previstos en el Art. 22 del Decreto Ley N° 25475, cuando se emplean las modalidades siguientes:

a) Utilización de coches bomba o similares,

artefactos explosivos, armas de guerra o similares, que causen la muerte de personas o lesionen su integridad física o su salud mental o dañen la propiedad pública o privada, o cuando de cualquier otra manera se pueda generar grave peligro para la población;

b) Almacenamiento o posesión ilegal de

materiales explosivos, nitrato de amonio o los elementos que sirven para la elaboración de este producto o voluntariamente insumos o elementos

utilizables en la fabricación de explosivos, para su empleo en los actos previstos en el inciso

2 de este Decreto Ley.

Igual pena será aplicada al delincuente terrorista que directamente intervenga o provoque la muerte de personas o tenga participación en tales acciones.

c. Privativa de Libertad no menor de

veinticinco años:

- Si el agente miembro de una terrorista se vale de extorsión, asalto, robo, secuestro de personas, o se apropia por cualquier medio ilícito de dinero, bienes o servicios de una autoridad o de particulares.

- Si el agente hace participar a menores de

edad en la comisión de delitos de terrorismo.

- Si como efecto de los hechos contenidos en el Artículo 2 de este Decreto Ley, se producen lesiones graves a terceras personas (*) (la negrita es nuestra)

anterior;

Artículo 2º: Incurrir en delito de traición a la

Patria:

a) El que pertenece al grupo dirigencial de una organización terrorista, sea en calidad de líder, cabecilla, jefe u otro equivalente;

b) El que integra grupos armados, bandas, pelotones de aniquilamiento o similares de una organización terrorista, encargados de la eliminación física de personas:

c) El que suministra, proporciona, divulga informes, datos, planes, proyectos y demás documentación o facilita el ingreso de terroristas en educaciones y locales a su cargo o custodia, para favorecer el resultado dañoso previsto en los incisos a) y b) del artículo anterior. (la negrita es nuestra).

Como se puede apreciar, existía una duplicidad en las modalidades delictivas (tanto de modo explícito como implícito): la inclusión de conductas similares a las ya reguladas, como ser dirigente o cabecilla de la organización, formar parte de pelotones o grupo de aniquilamiento o causar lesiones. Respecto a lo regulado por los decretos leyes, la diferencia entre ambas normas era las penas aplicables, y el hecho de que dichas conductas fueran calificadas como traición a la patria (no como terrorismo agravado) y ser procesadas en el fuero militar.

El Tribunal Constitucional advirtió que: "(...) la totalidad de los supuestos de hecho descritos en el tipo penal de traición a la patria se asimilan a las modalidades de terrorismo preexistentes; hay, pues, duplicación del mismo contenido." En esa medida, "(...) el legislador sólo ha reiterado el contenido del delito de terrorismo en el tipo relativo al de traición a la patria, posibilitando con ello que un mismo hecho pueda indistintamente ser subsumido en cualquiera de los tipos penales y que, en su caso, con la elección del tipo penal aplicable, su juzgamiento pueda ser realizado, alternativamente, por los tribunales militares o por la jurisdicción ordinaria."⁴⁰⁸ De igual manera, se pronunció la Corte Interamericana al señalar: "(...) las conductas típicas descritas en los Decretos Leyes N^{os} 25475 y 25659 –terrorismo y traición a la patria– (...) podrían ser comprendidas indistintamente dentro de un delito como de otro, según los criterios del Ministerio Público y de los jueces respectivos. (...) La imprecisión en el deslinde entre ambos tipos penales afecta la situación jurídica de los inculcados en diversos aspectos: la sanción aplicable, el tribunal de conocimiento y el proceso correspondiente"⁴⁰⁹

De esa forma, para ambos tribunales era indiscutible que en torno a la regulación de las conductas configurativas del delito de traición a la patria y las de terrorismo, había duplicidad en la tipificación, variando únicamente la sanción. Por ello, se daba absoluta discrecionalidad a jueces y/o fiscales para determinar qué casos encajaban en uno u otro

⁴⁰⁸ Sentencia del Tribunal Constitucional de Perú N° 010-2002-PI/TC del 3 de enero de 2003. Fundamento 38.

⁴⁰⁹ Corte Interamericana de Derechos Humanos. Sentencia del caso ante la Corte IDH Castillo Petruzzi y otros vs. Perú, párrafo 119 (30 de mayo de 1999).

ámbito. Esta situación suponía una lesión al principio de legalidad por infracción a uno de sus contenidos fundamentales, como es la garantía a una ley penal cierta.

Otro ejemplo se presentaba respecto al tipo base de terrorismo regulado por el artículo 2° Decreto Ley N° 25475, que establecía lo siguiente: “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, será reprimido con pena privativa de libertad no menor de veinte años.” Como se puede observar, en el tipo penal transcrito ciertos enunciados como “realizar actos”, “empleando materias”, “cualquier índole” o “cualquier otro bien o servicio”, resultaban fórmulas abiertas que dejaban en manos de los operadores (fiscales y jueces) la determinación de su contenido. Como antes se ha indicado, esta situación es admisible en el ámbito penal, pero con ciertos límites, dado que el abuso de dichas cláusulas enunciativas finalmente no deja a las personas conocer con claridad qué conductas están comprendidas dentro del delito.

El Tribunal Constitucional⁴¹⁰ precisó los límites de interpretación de las cláusulas en examen, observando las fórmulas “de cualquier índole” y “cualquier otro bien o servicio” así como la cláusula “contra la seguridad de (...) cualquier otro bien o servicio”, y consideró que debía interpretarse en el sentido de que se refiere únicamente a bienes o servicios que posean tutela penal específica en las diferentes modalidades de delitos contra la seguridad pública, previstos en el Título

⁴¹⁰ Sentencia del Tribunal Constitucional del Perú N° 010-2002-PI/TC del 3 de enero de 2003. Fundamentos 60 - 78.

XII del Libro Segundo del Código Penal, bienes y servicios que serían aquellos destinados al uso público o defensa común, como medios de transporte o medios de comunicación o instalaciones de servicios públicos.

En cuanto a la frase “cualquier otro medio”, la norma permite determinar el contenido de los medios típicos por dos aspectos. En primer lugar, debe tratarse de un medio equivalente a los “armamentos, materia o artefactos explosivos”, y en segundo lugar, su idoneidad para “causar estragos o grave perturbación de la tranquilidad pública o afectar las relaciones internacionales o la seguridad de la sociedad y del Estado”. En ese sentido, el Tribunal Constitucional juzga que una interpretación que extienda la prohibición al uso de cualquier medio, sin consideración a su equivalencia racional con “armamentos, materias o artefactos explosivos” y su potencial referido sólo a los casos de grave dañosidad, vulneraría el principio de legalidad.

Por otro lado, el Tribunal Constitucional indicó que era inconstitucional la norma implícita que se deriva de la frase “El que provoca, crea o mantiene”, en la medida en que no se prevé la responsabilidad subjetiva, es decir, la intención del agente, por lo que la frase, en tanto extiende los alcances del artículo VII del Título Preliminar del Código Penal sobre el artículo 2° del Decreto Ley N° 25475, subsistirá con el mismo texto, con el sentido interpretativo antes anotado: “El que (intencionalmente) provoca, crea o mantiene un estado de zozobra, alarma o temor en la población o en un sector de ella (...)”.

En este último caso debe indicarse que la existencia de un dolo implícito es parte de la sistemática del Código Penal, que sólo establece expresamente la culpa⁴¹¹, por lo que consideramos errado el razonamiento del Tribunal Constitucional en este punto. Esta última

⁴¹¹ Este recurso no es privativo del sistema legal peruano; son diferentes los sistemas que optan por aquella solución. Para ver el tratamiento general del dolo desde la doctrina penal, véase: LÓPEZ BARJA DE QUIROGA. *La Moderna Doctrina del Dolo*. En: *Revista Peruana de Ciencias Penales* N° 22. 2010. pp. 307-331.

apreciación se basa en el hecho de que el artículo 12° del Código Penal peruano acoge el sistema de número cerrado o *numerus clausus* para los delitos culposos, establece que: “el agente de la infracción culposa solo es punible en los casos expresamente establecidos en la ley”. La incriminación cerrada, de acuerdo a Mazuelos, tiene larga data en el sistema jurídico nacional, puesto que el Código Penal de 1924 adoptaba también este sistema, de modo que el legislador opta por especificar sólo las formulas delictivas que admiten modalidad culposa mientras que el resto se entiende que son dolosas.⁴¹²

Cuando el Tribunal Constitucional atribuyó determinados contenidos a los elementos descriptivos abiertos del tipo base de terrorismo, como se ha precisado en los párrafos anteriores, reduce los márgenes de aplicación del tipo penal. En realidad, no crea nada, sino que se limita a reducir los alcances del supuesto de hecho previsto en la ley penal, cuestión que –por la garantía del principio de reserva de ley– debe corresponder al legislador y no al Tribunal. El Tribunal debe limitar su intervención a advertir la inconstitucionalidad y de exhortar al legislador para introducir las modificaciones pertinentes, instruyendo de los excesos y defectos que se observan en la regulación cuestionada.

Refiriéndose a los tipos penales de terrorismo y el principio de legalidad, la Corte Interamericana de Derechos Humanos, en el caso Lori Berenson contra el Perú, indicó que: “la elaboración de los tipos penales supone una clara definición de la conducta incriminada, que fije sus elementos y permita deslindarla de comportamientos no punibles o conductas ilícitas sancionables con medidas no penales. La ambigüedad en la formulación de los tipos penales genera dudas y abre el campo al arbitrio de la autoridad, particularmente indeseable cuando se trata de establecer la responsabilidad penal de los individuos y sancionarla con penas que afectan severamente bienes fundamentales,

⁴¹² MAZUELOS COELLO, Julio *El delito imprudente en el Código Penal peruano. La infracción del deber de cuidado como creación de un riesgo jurídicamente desaprobado y la previsibilidad individual*. En www.unifr.ch/ddp1/derechopenal/anuario/an_2003_09.pdf. Consultada el 17 de diciembre de 2014. P. 3.

como la vida o la libertad”.⁴¹³ En este caso, es importante resaltar el voto disidente de la magistrada de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, Cecilia Medina, quien refiriéndose a la sentencia del Tribunal Constitucional peruano, señaló lo siguiente: “La sentencia del Tribunal Constitucional de 3 de enero de 2003 se pronunció respecto del artículo 2 del Decreto Ley N° 25.475, que tipifica el terrorismo, decidiendo que esa disposición no era inconstitucional, pero que “dentro de los “márgenes de indeterminación razonable que contenía esa norma, los criterios de interpretación establecidos en dicha sentencia serían vinculantes para todos los operadores jurídicos. Con esto, dicho Tribunal parecía estimar que, para la decisión de que una conducta era terrorista (y, por lo tanto, para determinar si había habido colaboración con el terrorismo) era necesario utilizar ciertos criterios que fueron allí señalados, lo que hace concluir que ellos estaban ausentes de la norma misma.”⁴¹⁴

Como advierte esta magistrada, no sólo queda claro el esfuerzo del Tribunal Constitucional destinado a limitar la aplicación de estas fórmulas abiertas, sino el reconocimiento de que estas no fueron determinadas por el legislador. Entonces, cabe preguntarnos si los alcances a los que llega el Tribunal Constitucional mediante fórmulas abiertas incluidas en sentencias normativas satisface –tal y como lo realiza la ley emitida por el parlamento– la garantía que ofrece el principio de legalidad penal, en el sentido de reserva de ley (representatividad) y de sus otras manifestaciones, como la ley cierta y de conocimiento general. Aunque las sentencias del Tribunal son publicadas en el diario oficial, no necesariamente son conocidas por todos, sino por quienes cotidianamente las utilizan como “argumento de autoridad”.

⁴¹³ Sentencia de la Corte IDH en el caso Lori Berenson vs. Perú. Del 23 de junio de 2005, fundamento 125.

⁴¹⁴ Voto disidente de la magistrada Cecilia Medina en la Sentencia de la Corte IDH en el caso Lori Berenson vs. Perú, fundamento VI (23 de junio de 2005).

3.2. Interpretación y aplicación del tipo penal de colusión ilegal

Otro ejemplo que debe tenerse en cuenta y que nos muestra la fricción entre las competencias del legislador y del Tribunal Constitucional es la resolución que expidió éste último en el caso de los delitos de colusión ilegal y tráfico de influencias.⁴¹⁵ El problema constitucional surgiría tras la modificación del Código Penal en lo referido a los delitos contra la administración pública. Según el Fiscal de la Nación (quien interpuso la demanda de inconstitucionalidad) se incluyeron en aquellos delitos dos expresiones contraproducentes en el tipo penal, por lo que solicitó al Tribunal Constitucional efectuar una “sentencia interpretativa manipulativa reductora” con el fin de eliminar el término “patrimonialmente” del delito de colusión ilegal, y eliminar el término “real” del delito de tráfico de influencias.

El Tribunal indicaría que: “(...) **el legislador no tiene una discrecionalidad absoluta** para establecer conductas que puedan resultar punibles o los límites máximos o mínimos de la pena, pues debe respetar las garantías materiales previstas en la Constitución.”⁴¹⁶ Esto implica que la labor del legislador, al no ser absoluto, es controlado –en lo que a aspectos constitucionales se refiere– por el Tribunal Constitucional. Esto encuentra sustento en el hecho de que el Tribunal Constitucional tiene la competencia de determinar la inconstitucionalidad de una disposición legal, por lo que está dentro de sus atribuciones determinar la expulsión de una disposición del ordenamiento legal por inconstitucional. Sin embargo, el Tribunal Constitucional va más allá al recordar la posición que adoptó en una sentencia previa: “(...) toda ley dictada como parte de la política criminal del Estado será inconstitucional si establece medidas que resulten contrarias a los derechos fundamentales de las personas, procesadas o condenadas. **Pero también lo será si no preserva los**

⁴¹⁵ Sentencia del Tribunal Constitucional del Perú N° 00017-2011-PI/TC-Lima del 3 de mayo de 2012.

⁴¹⁶ *Idem.*, fundamento 4.

finés que cumple la pena dentro de un Estado social y democrático de derecho.⁴¹⁷

En base a esta cita, el Tribunal Constitucional señala en la sentencia bajo análisis que: "(c)onforme a lo expuesto, estaremos ante una actuación inconstitucional del legislador cuando la norma penal contenga una intervención excesiva en un derecho fundamental, pero también se presentará una situación inconstitucional si la norma penal no prevé una protección suficiente de los bienes constitucionales que pretende proteger".⁴¹⁸ Como resulta claro, la pregunta que aquella afirmación genera es: ¿Qué consecuencias se producen si el máximo tribunal determina que existe una insuficiente protección constitucional, mediante una tipificación penal? ¿Qué disposición expulsará el Tribunal Constitucional si la situación involucra la falta de regulación por medio de la tipificación penal? Estas preguntas son fundamentales.

Y, si bien no hay problema en coincidir con ciertos fundamentos adoptados en la sentencia, por ejemplo: "(...) es posible señalar que si bien la decisión político criminal de perseguir penalmente una conducta o dejar de hacerlo constituye atribución exclusiva del legislador, dicha decisión debe respetar el marco constitucional"⁴¹⁹, al mismo tiempo es necesario determinar cuáles son las atribuciones del máximo tribunal en el caso que concluya que una decisión político-criminal (de no perseguir penalmente una conducta) resulta inconstitucional.

A grandes rasgos, creemos que son tres las posibilidades que podrían presentarse, es decir, que nuestro máximo tribunal emita: i) Una sentencia de naturaleza exhortativa, ii) Una sentencia aditiva o iii) Una sentencia reductora. Respecto a la primera posibilidad, debe recordarse que este tipo de sentencias son importantes herramientas puestas a disposición del juez constitucional con el fin de proteger intereses relevantes, tanto de los que fueron objeto del proceso constitucional

⁴¹⁷ Sentencia del Tribunal Constitucional del Perú N° 0019-2005-PI/TC-Lima del 21 de julio de 2005, fundamento 42.

⁴¹⁸ Sentencia del Tribunal Constitucional del Perú N° 00017-2011-PI/TC-Lima, fundamento 8.

⁴¹⁹ *Idem.*, fundamento 9.

como aquellos constitucionales e institucionales generales del ordenamiento legal. Como el mismo Tribunal Constitucional indicaría, las sentencias exhortativas son: "(...) aquellas en donde el órgano de control constitucional declara la incompatibilidad constitucional de una parte o la totalidad de una ley o norma con rango de ley, pese a lo cual no dispone su inmediata expulsión del ordenamiento constitucional, sino que recomienda al Parlamento para que, dentro de un plazo razonable, expida una ley sustitutoria con un contenido acorde a las normas, principios o valores constitucionales. Como puede observarse, si en sede constitucional se considera ipso facto que una determinada disposición legal es contraria a la Constitución, en vez de declararse su invalidez constitucional, se confiere al legislador un plazo determinado o determinable para que la reforme, con el objeto de eliminar la parte violatoria del texto fundamental."⁴²⁰

Por otro lado, las sentencias aditivas y reductoras (ablativas), como sus mismos nombres indican, implican que el máximo tribunal realizará un añadido o un recorte a una norma con el fin de hacerla conforme a los requerimientos constitucionales. Como el Tribunal Constitucional ha indicado, las sentencias aditivas son aquellas en donde se determina la existencia de inconstitucionalidad por omisión legislativa y en esa circunstancia procede a añadir algo "(...) para transformarlo en plenamente constitucional. En puridad, se expiden para completar leyes cuya redacción (...) presenta un contenido normativo menor respecto al exigible constitucionalmente."⁴²¹

⁴²⁰ Sentencia del Tribunal Constitucional del Perú N° 004-2004-CC/TC-Lima del 31 de diciembre de 2004. Párrafo. 3.3.4.

⁴²¹ Ídem., Fundamento 3.3.4. El Tribunal añade al respecto: "En ese sentido, la sentencia indica que una parte de la ley impugnada es inconstitucional, en tanto no ha previsto o ha excluido algo. De allí que el órgano de control considere necesario "ampliar" o "extender" su contenido normativo, permitiendo su aplicación a supuestos inicialmente no contemplados, o ensanchando sus consecuencias jurídicas. La finalidad en este tipo de sentencias consiste en controlar e integrar las omisiones legislativas inconstitucionales; es decir, a través del acto de adición, evitar que una ley cree situaciones contrarias a los principios, valores o normas constitucionales. Es usual que la omisión legislativa inconstitucional afecte el principio de igualdad; por lo que al extenderse los alcances de la norma a supuestos o consecuencias no previstos para determinados sujetos, en puridad lo que la sentencia está consiguendo es homologar un mismo trato con los sujetos comprendidos inicialmente en la

En cambio, las sentencias reductoras son aquellas que indican que una frase o palabra de la norma bajo análisis es contraria a la Constitución, "(e)n ese contexto, la sentencia ordena una restricción o acortamiento de la extensión del contenido normativo de la ley impugnada."⁴²²

Es importante tener presente que estas dos últimas tipologías de sentencias constitucionales forman parte de las llamadas sentencias manipulativas. Respecto a estas sentencias, el Tribunal Constitucional ha indicado que "(...) se justifica(n) por la necesidad de evitar los efectos perniciosos que puedan presentarse (...) como consecuencia de los vacíos legales que surgen luego de la expulsión de una ley o norma con rango de ley del ordenamiento jurídico. Tales circunstancias tienen que ver con la existencia de dos principios rectores de la actividad jurisdiccional constituyente, a saber; el principio de conservación de la ley y el principio de interpretación desde la Constitución."⁴²³

Siendo estas las posibilidades que tenía el Tribunal Constitucional sobre los aspectos planteados como inconstitucionales por el Fiscal de la Nación, cabe realizar tres preguntas: i) ¿El Tribunal Constitucional tiene la posibilidad de efectuar sentencias manipulativas (especialmente aditivas en la práctica) en materia penal?⁴²⁴, ii) ¿Existía en el caso

ley cuestionada. El contenido de lo "adicionado" surge de la interpretación extensiva, de la interpretación sistemática o de la interpretación analógica."

⁴²² Ídem., fundamento 3.3.1. El Tribunal añade al respecto: "Dicha reducción se produce en el ámbito de su aplicación a los casos particulares y concretos que se presentan en la vía administrativa o judicial. Para tal efecto, se ordena la inaplicación de una parte del contenido normativo de la ley cuestionada en relación a algunos de los supuestos contemplados genéricamente; o bien en las consecuencias jurídicas preestablecidas. Ello implica que la referida inaplicación abarca a determinadas situaciones, hechos, acontecimientos o conductas originalmente previstas en la ley; o se dirige hacia algunos derechos, beneficios, sanciones o deberes primicialmente previstos. En consecuencia, la sentencia reductora restringe el ámbito de aplicación de la ley impugnada a algunos de los supuestos o consecuencias jurídicas establecidas en la literalidad del texto."

⁴²³ Ídem., fundamento 3.

⁴²⁴ Debe tenerse en cuenta que este tipo de sentencias (junto con las sentencias interpretativas en general) han producido un gran debate en la doctrina. Por ejemplo, Sánchez, para la realidad argentina, indica: "En definitiva, mediante el artificio de la sentencia "interpretativa", la Corte Suprema califica como constitucional a cierta exégesis concreta de un precepto o disposición, descartando respecto de ella la objeción de ser inconstitucional, lo que deja abierta la posibilidad, mediante el argumento a contrario sensu, de reputar inconstitucional otra inteligencia distinta a la aceptada. Ahora bien: ¿cuál es el límite de la sentencia "interpretativa"? En su versión de sentencia adecuada o adaptativa, ¿hasta cuánto puede encontrar variables interpretativas dentro de una "disposición"? Al respecto, podrá decirse que el operador dispone de un amplio margen de maniobra para interpretar, pero no

concreto la necesidad de efectuar una interpretación manipulativa?, y iii) Si existía aquella necesidad, ¿aquella modificación tiene sentido desde el punto de vista penal doctrinario?.

En relación a la primera de las preguntas, resulta sumamente difícil defender las competencias del Tribunal Constitucional para efectuar sentencias manipulativas en materia penal. Como ya hemos expresado, constituye un principio básico de la Constitución el principio de legalidad penal. Este principio no solo vincula al Poder Legislativo, Judicial y Ejecutivo, sino a todo órgano del Estado, incluido el Tribunal Constitucional. Además sobre el principio de legalidad descansa la voluntad primigenia del pueblo que indica que sanciones penales se aplicarán, y como medidas extraordinarias solo pueden corresponder a su único órgano de representación.

El Tribunal Constitucional carece del elemento de representación y de la competencia para crear normas penales. Considerar que el Tribunal Constitucional puede, a través de sentencias, crear normas, sería poner en cuestión el principio de legalidad penal cuyo contenido básico nunca ha aceptado condicionamientos ni excepciones de ese tipo. Y ayuda a esta conclusión el hecho de que el Tribunal Constitucional cuenta con un número amplio de salidas para lograr sus fines constitucionales sin necesidad de volverse de facto legislador en materia criminal. Nuestro Tribunal Constitucional –de fuerte inspiración española y alemana– debió conocer las diferentes fórmulas con la que cuenta un colegiado de esta naturaleza. Por ejemplo, Eguiguren recuerda respecto a los métodos adoptados por el Tribunal Constitucional alemán, que: “Asimismo, se incluye dentro de la sentencia una suerte de “exhortación al Poder

para inventar variables interpretativas que no existan. La Corte Suprema de Justicia de Argentina, no sin acierto, ha puntualizado que la tarea de armonización de la norma inferior con la Constitución debe practicarse sin violentar la letra o el espíritu de la norma sub constitucional interpretada. El operador del caso, no por hacer coincidir un precepto-disposición con la Constitución, está autorizado para retorcerlo, desfigurarlo o estrujarlo para hacer salir de él una receta interpretativa que decididamente no tenga. Por ello, si aquel precepto no cobija una interpretación posible del mismo acorde con la Constitución, no habrá otro remedio que reputarlo inconstitucional.” Véase: SÁNCHEZ SÁNCHEZ, Julia. *Efectos de las Sentencias Constitucionales en el Derecho Argentino*. En *Cuestiones Constitucionales - Revista Mexicana de Derecho Constitucional*. N° 21. 2009. p. 300

Legislativo”, a fin de que sustituya la disposición inconstitucional dentro de determinado plazo. Adicionalmente, gracias a la fuerza constitutiva erga omnes mencionada líneas arriba, durante el período comprendido entre la publicación de la sentencia y la expedición de la nueva ley, rige lo que la doctrina denomina “bloqueo de aplicación”, el mismo que consiste en que la norma no será aplicable en los casos concretos que dieron lugar al examen de su constitucionalidad (...).⁴²⁵

Nuestro Tribunal Constitucional bien podía –en aplicación de sus diferentes métodos– efectuar una exhortación al Poder Legislativo para así subsanar una omisión de naturaleza inconstitucional. En el período intermedio –entre la declaración de la omisión inconstitucional y su corrección (por el Poder Legislativo)–, bien podría aplicarse un “bloqueo de aplicación”. Esta fórmula podría solucionar el interés constitucional de darle una solución inmediata a una omisión penal, dado un agregado terminológico inconstitucional en el tipo penal y, a su vez, el respeto al principio de legalidad penal.

Sin embargo, en el caso que estamos analizando, el Tribunal Constitucional llega a la conclusión de que: “la redacción de la disposición cuestionada a través de la introducción del término patrimonialmente puede direccionar la interpretación de la norma penal hacia supuestos en lo que en puridad lo que se ve perjudicado es el patrimonio del Estado y no los principios constitucionales que rigen la contratación pública.”⁴²⁶

Por lo tanto, concluye que la pretensión del demandante, respecto a cuestionar la modificación que se realizó del artículo 384 del Código Penal (Colusión Ilegal), es atendible y, en tal sentido, “(...) debe quedar nula y sin efecto la referida disposición en cuanto menciona el término patrimonialmente, a fin de sin alterar en lo sustancial el contenido de lo

⁴²⁵ EGUIGUREN PRAELI, Francisco. *Las Sentencias Interpretativas o Manipulativas y su Utilización por el Tribunal Constitucional Peruano*. En *La Ciencia del Derecho Procesal Constitucional. Estudios en Homenaje a Héctor Fix-Zamudio en sus Cincuenta Años como Investigador del Derecho*. Tomo V. Juez y Sentencia Constitucional (Coord. Eduardo Ferrer Mac-Gregor y Arturo Zaldívar Lelo de Larrea) Marcial Pons. México. 2008. p. 333.

⁴²⁶ Sentencia del Tribunal Constitucional del Perú. Exp. N° 00017-2011-PI/TC-Lima, fundamento 29.

dispuesto por el legislador orientar la interpretación de la disposición evitando vaciar de contenido los fines constitucionales que son de protección al sancionar actos contra los deberes funcionales en el ámbito de la contratación pública.”⁴²⁷

Teniendo en cuenta lo afirmado por el Tribunal, cabe cuestionarnos: ¿Qué implica su decisión cuando dispone la nulidad del término “patrimonialmente” del artículo 384° del Código Penal? Al respecto, no parece que estemos frente a la orientación de la interpretación de una disposición, pues la actividad interpretativa se inicia dentro del contexto de la literalidad de la norma. Y es que no puede efectuarse una interpretación que elimine un término de una disposición legal, por lo que la decisión del Tribunal Constitucional parece más una modificación directa del artículo 384° del Código Penal.⁴²⁸ Sea como fuese, dice mucho que el colegiado se viese obligado a explicar aquel extremo, al indicar los efectos de su sentencia, en el sentido de que: “(...) cuando, en el marco de un proceso penal resulte de aplicación el artículo 384° del Código Penal en su versión modificada (...) los jueces del Poder Judicial podrán aplicar dicha disposición siempre que – conforme a lo previsto en la presente sentencia– no se incluya el término “patrimonialmente” en dicho texto normativo.”⁴²⁹ Como queda claro, los efectos de la sentencia del Tribunal Constitucional en este caso están

⁴²⁷ *Ídem.*, fundamento 30.

⁴²⁸ Este tipo de ejercicios (incluidos los que eliminan la interpretación de un término o de la norma) no son raros de observar. Podemos encontrar este tipo de aproximaciones en diferentes tribunales constitucionales, lo que ha valido la crítica de que se han convertido en una suerte de legisladores positivos en las sombras. Fernández Segado, refiriéndose a la realidad española, recuerda que: “(...) En cualquier caso, lo que interesa retener es que tanto desde una como desde otra perspectiva, el Juez constitucional ha actuado, en mayor o menor grado, como legislador positivo, y ello es así incluso en las sentencias interpretativas estimatorias, pues aun declarando la inconstitucionalidad de la disposición, lo que en realidad está haciendo el Juez constitucional es más bien declarar la inconstitucionalidad de una o varias normas, esto es, interpretaciones, extraídas de la disposición impugnada, que admite alguna interpretación conforme con la Norma suprema, todo lo cual se traduce en el cambio real del significado de la disposición respecto de la originaria dicción legal. (...)La sentencia 101/2008 ignorará justamente los tres principios precedentes, desfigurando el sentido del enunciado normativo, operando verdaderamente contra legem y conduciendo la interpretación llevada a cabo por el Tribunal a una norma realmente nueva, que no solo convierte al Tribunal en legislador positivo, sino que, en su actuación como tal, le lleva a oponer su voluntad a la del legislador parlamentario.” Véase: FERNÁNDEZ SEGADO, Francisco. *El Tribunal Constitucional Español como Legislador Positivo*. En *Pensamiento Constitucional* Año XV N° 15. pp. 169-170.

⁴²⁹ *Ídem.*, fundamento 37.

más allá de la determinación del sentido de una provisión para un caso concreto: en este caso estaríamos ante la modificación del artículo 384° con efecto *erga omnes* para todo caso en que pudiese aplicarse el mismo.

Y aunque es cierto que este tipo de sentencias (manipulativas) también son conocidas como interpretativas -lo cual habitualmente no tiene mayor trascendencia práctica-, en materia penal si es importante tener presente la denominación. Debe tenerse en cuenta que estas sentencias son denominadas también "interpretativas", pues siguiendo la tipología de las sentencias manipulativas antes indicadas incluyen igualmente a las sentencias estipulativas, las cuales, en estricto, constituyen aclaraciones sobre el sentido de una norma. Como el máximo tribunal ha señalado, estas sentencias son aquellas "(e)n donde el órgano de control de la constitucionalidad establece, en la parte considerativa de la sentencia, las variables conceptuales o terminológicas que utilizará para analizar y resolver una controversia constitucional. En ese contexto, se describirá y definirá en qué consisten determinados conceptos."⁴³⁰ Sin embargo, no todas las sentencias manipulativas son en estricto simples interpretaciones: en otros casos son modificaciones directas de la norma (sentencia aditiva o reductora) con lo cual el máximo tribunal genera normas nuevas. Por ello, a las sentencias manipulativas también se les denomina "sentencias normativas".

Teniendo en cuenta lo señalado, en el caso en concreto no parece que estemos ante una sentencia que deje establecido simplemente un sentido interpretativo, sino frente a la creación de una norma distinta a la que antes existía, lo cual colisiona directamente con el principio de legalidad penal. Y, por lo demás, en el caso en concreto la sentencia manipulativa reductora, si bien eliminaba un "término", al efectuarse respecto a una norma penal punitiva en la práctica lo que hace es incrementar el supuesto de hecho o extender sus alcances. Esto nos lleva a considerar que las sentencias manipulativas del Tribunal Constitucional, cuando implican materia penal, debería efectuarse

⁴³⁰ Sentencia del Tribunal Constitucional del Perú N° 004-2004-CC/TC-Lima, fundamento 3.3.5.30.

restrictivamente considerando viables aquellas que no tengan consecuencias normativas.

Ahora, respondiendo a la pregunta de si en la sentencia bajo análisis era necesaria que la misma fuese estructurada como una sentencia normativa, lo cierto es que pareciera que la respuesta debe ser negativa. La modificación del artículo 384° del Código Penal efectuada mediante la Ley N° 29703 tuvo una corta duración. Es más, al momento de la interposición de la demanda, la Ley N° 29703 había sido reemplazada por otra norma, la cual eliminó el término "patrimonialmente". Entonces, ¿Por qué el Tribunal Constitucional decidió resolver el fondo del asunto? La respuesta se encontraría en la vigencia de la Ley N° 29703, la cual tuvo efectos (por aplicación de la retroactividad benigna) que seguirían desplegándose para los procesos iniciado antes de la vigencia de la norma y, por lo tanto, restringiendo la punibilidad de un gran número de situaciones a las que se les exigiría ahora, para ser casos de colusión, el que estos presentarían efectos patrimoniales. Por esta razón, el Tribunal Constitucional indica "(...) la retroactividad benigna sustentada en una ley inconstitucional carece de efectos jurídicos."⁴³¹

Entonces, desde el punto de vista del juez constitucional, la sentencia manipulativa si resultaba necesaria, pues solo de esta forma podía eliminar los efectos retroactivos que había tenido la Ley N° 29703. Sin embargo, en ese ejercicio sacrifica el principio de legalidad penal (ley estricta). Cabe preguntarse: ¿No debió haber buscado una alternativa, como la declaración de inconstitucionalidad del tipo penal por el término incluido y la solicitud mediante una exhortación al Congreso para su replazo? Lo cierto es que efectuar esto no hubiese resultado del todo eficaz. Y es que, de haberse emitido tan solo una sentencia exhortativa al Congreso –con el fin de eliminar el término "patrimonialmente" de la Ley N° 29703 e indicando la aplicación de efectos suspensivos en el ínterin–, los resultados reales habrían sido mínimos, pues la Ley N° 29703 ya estaba derogada, y en relación a los efectos que ésta ya había

⁴³¹ Sentencia del Tribunal Constitucional del Perú N° 00017-2011-PI/TC-Lima, fundamento 37.

producido no hubiesen sido posible extinguirlas en aplicación del principio de no retroactividad de la norma penal desfavorable. Entonces: ¿Es este uno de aquellos casos límite en donde el principio de legalidad debe ceder para proteger un fin o un objetivo constitucionalmente relevante?

Ciertamente, si estuviésemos en un escenario en que se desfigurara la tipicidad de crímenes como los efectuados en contra de la humanidad, tortura, genocidio, etc., la respuesta debería ser positiva. Al fin y al cabo, estos delitos –considerados los más graves para la conciencia de la humanidad– tienen una tipicidad fundamentada en el Derecho Penal Internacional antes que en el doméstico, lugar en donde su tipificación puede ser de naturaleza consuetudinaria.⁴³² A la luz de todo esto, ¿en este caso resultaba necesario aplicar la lógica del Tribunal Constitucional? ¿No podría haberse resuelto de forma más armónica?

Creemos que para obtener una respuesta adecuada, debemos tener en cuenta lo que el Tribunal indica, en el sentido de que residualmente la declaración de inconstitucionalidad puede terminar siendo más gravosa desde un punto de vista político, jurídico, económico o social, que su propia permanencia. En el caso bajo análisis, debería llevarnos a cuestionar dos cosas: a) ¿Era inconstitucional el término “patrimonialmente” dispuesto en el artículo 384° del Código Penal, con una relevancia tal que justificara la aplicación de una sentencia normativa en el ámbito penal? b) Y si era así ¿la eliminación total de lo dispuesto por la Ley N° 29703 hubiese sido más gravosa que mantener residualmente lo que ésta disponía?

⁴³² Al respecto, véase: DEGAN, Vladimir. *On the Sources of International Criminal Law*. En *Chinese Journal of International Law*. Vol. 4, N° 1. 2005. pp. 45-83; VAN SCHAACK, Beth. *The Principle of Legality in International Criminal Law*. En *American Society of International Law* Vol. 103, N° 1, 2009. Como indica Bassiouni: "The principles of legality have been recognized in some form or another in all the world's criminal justice systems. This recognition ranges from the rigid positivistic approach of the Germanic and other Roman-Civilist legal systems to the more flexible common law system. (...)The principles of legality are not deemed by many systems to apply to procedural and evidentiary norms and standards, and there is diversity in legal systems as to judicial interpretation by analogy, and how far it can go. Due to the history and evolution of ICL, the principles of legality as they emerged from the world's major legal systems have always been treated with a degree of relativism." Véase: BASSIOUNI, Cherif. *Crimes Against Humanity: Historical Evolution and Contemporary Application*. Cambridge University Press - Cambridge. 2011. p. 297.

Para entender esto, debe tenerse presente que el Tribunal Constitucional parte de la convicción de que el término “patrimonialmente” reduce exageradamente la tipificación penal del delito de colusión. El delito de colusión, antes de la modificación de la Ley N° 29703, indicaba lo siguiente:

*El funcionario o servidor público que, en los contratos, suministros, licitaciones, concurso de precios, subastas o cualquier otra operación semejante en la que intervenga por razón de su cargo o comisión especial defrauda al Estado o entidad u organismo del Estado, según ley, concertándose con los interesados en los convenios, ajustes, liquidaciones o suministros será reprimido con pena privativa de libertad no menor de tres ni mayor de quince años.*⁴³³

La Ley N° 29703 modificaría el delito en los siguientes términos:

*El funcionario o servidor público que, **interviniendo por razón de su cargo o comisión especial** en cualquiera de las contrataciones o negocios públicos mediante concertación ilegal con los interesados, defraudare **patrimonialmente** al Estado o entidad u organismo del Estado, según ley, será reprimido con pena privativa de libertad no menor de seis ni mayor de quince años.*⁴³⁴

Como se aprecia, la modificación efectuada se dio en diversos puntos con el fin de dotar al delito de colusión de mayores contornos. Sin embargo, con el agregado “patrimonialmente”, se hace que la afectación al bien jurídico protegido deba de tener efectos patrimoniales concretos.⁴³⁵ En este punto, cabe preguntarnos si la decisión del

⁴³³ Artículo 384 del Código Penal, modificada por el artículo 2 de la Ley N° 26713, publicada el 27 de diciembre de 1996.

⁴³⁴ Artículo 384 del Código Penal del Perú. Modificado por el Artículo 1 de la Ley N° 29703, publicada el 10 junio de 2011.

⁴³⁵ Como comentara Montoya: “(...) la actual figura de colusión añade un nuevo elemento al resultado defraudatorio que se describía en el tipo penal derogado. Este debe ser ahora una defraudación patrimonial. Algunos críticos a la reforma indican que este elemento adicional exigiría que se demuestre la existencia de una lesión efectiva al patrimonio del

Tribunal Constitucional debió haberse emitido, antes que en el contexto de una sentencia "normativa", a través de una simple sentencia de expulsión normativa (expulsión de la norma) y, en ese sentido, adoptar una decisión que estableciera que la norma en cuestión desde un inicio no produjo efectos en el ordenamiento legal. Y es que si bien es cierto que la expulsión de la norma hubiese conllevado eliminar los otros supuestos adicionados por la Ley N° 29703 que no fueron cuestionados constitucionalmente, lo cierto es que el efecto de la declaración de inconstitucionalidad de todo el extremo modificatorio incluido por la Ley N° 29703 (en lo relacionado al delito de colusión) no hubiese generado efectos más gravosos desde un punto de vista político, jurídico, económico o social, que su permanencia. Al respecto, debe tenerse en cuenta que la vigencia de la Ley N° 29703 solo tuvo una corta existencia, de poco más de un mes. En ese sentido, el número de casos que podrían haber sido iniciado por la fiscalía basada en los agregados de la Ley N° 29703 (supuestos más gravosos) habrían sido mínimos.

En lugar de ello, el Tribunal Constitucional prefirió mantener los efectos de la Ley N° 29703, pero modificando aquella norma en colisión con el principio de legalidad. A nuestro entender, el máximo tribunal contaba con la posibilidad de declarar la inconstitucionalidad total de la modificación introducida por la Ley N° 29703. Ahora, si bien este caso es sumamente complejo, pues existen razones que son defendibles para la emisión de una sentencia normativa, lo cierto es que una sentencia "de este tipo" en el ámbito penal debería ser extremadamente inusual y solo aplicable en casos límite, en los que **no exista una alternativa a**

Estado, de tal manera que si éste no se produce, el comportamiento colusorio sería impune o, en el mejor de los casos, sólo podría ser sancionado como una forma de tentativa. A pesar que este elemento adicional podría entenderse en dicho sentido, con el consiguiente riesgo de obstaculizar la persecución penal de este delito, nosotros consideramos que esta posibilidad interpretativa ha estado presente con la redacción derogada. En efecto, la jurisprudencia penal con relación al término "defraudación al Estado" ha oscilado entre tres significados posibles: i) lesión efectiva del patrimonio, ii) peligro concreto de lesión al patrimonio del Estado (especialmente la sentencia de la Sala Penal Permanente de la Corte Suprema de fecha 22 de julio de 2004 – recurso de nulidad N° 1480-2003) y iii) concertación fraudulenta como conducta abstractamente peligrosa." Véase: MONTOYA VIVANCO, Yvan. *Breves Comentarios a la Reforma de los Delitos Contra la Administración Pública*. En: Obras Portales - Derecho Penal - Université de Fribourg, p. 3. Disponible en: https://www.unifr.ch/ddp1/derechopenal/tribuna/tr_20110907_02.pdf. Consultado el 10 de agosto de 2015.

la misma. En el caso ante indicado, por las razones que hemos dado, creemos que el máximo tribunal sí contaba con alternativas.

Y, para darle aún más fuerza a nuestra posición, debemos analizar un último punto.

¿Constituía el agregado “patrimonial” un elemento manifiestamente inconstitucional, al punto de llevarnos a concluir que dicha política criminal resultaba repudiable? ¿Era aquel agregado un elemento que ponía en peligro la sanción de los delitos contra la administración pública? Estas preguntas deben ser respondidas negativamente, en tanto no existe evidencia en la doctrina penal que apunte a que el agregado efectuado por el Congreso, en el sentido de explicitar que el daño (o la defraudación) tuviese carácter “patrimonial”, constituyera un elemento manifiestamente contrario al concepto del delito de colusión.⁴³⁶ Y es que, hoy en día, existen corrientes que circunscriben el mencionado delito como uno de resultado (requiriéndose que para la subsunción de una conducta en el tipo penal, que ésta haya producido un daño patrimonial en contra del Estado), mientras que otros lo reducen a un crimen de peligro (bastando para ello que la actividad analizada se limite a defraudar al Estado). Respecto a esto último, la defraudación será la simple consumación de un acuerdo idóneo entre el particular y el funcionario público a cargo de las contrataciones del Estado.⁴³⁷

⁴³⁶ Aún más, el debate respecto a la naturaleza patrimonial de la afectación del bien jurídico en los delitos contra la administración pública, son constantes. Al respecto, véase: MANES, Vittorio. *Bienes Jurídicos y Reforma de los Delitos contra la Administración Pública*. En: *Revista Electrónica de Ciencias Penales y Criminología* N° 2. (Art. 02-01), 2000. Disponible en: http://criminet.ugr.es/recpc/recpc_02-01.html

⁴³⁷ En relación a esta discusión en el ordenamiento nacional, véase: BUENDÍA VALENZUELA, Juan Paulino. *Revista RAE Jurisprudencia*. Tomo. 20 - Febrero 2010, Año II. Edición Caballero Bustamante. pp. 187-195. Disponible en: <http://blog.pucp.edu.pe/blog/juanbuendiavalenzuela/2011/01/27/el-delito-colusion-desleal/>. El autor recuerda que: “El delito de Colusión Desleal regulado en el artículo 384 del Código Penal - nominado también Defraudación a la Administración Pública, Colusión Ilegal o Colusión Fraudulenta-, desde no hace mucho viene animando en nuestro medio, una discusión doctrinal y jurisprudencial interesante acerca de determinados aspectos relacionados con su estructura y naturaleza. (...) Así la discrepancia mayor, se ha dado entre los autores penalistas Fidel Rojas Vargas y Manuel Abanto Vásquez, habiendo iniciado la polémica el segundo, al referir que “Para la doctrina, por lo general, es un delito de peligro (en relación con el perjuicio patrimonial efectivo) y de MERA ACTIVIDAD donde no es posible la tentativa, pues antes de la concertación no habría aparentemente nada. El delito se consumaría con la simple colusión o sea con el acto de concertación, sin necesidad de que la Administración

Como recuerda Buendía: “El tema de divergencia, en la doctrina nacional, en cuanto al delito de Colusión Desleal tiene que ver con el momento en que éste se consuma o perfecciona, surgiendo dos posturas contrapuestas a calificarlo dentro de la teoría general del tipo penal, señalando un sector que se trata de un delito de peligro y mera actividad, que no requiere la producción efectiva de un perjuicio patrimonial para el Estado, para que se consume. Siendo suficiente que el funcionario público encargado por ley de llevar adelante un contrato, se ponga de acuerdo con el particular interesado perjudicando potencial o realmente al Estado, cometiendo de este modo un acuerdo defraudatorio que consuma el delito. Otro sector señala por el contrario, que el delito de Colusión Desleal es un delito de resultado, que para consumarse requiere necesariamente se efectivice un perjuicio patrimonial para el Estado, ya no al momento de celebrarse un contrato con el interesado, sino al ejecutarse el mismo, con la contraprestación del bien o servicio adquirido.”⁴³⁸

Ciertamente, existen autores que, como Abanto, defienden la posición que indica que la colusión ilegal es un delito de peligro que se consuma con la simple colusión o el acto de concertación sin necesidad de perjuicio patrimonial.⁴³⁹ Si bien hay posiciones contrarias, lo importante en este punto es que en la doctrina penal ambas posiciones tienen sustento y tienen fundamento. Aún más, la posición que sostiene que el delito de colusión requiere de un perjuicio patrimonial se remonta a la práctica jurisprudencial de nuestros tribunales ordinarios y, por lo tanto, previo a la modificación que efectuara la Ley N° 29703. En ese sentido, en la Ejecutoria Suprema N° 2664-2003- Arequipa se indica: “El delito de [...] colusión fraudulenta exige necesariamente la producción de

Pública sufra un perjuicio patrimonial, ni que se verifique la obtención de ventaja del funcionario. Solamente se necesitaría la idoneidad del acto de colusión”. Precizando por el contrario Rojas Vargas, que el delito de Colusión Desleal, previsto en el artículo 384 de nuestro Código Pena, es un delito “... de resultado, es decir, requiere –ya que la norma penal así lo plantea-, que se produzca defraudación a los intereses del Estado u organismos sostenidos por él, esto es, que se dé el perjuicio económico, lo que tendrá que establecerse técnicamente. No se requiere necesariamente que el sujeto activo el delito obtenga un beneficio o ventaja para sí mismo.”

⁴³⁸ *Ídem.* Punto IV.

⁴³⁹ *Ídem.* Punto IV.

un fraude en la hacienda pública, **no siendo suficiente la realidad de una vinculación indebida** con funcionarios del hospital y el hecho de haber vendido productos y efectuado servicios, en tanto que no aparezca acreditada, entre otros, medios fraudulentos, sobrevaluaciones o venta de servicios inexistentes o innecesarios, por lo que este cargo carece de contenido penal.”⁴⁴⁰

Y en la Ejecutoria Suprema N° 740-2003- Arequipa se agregaría: “Que el **delito de colusión ilegal** previsto en el artículo trescientos ochenta y cuatro del Código penal, **exige como presupuesto para su comisión** la ‘concertación’ que consiste en ponerse de acuerdo subrepticamente con los interesados en lo que la ley no permita para beneficiarse a sí mismo y a intereses privados, **la que debe darse de manera fraudulenta y causando perjuicio** a la administración pública.”⁴⁴¹

Para los tribunales ordinarios ha sido claro –durante diferentes momentos– que el delito de colusión ilegal no solo requiere de una concertación de intereses, sino también que cause un perjuicio. Este punto queda aún más claro en la sentencia del Primer Juzgado Penal Anticorrupción, el cual dispondría que: “respecto al elemento del tipo que se alude con el término ‘defraudar’ este no se ha evidenciado, toda vez que no se acompaña el estudio pericial que demuestre la sobrevaluación de los bienes adquiridos, o su internamiento en los almacenes del Ejército en menor cantidad, de calidad distinta o defectuosa, **supuestos en los se afirmaría un perjuicio patrimonial al Estado. Justamente por su carácter patrimonial, el perjuicio debe ser valorable y cuantificable económicamente**, lo que supone que su

⁴⁴⁰ Ejecutoria Suprema N° 2664-2003-Arequipa. Citada por: PÉREZ ARROYO, Miguel. *La Evolución de la Jurisprudencia Penal en el Perú*. Tomo II. 2001-2005. p. 1338. Lima, 2006, p.1359.

⁴⁴¹ Ejecutoria Suprema N° 740-2003- Arequipa. Citado por: PÉREZ ARROYO, Miguel. *Ídem.*, p. 1317.

determinación deba ser objeto de prueba en el proceso penal en miras a la efectiva comprobación de la existencia de la acción típica.”⁴⁴²

El cuestionamiento de la necesaria presencia del elemento “patrimonial” para la comisión del delito de colusión ilegal no es una cuestión extraña ni mucho menos extravagante. Ha formado parte de la dogmática penal nacional a lo largo de los años. Entonces, debemos preguntarnos si es adecuado que el Tribunal Constitucional zanje un debate penal que se venía desarrollando dentro de los márgenes naturales de la dogmática penal⁴⁴³ y, aún más, contrariando la posición que buena parte de los tribunales nacionales penales habían adoptado en el transcurso de los años. Para responder esto, debemos recordar los límites propios de la actividad de nuestro máximo tribunal. Sus límites son similares a los demás tribunales constitucionales existentes en el mundo, siendo uno de sus principales límites –como lo recuerda Gascón para la experiencia española– el analizar circunstancias que ponen en duda la constitucionalidad, no la legalidad; en ese sentido, “(...) su función no es la de sustituir al Parlamento, que goza de una innegable libertad política; no es, por tanto, la de fijar la mejor interpretación de

⁴⁴² REYNA ALFARO, Luis. *Estructura Atípica del Delito de Colusión*. En: Actualidad Jurídica – Gaceta Jurídica. Tomo 130. 2004. p. 69. Citado por: ALCÓCER POVIS, Eduardo. *El Engaño y el Perjuicio en el Delito de Colusión Desleal. ¿Elementos del Tipo Penal?*. En Obras Portales - Derecho Penal - Université de Fribourg. p. 7. Disponible en: https://www.google.com.pe/search?q=ALC&oq=ALC&aqs=chrome..69i57j69i60l2j69i61j69i60j69i61.2783j0j4&sourceid=chrome&es_sm=93&ie=UTF-8. Consultado el 20 de agosto de 2015.

⁴⁴³ Debe recordarse que el debate respecto a la necesidad del elemento “patrimonial” en la configuración del delito de colusión se enmarca en un debate más amplio como es el de determinar si en los casos en que no se produce un daño patrimonial el derecho penal debe activarse. Como recuerda Carbonell Mateu: “*Debemos, pues, contentarnos con aspirar al Derecho Penal mínimo; esto es, a las mínimas intervenciones posibles para conseguir tutelar el máximo de bienes jurídicos necesarios para asegurar las libertades de los ciudadanos. Expresiones del principio general de libertad o, si se prefiere desde el punto de vista de la injerencia estatal en la libertad de los ciudadanos, de prohibición de exceso o de intervención mínima, son los denominados principios de adecuación, necesidad y proporcionalidad en sentido estricto, así como el de ofensividad. Exige el denominado principio de adecuación que el Derecho Penal sea apto para la tutela del bien jurídico (bien jurídico susceptible de tutela penal) y que la medida adoptada sea también adecuada a la finalidad perseguida. El principio de necesidad de la pena es otra expresión del de prohibición de exceso.*” Véase: CARBONELL MATEU, Juan Carlos. *Reflexiones sobre el Abuso del Derecho Penal y la Banalización de la Legalidad*. En Homenaje al Dr. Marino Barbero Santos in Memoriam. Ediciones de la Universidad Castilla - La Mancha. Ediciones Universidad Salamanca. 2001. p. 131.

cada precepto-constitucional, sino tan sólo la de eliminar aquellas que resulten intolerables.”⁴⁴⁴

Creemos que en la sentencia bajo análisis el Tribunal Constitucional, no se veía obligado –por las circunstancias– a modificar el tipo legal establecido en la Ley N° 29703 ni tampoco a ingresar una modificación que colisiona con una materia propia de los tribunales penales ordinarios, ya que el añadido “patrimonialmente” no constituye un elemento extravagante que pudiese generar una modificación de la realidad penal con efectos negativos como la impunidad, pues aun sin aquel término los tribunales penales han requerido aquel en su práctica jurisprudencial.

Finalmente, la sentencia del Tribunal Constitucional no se limitó a alterar los efectos que tuvo la Ley N° 29703: también tendrá efectos en el trabajo de los tribunales ordinarios en lo que respecta a la aplicación del artículo 384° del Código Penal ya modificado (es decir, con la tipificación que ya cuenta con la eliminación del término “patrimonialidad”). Los tribunales se encontrarán en dos situaciones: a) Interpretar que la actual regulación de la colusión no requiere para su configuración un daño patrimonial concreto como consecuencia de la línea interpretativa establecida por el Tribunal Constitucional, lo cual implica que las competencias del juez ordinario estarán constreñidos en su campo autónomo de acción y, por tanto, cristalizando una situación intolerable en el sistema de división de poderes de nuestro Estado; y b) Considerar que la sentencia solo se pronuncia sobre la constitucionalidad de la Ley N° 29703 y no sobre la tipificación actual aprobada mediante la Ley N° 29758⁴⁴⁵, por lo que los

⁴⁴⁴ GASCON ABELLAN, Marina y GÓMEZ CASTAÑEDA. *La Justicia Constitucional: Entre Legislación y Jurisdicción*. En Revista Española de Derecho Constitucional. Año n° 14, N° 41. 1994. p. 67.

⁴⁴⁵ Artículo 384 del Código Penal modificado por el artículo Único de la Ley N° 29758, publicada el 21 julio de 2011. El artículo quedó dispuesto de la siguiente forma: “El funcionario o servidor público que, interviniendo directa o indirectamente, por razón de su cargo, en cualquier etapa de las modalidades de adquisición o contratación pública de bienes, obras o servicios, concesiones o cualquier operación a cargo del Estado concierda con los interesados para defraudar al Estado o entidad u organismo del Estado, según ley, será reprimido con pena privativa de libertad no menor de tres ni mayor de seis años. El funcionario o servidor público que, interviniendo directa o indirectamente, por razón de su cargo, en las

jueces ordinarios se encuentran en libertad de determinar si el delito de colusión para su configuración requiere del elemento de "patrimonialidad". Sin embargo, si esto fuese así, la sentencia del Tribunal Constitucional no solo habría sido excesiva, sino además inútil, pues los mismos argumentos esgrimidos por el máximo tribunal serían aplicables a la actual regulación de aquel delito, aunque, sin la fuerza para poder contradecir aquel giro interpretativo que añadiría la patrimonialidad como elemento necesario.

3.3. La extensión en el delito de peculado

A diferencia del caso anterior, se observarán los impactos que generan los fallos del Tribunal Constitucional nacional sobre el principio de legalidad penal, no sólo por intervenir en la actividad del congreso, sino por su intervención en la actividad de los jueces penales. El caso Luis Bedoya de Vivanco⁴⁴⁶ –enmarcado en la actividad penal del Estado peruano en contra de Vladimiro Montesinos y otros funcionarios de alto nivel– tuvo como objetivo dilucidar si los tribunales penales violaron ciertos derechos constitucionalmente protegidos de Luis Bedoya a través de un hábeas corpus, dado que fue sentenciado por la comisión del delito de peculado en calidad de cómplice.

La defensa de Bedoya de Vivanco argumentó que el delito de peculado constituía un delito especial y que requería ser efectuado necesariamente por un funcionario público. Según la defensa, esto no se habría cumplido pues Vladimiro Montesinos (condenado como autor de peculado), al momento de los hechos, solo ostentaba la calidad de asesor de alta dirección del Servicio de Inteligencia Nacional (SIN) "(...) cargo que no comprendía la potestad de disposición o administración de

contrataciones y adquisiciones de bienes, obras o servicios, concesiones o cualquier operación a cargo del Estado mediante concertación con los interesados, defraudare patrimonialmente al Estado o entidad u organismo del Estado, según ley, será reprimido con pena privativa de libertad no menor de seis ni mayor de quince años."

⁴⁴⁶ Sentencia del Tribunal Constitucional del Perú N° 2758-2004-HC/TC-Lima (Caso Luis Bedoya de Vivanco) del 23 de noviembre de 2004.

fondos públicos".⁴⁴⁷ La defensa añadiría que no solo no se cumplió con el tipo penal de peculado, sino que además existía una contradicción en sede jurisdiccional respecto al autor principal de los hechos. La defensa indicaría que Vladimiro Montesinos ya había sido sentenciado por el delito de usurpación de funciones, lo que implicaba que el sentenciado no tenía la calidad de funcionario público y, por lo tanto, no se cumpliría con el tipo de peculado y, siendo así, tampoco habría de cumplirse con el tipo de peculado en calidad de cómplice respecto de Bedoya de Vivanco.

Pero, ¿es atendible lo indicado por la defensa?

En relación al delito de peculado, debe recordarse que al momento del juzgamiento aquel delito se encontraba regulado de la siguiente manera: El funcionario o servidor público que se apropia o utiliza, en cualquier forma, para sí o para otro, caudales o efectos cuya percepción, administración o custodia le estén confiados por razón de su cargo, será reprimido con pena privativa de la libertad no menor de dos ni mayor de ocho años.

Constituye circunstancia agravante si los caudales o efectos estuvieran destinados a fines asistenciales o a programas de apoyo social. (...) ⁴⁴⁸

Por su parte, la doctrina entiende a este delito como un tipo penal cuya existencia se debe a la presencia de una relación entre el funcionario y los caudales estatales.⁴⁴⁹ En este caso, el bien jurídico protegido penalmente sería el "deber del cargo" que se desprende de la especial relación entre un funcionario público y los dineros públicos.⁴⁵⁰

⁴⁴⁷ *Idem.* Antecedentes.

⁴⁴⁸ Código Penal del Perú. Artículo 387. Modificado por el artículo único de la Ley N° 26198, publicada el 13 de junio de 1993.

⁴⁴⁹ Véase: GAVIRIA, Vicente. *La Función Propia del Cargo en los Delitos de Peculado. Un Caso de Jurisprudencia.* En: *Derecho Penal y Criminología* Vol. 12, N° 43. 1991. pp. 117-138.

⁴⁵⁰ Véase en especial, a Abanto. El autor indica, de manera precisa, siguiendo el trabajo de Roxin: "Los tipos penales de la parte especial pueden sistematizarse distinguiéndolos entre "delitos de dominio" y "delitos de infracción del deber". (...) Como consecuencia de la distinción hecha antes, la autoría y la participación tendrán que seguir necesariamente

No obstante ello, algunos ven como razón de ser del delito la afectación del adecuado funcionamiento de la administración pública (bien jurídico). En nuestro sistema legal, la posición que prima es la de entender al peculado como un delito pluriofensivo (de afectación de más de un bien jurídico). Al respecto, en un Pleno Jurisdiccional de las Salas Penales Permanentes y Transitoria de la Corte Suprema de Justicia⁴⁵¹ se concluyó que el delito de peculado, en efecto constituye un delito pluriofensivo. En palabras del pleno "(...) tratándose el peculado de un delito pluriofensivo, el bien jurídico se desdobra en dos objetos específicos merecedores de protección jurídico – penal: a) garantizar el principio de no lesividad de los intereses patrimoniales de la Administración Pública y b) evitar el abuso del poder del que se halla facultado el funcionario o servidor público que quebranta los deberes funcionales de lealtad y probidad".⁴⁵² Del razonamiento del pleno se desprende que, para que se configure el tipo penal de peculado, es necesario no solo el uso de fondos públicos del Estado (preservar el principio de no lesividad del patrimonio estatal), sino el abuso del poder del que está facultado el funcionario, quien habrá de quebrantar sus deberes funcionales.

Es en ese sentido que más adelante el pleno (al indicar los elementos del tipo penal) señala como necesario: "(l)a existencia formal de una relación funcional entre el sujeto activo y los caudales y efectos."⁴⁵³ Se añade que: "Se entiende por relación funcional el poder de vigilancia y control sobre la cosa como mero componente típico, esto es,

distintos principios según el delito de que se trate. En el caso de los "delitos de dominio" resulta aplicable la teoría del "dominio del hecho". Pero en el grupo de los "delitos de infracción del deber", la presencia o ausencia de dominio del hecho no debería tener ninguna trascendencia para distinguir entre autor o partícipe." Véase: ABANTO VÁSQUEZ, Manuel. *Autoría y Participación y la Teoría de los Delitos de Infracción del Deber*. En: *Revista Penal* N° 14. 2004. Como explicaremos más adelante, lo explicado por el autor es pieza central para resolver el caso bajo análisis. pp. 8-9. Véase, en opinión crítica a la noción de los "delitos de infracción del deber": MAÑALICH, Juan Pablo. *La Malversación de Caudales Públicos y el Fraude al Fisco como Delitos Especiales*. En: *Política Criminal* Vol. 7, N° 4. 2012. pp. 357-377.

⁴⁵¹ Pleno Jurisdiccional de las Salas Penales Permanente y Transitoria de la Corte Suprema de Justicia. Acuerdo Plenario N° 4-2005-CJ/116.

⁴⁵² *Ídem.*, punto 6.

⁴⁵³ *Ídem.*, punto 7.

competencia del **cargo, confianza en el funcionario en virtud del cargo**, el poder de vigilar y cuidar los caudales o efectos.”⁴⁵⁴

En ese sentido, el criterio para el cumplimiento del tipo penal de peculado pareciera estar en línea con el argumento esgrimido por la defensa de Bedoya de Vivanco. No obstante, el Tribunal Constitucional se encontró en un dilema (aunque artificial) en el que un posible fallo a favor de la defensa de Bedoya de Vivanco podría generar una situación de impunidad respecto a actos de corrupción sistemática que se produjeron durante el régimen fujimorista. En ese sentido, el Tribunal Constitucional adopta una posición particular.

El Tribunal recuerda que: “El recurrente, basándose en diversa doctrina penal, alega que el delito de peculado, por su propia naturaleza, sólo puede ser cometido por funcionario público al que, por razón de su cargo, se le ha encomendado la administración o custodia de caudales o efectos del Estado, por lo que, al no tener formalmente Vladimiro Montesinos Torres el cargo de Jefe de Servicio de Inteligencia, cargo que sí lo habilita para el manejo de fondos públicos (...) no puede ser considerado autor del delito de peculado. Del mismo modo, la sentencia condenatoria, invocando conceptos desarrollados por la doctrina penal, señala que también puede configurarse el delito de peculado en caso de que el funcionario público detente la función de facto.”⁴⁵⁵

Y señala que coincide con la conclusión a la que llegó el tribunal ordinario en el sentido de que sí se configura el delito de peculado, pues, si bien es cierto que Vladimiro Montesinos formalmente solo detentaba un cargo inferior dentro de la estructura del SIN, éste “(...) en realidad ejercía, de hecho, la jefatura del SIN, cargo que le permitía la custodia y administración de los fondos públicos, por lo que puede considerarse sujeto activo del delito, tal como lo prevé el artículo 387° del Código Penal”.⁴⁵⁶

⁴⁵⁴ *Ídem.*

⁴⁵⁵ Sentencia del Tribunal Constitucional del Perú N° 2758-2004-HC/TC-Lima, fundamento 9.
Ob. Cit. Nota: 43.

⁴⁵⁶ *Ídem.*, fundamento 10.

Lo indicado por el Tribunal Constitucional nacional genera una serie de problemas. Uno de estos, se origina por la variación que éste efectúa al concepto de peculado. Respecto a esto, debe tenerse en cuenta que el Pleno Jurisdiccional de las Salas Penales Permanentes y Transitoria de la Corte Suprema de Justicia, al tomar su posición respecto al delito de peculado, en ningún momento reconoce la posibilidad del “ejercicio de hecho o facto” de un cargo administrativo por parte de un imputado para que le pueda ser aplicado este tipo penal. Todo lo contrario, el pleno indicó que: “(p)ara la existencia del delito de peculado no es necesario que sobre los bienes que se le haya confiado por razón de su cargo en cualquiera de las formas y que constituyan el objeto material del hecho ilícito, el agenta **ejerza una tenencia material directa**. Es suficiente que el sujeto activo tenga la llamada **disponibilidad jurídica**, es decir, **aquella posibilidad de libre disposición que en virtud de la ley tiene el funcionario o servidor público; debe tener, por tanto, competencia funcional específica**.”⁴⁵⁷

En ese sentido es un elemento indispensable del tipo que el sujeto activo del delito detente un cargo que por ley, le dé la posibilidad de acceder a los fondos públicos (según el marco legal vigente). Cabe resaltar lo señalado por Alcócer Povis, quien critica la posición adoptada por el Tribunal Constitucional cuando resuelve el caso en mención. El autor recuerda que el delito de peculado constituye un delito que se aplica (a título de autoría) restrictivamente a sujetos calificados; involucra además un *delito de infracción del deber* pues el fundamento de la responsabilidad penal del autor radica en el quebrantamiento de un deber asegurado institucionalmente y que afecta sólo al titular de un determinado *status*.⁴⁵⁸ En ese sentido, el bien jurídico involucrado en el delito de peculado sería el quebrantamiento de un deber de custodia y, por lo tanto, constituye un “delito de infracción de deber”. Por ello, “(e)n

⁴⁵⁷ Pleno Jurisdiccional de las Salas Penales Permanente y Transitoria de la Corte Suprema de Justicia. Acuerdo Plenario N° 4-2005-CJ/116. Punto 6.

⁴⁵⁸ ALCÓCER POVIS, Eduardo. *La Autoría y Participación en el Delito de Peculado. Comentarios a partir del Caso Montesinos-Bedoya*. En Obras Portales - Derecho Penal - Université de Fribourg. Disponible en: https://www.unifr.ch/ddp1/derechopenal/obrasportales/op_20110907_01.pdf. Consultado el 20 de agosto de 2015.

esa perspectiva, en los delitos de infracción de deber, la idea del dominio del hecho no rige como criterio para determinar la conducta típica de autoría, sino -en esencia- el quebrantamiento del deber extrapenal.⁴⁵⁹

En el caso de Vladimiro Montesinos, nos enfrentamos al caso de un "usurpador" de la función administrativa.

Al respecto, Rojas Vargas indica que el caso del usurpador se produce: i) Cuando el funcionario ha cesado en sus funciones pero, aun así y sin fundamento legal alguno, mantiene ejercitando el cargo firmando resoluciones y ejecutando los mismos; ii) Cuando por vía de hecho un particular ejerce o controla el ejercicio de las funciones públicas sin mantener vínculo con la administración o la que mantiene no le da derecho a dicho ejercicio y iii) Cuando un particular accede al cargo público por el contexto existente (ausencia de autoridad).⁴⁶⁰ El escenario ii) parece ser el caso exacto en el que se encuentra el ex-asesor presidencial. Y siendo así, es difícil mantener la posibilidad de que el mismo se encontraba dentro del tipo penal específico de peculado.

Resulta claro entonces que el Tribunal Constitucional se aleja del criterio uniforme establecido por los operadores penales. Pero aún más importante, modifica el tipo penal de peculado, pues no está expreso en el tipo la posibilidad de que el que detente de facto un cargo pueda estar inmerso en aquel delito. Como hemos señalado previamente, existe una barrera fundamental que limita los poderes del Estado (sea este el Ejecutivo o Judicial) concretizado en el principio de legalidad penal. Constituye parte del contenido de este principio la exigencia de que los tipos penales y las sanciones que se desprenden del mismo sean establecidas por una ley penal estricta, cierta, previa y escrita.

⁴⁵⁹ Abanto indica: "Como consecuencia de la distinción hecha antes, la autoría y la participación tendrán que seguir necesariamente distintos principios según el delito de que se trate. En el caso de los "delitos de dominio" resulta aplicable la teoría del "dominio del hecho". Pero en el grupo de los "delitos de infracción del deber", la presencia o ausencia de dominio del hecho no debería tener ninguna trascendencia para distinguir entre autor o partícipe." Véase: ABANTO VÁSQUEZ, Manuel. *Autoría y Participación...*, p. 5. Ob. Cit. Nota: 47.

⁴⁶⁰ ROJAS VARGAS, Fidel. *Delitos contra la Administración Pública*. Edit. Grijley – Lima, 3ra Edición. 2002, pp. 39-40.

El principal problema con la sentencia del Tribunal Constitucional se encuentra en que colisiona con el principio de legalidad penal en lo que se refiere a la exigencia de que la norma penal esté establecida por ley penal estricta, es decir, que la ley penal debe contener todos los elementos del tipo y de la culpabilidad, por lo que se encuentra prohibida el uso de interpretaciones extensivas. Como ya se ha indicado, esta prohibición (y en general todas que se desprenden del principio de legalidad) se fundamenta en que las sanciones penales (que por naturaleza son mecanismos de última *ratio*) deben ser aprobadas por medio de la representación nacional (Parlamento), a través de la cual la sanción adquiere legitimidad, pues es impuesta a la población por la propia población y con la publicidad propia de la ley. Esto no se cumple con la emanación de una decisión jurisdiccional y menos aun con la formulación de una sentencia que interpreta extensivamente el tipo penal de peculado.

En este punto se hace urgente preguntarse si el principio de legalidad penal constituye un principio que sólo vincula y limita al Poder Ejecutivo y al Poder judicial. Al respecto, no existe razón para creer que un principio fundante de la idea del Estado se limite a ello. Entonces: ¿Se encuentra el Tribunal Constitucional vinculado por ese mismo principio? ¿Puede el Tribunal Constitucional vulnerar un principio constitucional al dictar sentencias? La respuesta pareciera ser positiva y encuentra reconocimiento en la opinión dada por dos de los jueces del Tribunal Constitucional, que en votos singulares indicaron que el fundamento 9⁴⁶¹ de la sentencia "(...) **contraviene el principio de legalidad al establecer que los jueces pueden crear delitos**. El origen político del principio en cuestión radica en la división de poderes que

⁴⁶¹ El fundamento 9 de la sentencia indica: "(...) resulta indudable que de la forma como se encuentra previsto el delito de peculado en nuestro Código Penal, el autor del mismo es un funcionario público que reúna determinadas características, como es el hecho de que por razón de su cargo tenga la percepción, administración o custodia de bienes estatales. Sin embargo no resulta una interpretación que exceda de lo dispuesto en la norma penal, de modo tal que pueda considerarse como una creación judicial de supuestos no previstos, que se sancione como autor de peculado a quien, sin tener formalmente la condición de funcionario público, que por razón de su cargo tenga la percepción, administración o custodia de bienes estatales, no obstante ejerce de fecha dicha función". Véase: Sentencia del Tribunal Constitucional del Perú N° 2758-2004-HC/TC-Lima. Fundamento 9. *Ob. Cit.*, Nota: 43.

separa de manera clara las funciones de legislador y juez. En tal sentido, a este último se le priva la posibilidad de crear delitos o penas.”⁴⁶² Y agregan que “(...) la usurpación de funciones públicas no convierte al usurpador en funcionario público y que el artículo 387° del Código Penal exige textualmente que el funcionario administre bienes públicos por razón de su cargo. **Interpretar lo contrario es apartarse del texto claro, expreso y literal de la ley penal y rozar analogías prohibidas por la Constitución**”.⁴⁶³

Pero las consecuencias para el sistema legal no se limitan a esto. A decir verdad, la sentencia aludida impacta en dos frentes: a) Colisiona con el principio de legalidad penal (en su manifestación de ley penal estricta); y b) Pone en entredicho las competencias de los tribunales ordinarios.

Y es que un criterio fundamental en el funcionamiento del Tribunal Constitucional peruano, así como de los otros tribunales de la misma naturaleza (en otras jurisdicciones), es que la jurisdicción constitucional debe centrarse en verificar la vulneración de un derecho o un interés con contenido constitucional. En ese sentido, materias que no son propiamente constitucionales deben mantenerse de forma exclusiva dentro de las competencias de la jurisdicción ordinaria. Esto en materia penal es un elemento esencial que debe respetarse, para no transformar la jurisdicción constitucional en una tercera instancia. Este punto es sumamente relevante, pues de no seguirse este criterio –entre otras consecuencias– el Tribunal Constitucional se encontraría en la necesidad de interpretar continuamente los tipos penales –hecho que por la naturaleza interpretativa intrínsecamente extensiva de las disposiciones constitucionales– haría que los tipos penales perdieran contornos claros y fijos – por lo que vulneraría el principio de legalidad. Como resulta claro, esto es exactamente lo que sucedió con la sentencia de Bedoya de Vivanco.

⁴⁶² Voto Singular del Magistrado Juan Bautista Bardelli Lartirigoyen. Sentencia del Tribunal Constitucional del Perú. N° 2758-2004-HC/TC-Lima. Punto 6. *Ob. Cit.* Nota: 43.

⁴⁶³ Voto Singular de la Magistrada Revoredo Marsano. Sentencia del Tribunal Constitucional del Perú N° 2758-2004-HC/TC-Lima. Punto 2. *Ob. Cit.* Nota: 43.

Todo esto se agrava cuando uno tiene en cuenta que nuestro máximo tribunal ya había tenido oportunidad de determinar hasta qué punto podía dar revisión a decisiones judiciales con naturaleza de cosa juzgada. Aquella oportunidad la tuvo años antes en el caso Tineo Cabrera.⁴⁶⁴ Hay que recordar sobre este caso, el contexto del mismo. En el momento en que la defensa de Tineo Cabrera presenta el recurso constitucional, aun existían dudas respecto a la posibilidad de que el máximo tribunal pudiera revisar el fondo de sentencias dictadas por los tribunales ordinarios con carácter de cosa juzgada (al igual que el alcance de ello) cuando ejercitaba revisión de la posible afectación del derecho al debido proceso de un sujeto (dado el marco legal existente en aquel momento).⁴⁶⁵ Es por ello que el Tribunal Constitucional aprovecha la oportunidad para indicar lo siguiente: "(...) el Tribunal Constitucional estima que es una interpretación contraria a la Constitución entender que las disposiciones citadas de las Leyes N° 23506 y 25398 impidan, siempre y en todos los casos, que mediante el hábeas corpus se pueda evaluar la legitimidad constitucional de los actos emanados por quienes administran justicia. En un Estado Constitucional de Derecho no existen (ni pueden auspiciarse) zonas exentas de control constitucional, más allá de aquellas que la propia Constitución pueda haber establecido con carácter excepcional."⁴⁶⁶

Es decir, el Tribunal Constitucional considera que el *Habeas Corpus*, si bien no puede ser utilizado para cuestionar sentencias dictadas conforme al marco legal vigente, si puede ser usado para cuestionar sentencias dictadas en contra del marco legal en vulneración de, por ejemplo, el derecho al debido proceso. Es en ese sentido que el Tribunal Constitucional se avoca a darle contenido legal a la noción de

⁴⁶⁴ Sentencia del Tribunal Constitucional del Perú N° 1230-2002-HC/TC del 20 de junio de 2002.

⁴⁶⁵ En aquel momento se encontraba vigente la Ley N° 23506, Ley de Habeas Corpus y Amparo, complementada por la Ley N° 25398, que en conjunto indicaban que: "a) no procede el hábeas corpus contra resoluciones judiciales emanadas de un procedimiento regular; b) las anomalías que pudieran cometerse dentro de un proceso deberán remediarse haciéndose ejercicio de los medios impugnatorios que las leyes procesales establecen; c) tampoco procede el hábeas corpus "en materia de liberación" cuando el sentenciado "esté cumpliendo pena privativa de la libertad ordenada por los jueces". (Véase: Ley N° 23506, Ley de Habeas Corpus y Amparo, publicada el 24 de diciembre de 1982).

⁴⁶⁶ Sentencia del Tribunal Constitucional del Perú N° 1230-2002-HC/TC, fundamento 5.

“proceso irregular” contra el cual cabe la presentación de un *Habeas Corpus* y, por tanto, de la revisión del fondo y la forma como llegó a ésta el juez ordinario. Al respecto, nuestro máximo tribunal indicó que “el concepto de “proceso regular”, como supuesto de improcedencia del hábeas corpus contra resoluciones judiciales, está inescindiblemente ligado al desarrollo normal y respeto escrupuloso de los derechos de naturaleza procesal: el de tutela jurisdiccional efectiva y el debido proceso y, con ellos, todos los derechos que los conforman.”⁴⁶⁷

En ese sentido, será un “proceso irregular” aquel que atente contra el derecho del debido proceso y la tutela jurisdiccional efectiva. Ahora, de los derechos que nos conciernen, el relevante es el derecho a la motivación (derecho que forma parte del derecho al debido proceso). Es el alegato de la violación de este derecho el que abriría las puertas al Tribunal Constitucional para que examine la correcta utilización o no de pruebas, interpretación de normas legales, entre otros, en las sentencias dictadas por los tribunales ordinarios. Dado ese peligro, el Tribunal aclara que si bien el derecho a la motivación debe ser cumplido dentro de los procesos judiciales: “La Constitución no garantiza una determinada extensión de la motivación, por lo que su contenido esencial se respeta siempre que exista fundamentación jurídica, congruencia entre lo pedido y lo resuelto y, por sí misma, exprese una suficiente justificación de la decisión adoptada, aun si esta es breve o concisa, o se presenta el supuesto de motivación por remisión. Tampoco garantiza que, de manera pormenorizada, todas las alegaciones que las partes puedan formular dentro del proceso sean objeto de un pronunciamiento expreso y detallado. En materia penal, el derecho en referencia garantiza que la decisión expresada en el fallo sea consecuencia de una deducción razonable de los hechos del caso, las pruebas aportadas y la valoración jurídica de ellas en la resolución de la controversia. En suma, garantiza que el razonamiento empleado guarde relación y sea proporcionado y congruente con el problema que al juez penal corresponde resolver.”⁴⁶⁸

⁴⁶⁷ *Idem.*, fundamento 6.

⁴⁶⁸ *Idem.*, fundamento 11.

En esa línea, el Tribunal Constitucional indica correctamente que “no puede acudir al hábeas corpus ni en él discutirse o ventilarse asuntos resueltos y que, como es la determinación de la responsabilidad criminal, son de incumbencia exclusiva de la justicia penal. El hábeas corpus es un proceso constitucional destinado a la protección de los derechos reconocidos en la Constitución y no para revisar si el modo como se han resuelto las controversias de orden penal son las más adecuadas conforme a la legislación ordinaria.”⁴⁶⁹

Esta posición del Tribunal Constitucional, por la cual considera excepcional la revisión de las sentencias emanadas por los tribunales ordinarios, pareciera ser olvidada en la sentencia de Bedoya de Vivanco. Es debido a esta errada percepción del Tribunal Constitucional sobre su competencia para efectuar la correcta subsunción de lo sucedido en el tipo penal lo que lo llevó finalmente a asumir atribuciones propias de los tribunales penales, interpretando expansivamente el tipo penal bajo análisis en su afán de evitar una posible situación de impunidad. Lo que resulta paradójico de todo esto es que el Tribunal Constitucional, en aquella sentencia, es consciente de los límites a sus competencias constitucionales. Debe recordarse que el Tribunal recuerda en el fallo lo siguiente: “Si bien el principio de legalidad penal, el cual protege el derecho de no ser sancionado por supuestos no previstos en norma jurídica, en tanto derecho subjetivo constitucional debe ser pasible de protección en esta vía, **el análisis que debe practicar la justicia constitucional no es equiparable a la que realiza un juez penal.** En efecto, como este Tribunal lo ha señalado en diversas oportunidades “no puede acudir al hábeas corpus ni en él discutirse o ventilarse asuntos resueltos, como lo es la determinación de la responsabilidad criminal, que son de incumbencia exclusiva de la justicia penal.”⁴⁷⁰

Aún más, el mismo tribunal agregaría que: “(e)s bien cierto que, como regla general, **la tipificación penal y la subsunción de las**

⁴⁶⁹ *Idem.*, fundamento 7.

⁴⁷⁰ Sentencia del Tribunal Constitucional del Perú N° 2758-2004-HC/TC-Lima, fundamento 5.
Ob. Cit. Nota: 43.

conductas ilícitas no son ni deberían ser objeto de revisión en estos procesos.”⁴⁷¹ Sin embargo, señala que si podrá controlar la constitucionalidad de aquella subsunción excepcionalmente, dada la potencial violación al principio de legalidad, lo cual solo se producirá cuando: i) El juez penal se aparte del tenor literal del precepto o ii) Cuando la aplicación de un determinado precepto obedezca a pautas interpretativas manifiestamente extravagantes o irrazonables, incompatibles con el ordenamiento constitucional.⁴⁷²

No obstante todo ello, es poco claro el territorio creado por el Tribunal. Lo cierto es que el Tribunal Constitucional nacional, por naturaleza, puede realizar un análisis de constitucionalidad del principio de legalidad (análisis del cumplimiento de los mismos por los tribunales ordinarios) en los siguientes supuestos: i) La creación judicial de delitos o faltas (por violación a la garantía de ley penal escrita); ii) La aplicación de determinados tipos penales a supuestos no contemplados por ellos, por ejemplo por vía de aplicación analógica de la norma penal (dada la violación de la garantía de ley penal estricta);⁴⁷³ iii) La aplicación de un tribunal de una norma incompleta que impacte en los derechos de los individuos (dada la violación de la garantía de ley penal cierta) y lo indicado en el párrafo anterior.

Para los casos del párrafo anterior, es claro que las mismas son eventualidades que caen dentro del control del Tribunal Constitucional, y no existe problema para encontrar legítimo y oportuno el control de las mismas por el juez constitucional. Sin embargo, en los supuestos previos —es decir, en los casos en que un juez se aparte del tenor literal del

⁴⁷¹ *Ídem.*, fundamento 7.

⁴⁷² *Ídem.*, fundamento 8.

⁴⁷³ Esto es reconocido por el mismo Tribunal Constitucional en la sentencia bajo análisis. Indica el máximo tribunal: “Este tribunal considera que el principio de legalidad penal se configura como un principio, pero también como un derecho subjetivo constitucional (...) La dimensión subjetiva del derecho a la legalidad penal no puede estar al margen del ámbito de los derechos protegidos por la justicia constitucional frente a supuestos como la creación judicial de delitos o faltas y sus correspondientes supuestos de agravación o, incluso, la aplicación de determinados tipos penales a supuestos no contemplados en ellos. El derecho a la legalidad penal vincula también a los jueces penales, y su eventual violación posibilita obviamente su reparación (...)”

precepto penal o que el juez aplique un precepto, dadas pautas interpretativas manifiestamente extravagantes— la legitimidad del control por parte de nuestro máximo tribunal es más compleja.

En primer lugar, el recurrente (en su petitorio) o el Tribunal Constitucional (en su sentencia de fondo) tendrán que explicitar qué manifestaciones del principio de legalidad se ven afectadas por el fallo del tribunal ordinario. Esto implica que el tribunal debe concluir claramente —según las circunstancias particulares del caso— que la actuación del tribunal ordinario violó la garantía de ley penal cierta, estricta o escrita.

Esto implica que el recurrente y, especialmente, el Tribunal Constitucional, debe ser capaz de conectar la actuación errónea del tribunal ordinario con la ocurrencia de una violación concreta al principio de legalidad penal.

En segundo lugar, el Tribunal Constitucional, para efectuar el control de una sentencia dictada por el juez ordinario (en materia penal), tendría que ser capaz de establecer cuándo resulta legítimo y cuándo no apartarse del sentido literal de un precepto legal y, además, especificar qué implica efectuar una interpretación extravagante del tipo penal. Como es obvio, esto dependerá de cada caso en concreto, pero se trata de un área de suma complejidad, pues la labor interpretativa del juez ordinario es su tarea habitual, y el juez constitucional, en principio, solo debería ingresar al control de una sentencia penal, excepcionalmente. Esto último implica que, en estos supuestos, lo relevante no es lo que al juez constitucional le parece correcto o no (sobre la aplicación del tipo penal, pues no constituye su tarea velar por ello), o que haya detectado que —según su parecer— se ha producido un error de derecho en la sentencia. Lo relevante para el juez constitucional debe limitarse a la detección de la posible aplicación extravagante de interpretaciones penales que desfiguren el tipo penal al constituir una violación de la garantía de la ley penal previa, escrita, estricta y cierta.

Es por ello que, como ya hemos apuntado, el Tribunal Constitucional indica correctamente que "(...) solo excepcionalmente quepa efectuar un control constitucional sobre una resolución judicial por afectación del principio de legalidad penal (...)". Siendo esto así, resulta totalmente incomprensible porque el Tribunal Constitucional subsiguientemente decide señalar lo siguiente: **"Este Tribunal coincide con lo señalado en la sentencia cuestionada en el sentido de que sí se configura, en el caso, el delito de peculado.** Si bien es cierto que formalmente Vladimiro Montesinos Torres ocupaba el cargo de Asesor II (...) en realidad, ejercía, de hecho, la Jefatura del SIN (...).⁴⁷⁴ Resulta entonces difícil de entender la necesidad que tuvo el máximo tribunal de realizar ese agregado porque su tarea no incluye el determinar u opinar sobre la correcta aplicación del tipo penal por parte de los tribunales ordinarios. Por ejemplo, de haber encontrado una violación al principio de legalidad por una interpretación manifiestamente extravagante, o dada una manifiesta falta de motivación, su tarea debía limitarse a anular la sentencia y ordenar una nueva revisión en donde el juez penal exponga adecuadamente los fundamentos legales utilizados. Por ello, coincidimos plenamente con lo indicado por la magistrada Revoredo Marsano, en su voto singular, cuando indica que *"(...) soy de opinión que debe anularse la sentencia recurrida, a fin de que la Sala denunciada proceda a esclarecer los temas mencionados, en nueva resolución."*⁴⁷⁵ Es decir, la tarea del juez constitucional culmina en estos casos con la determinación de la infracción constitucional, para que el juez ordinario subsane la potencial afectación constitucional, no en la apropiación de su tarea interpretativa. Y lo indicado es aún más cierto en el caso en mención, por cuanto el Tribunal Constitucional determinó que no se produjo un caso de interpretación manifiestamente deforme del tipo penal, por lo que le bastaba señalar que no se había producido

⁴⁷⁴ Sentencia del Tribunal Constitucional del Perú N° 2758-2004-HC/TC-Lima, fundamento 10. *Ob. Cit.* Nota: 43.

⁴⁷⁵ Voto Singular de la Magistrada Revoredo Marsano. Sentencia del Tribunal Constitucional del Perú N° 2758-2004-HC/TC-Lima. Punto 4. *Ob. Cit.* Nota: 43.

aquel supuesto y, por lo tanto, que desestimaba el recurso presentado por Bedoya de Vivanco.

Sin embargo, al ingresar en materia penal (de carácter no constitucional) establece una posición que tendrá impacto en los jueces penales, especialmente para un delito que en nuestro medio presenta fuertes debates, particularmente sobre la posibilidad de que se configure el mismo por medio del "ejercicio de facto" del cargo funcional. Dada esta situación, esta sentencia pareciera afirmar las siguientes conclusiones:

- a) Los fallos de los tribunales ordinarios penales son objeto de revisión excepcionalmente (lo que no impide que, aun cuando no sea este el caso, el Tribunal Constitucional pueda opinar sobre la correcta interpretación o no de la subsunción en el tipo penal),
- b) El tipo penal de peculado puede configurarse si se da el "ejercicio de facto", del cargo funcional del que habla el artículo 387° del Código Penal;
- c) Es posible ser condenado dentro de nuestro ordenamiento, conjuntamente (y por el mismo hecho) por los delitos de "peculado" y el delito de "usurpación de funciones".

Estas consecuencias son claramente confusas, pero en especial b) y c), pues como bien indica Alcócer Povis: "La delimitación (...) de la figura del administrador de hecho se ha basado principalmente en el dominio efectivo, en ese poder de facto que el sujeto ejerce y que le permite, por tanto, situarse en una posición privilegiada con respecto al bien jurídico protegido (...). Considero que este concepto no resulta aplicable a los delitos que, como el peculado, aluden a la infracción de un deber y no al dominio de hecho. Tal como se ha delimitado el delito de peculado, entre el administrador de hecho y los caudales o fondos públicos no existe alguna relación jurídica o vínculo funcional de administración, precisamente porque la función del primero se basa no en un nombramiento formal, sino en un poder de actuación material, por

tanto, no le será exigible –por no contemplarlo el ordenamiento jurídico – ese deber de lealtad y fidelidad en el ejercicio de la función pública. (...) En cuanto la posición jurídica de Vladimiro Montesinos fue la de un administrador de hecho, no pesó sobre él algún deber hacia el patrimonio estatal que gestionó por lo que no puede imputársele la comisión del delito de peculado (...) La decisión de la judicatura y **del propio Tribunal Constitucional colisionan con el principio de legalidad al atribuir a Vladimiro Montesinos Torres el título de autor del delito de peculado sin tener la posibilidad real o potencial de infringir deberes reglados de función**, pues simplemente no lo ostentaba.⁴⁷⁶

Por lo tanto, en este caso el Tribunal Constitucional innecesariamente entra a tallar en un tema de competencia del juez penal, modificando el sentido común que se tiene del delito de peculado, al ratificar como “correcta” la interpretación del juez penal en este caso específico.

Unos años después, en el año 2013, el Tribunal Constitucional volvería a emitir una sentencia polémica, que tendría como pieza central el análisis del delito de peculado. En esta oportunidad la interposición del recurso sería a favor de Roberto Torres Gonzales⁴⁷⁷, ex alcalde de la Municipalidad Provincial de Chiclayo, quien fue denunciado y sentenciado por el delito de peculado de uso al haber asignado su vehículo oficial al uso particular de su familia. La disposición penal sobre el delito de “peculado de uso” se encontraba recogido en el artículo 388° del Código Penal nacional: “El funcionario o servidor público que, para fines ajenos al servicio, usa o permite que otro use vehículos, máquinas o cualquier otro instrumento de trabajo pertenecientes a la administración pública o que se hallan bajo su guarda, será reprimido con pena privativa de libertad no menor de dos ni mayor de cuatro años.”

⁴⁷⁶ ALCÓCER POVIS, Eduardo. *La Autoría y Participación en el Delito de Peculado. Comentarios a partir del Caso Montesinos-Bedoya*. p. 11. *Ob. Cit.*, Nota: 55.

⁴⁷⁷ Sentencia del Tribunal Constitucional del Perú N° 04298-2012-PA/TC-Lima (Caso Roberto Torres Gonzales) del 17 de abril de 2013.

Esta disposición es aplicable al contratista de una obra pública o a sus empleados cuando los efectos indicados pertenecen al Estado o a cualquier dependencia pública.

No están comprendidos en este artículo los vehículos motorizados destinados al servicio personal por razón del cargo.⁴⁷⁸

Como se aprecia, el tipo penal presentaba una excepción en su último párrafo. Este último párrafo, como resulta obvio, debía ser interpretado por los jueces ordinarios según el caso particular que se les presentara, siendo estos jueces los competentes para dotarle de contenido. En ese sentido, la justicia ordinaria determinó que aquella excepción no podría ser utilizada en el sentido de incluir a la familia de un funcionario público. Es debido a este punto (y otros) que la defensa argumentó que se "(...) ha afectado el debido proceso pues no ha aplicado [el juez] la excepción típica prevista en el tercer párrafo del artículo 388° del Código Penal, que define el delito de peculado de uso, apreciándose una motivación aparente."⁴⁷⁹

Como en el caso anterior, resultó necesario para la defensa conectar la revisión del fondo de la sentencia a una vulneración de un derecho constitucional. Aquella vía, como ya hemos indicado previamente, se hace efectiva a través del argumento de la violación del principio de legalidad. Sin embargo, de las manifestaciones propias del principio de legalidad, la única que le permite al juez constitucional verificar la ponderación de la decisión de una sentencia penal es la supuesta violación a la debida motivación por parte del juez ordinario; siendo en ese sentido que la defensa de Torres Gonzales cuestiona el fallo por una "motivación aparente".

Sin embargo, como el mismo Tribunal estableció en el caso Llamuja, una motivación es considerada aparente cuando "(...) no da cuenta de las razones mínimas que sustentan la decisión o de que no responde a las

⁴⁷⁸ Artículo 388° del Código Penal.

⁴⁷⁹ Sentencia del Tribunal Constitucional del Perú N° 04298-2012-PA/TC-Lima. Antecedentes. *Ob. Cit.*, Nota: 74.

alegaciones de las partes del proceso, o porque solo intenta dar un cumplimiento formal del mandato, amparándose en frases sin ningún sustento fáctico o jurídico".⁴⁸⁰ Además, agregó que una motivación será insuficiente cuando una sentencia carece del "(...) mínimo de motivación exigible atendiendo las razones de hecho o de derecho indispensables para asumir que la decisión está debidamente motivada. (...) **sólo resultará relevante** desde una perspectiva constitucional **si es que la ausencia de argumentos o la insuficiencia de fundamentos resulta manifiesta** a la luz de lo que en sustancia se está decidiendo."⁴⁸¹ Como se puede apreciar, nuevamente el Tribunal Constitucional considera excepcional el anular una sentencia de la jurisdicción ordinaria por tener un fondo defectuoso. Para ello, el juez ordinario tendría que vulnerar de forma flagrante el derecho individual a la debida motivación, al no presentar razones mínimas que lleven a entender su decisión.

En ese contexto, lo alegado por la defensa de Roberto Torres Gonzales, en el sentido de que la sentencia penal cuestionada "(...) adolece de una motivación aparente, al no justificar debidamente, en su considerando cuarto, las razones por las cuales ha optado por utilizar una interpretación restrictiva de la excepción típica prevista en el tercer párrafo del artículo 388 del Código Penal (...)"⁴⁸², debía ser analizada y considerada de forma estricta en aplicación de los criterios que el mismo Tribunal Constitucional estableció en el caso Llamuja. Sin embargo, el máximo tribunal decide tomar una posición distinta y difícil de entender. El tribunal indica que "(...) si bien **la Sala emplazada ha llevado a cabo una interpretación correcta del sentido de la disposición** normativa contenida en el tercer párrafo del artículo 388° del Código Penal, en tanto el uso personal del vehículo, excluido de tipificación penal, léase uso familiar o amical del mismo, dado que la razón de la exención normativa es la facilitación del desenvolvimiento y seguridad del alto funcionario (...) también es cierto que una interpretación excesivamente

⁴⁸⁰ Sentencia del Tribunal Constitucional del Perú N.º 00728-2008-PHC/TC del 13 de octubre de 2008, fundamento 7.

⁴⁸¹ *Idem.*

⁴⁸² Sentencia del Tribunal Constitucional del Perú N.º 04298-2012-PA/TC-Lima, fundamento 14. *Ob. Cit.*, Nota: 74.

rígida de esta exclusión puede llevar a desnaturalizar el sentido mismo de la excepción típica.⁴⁸³

Como se aprecia, el Tribunal es de la opinión de que el juez ordinario ha llevado una interpretación correcta del artículo 388° del Código Penal. En estricto sentido, esta frase de por sí rebaza las competencias de control del colegiado, siendo suficiente que señale que el juez ordinario llevó una interpretación razonable del artículo 388° del Código Penal. Pero sorprendentemente, al Tribunal no le basta que la sentencia del juez ordinario sea razonable (en el sentido de que se encuentre motivado) ni que la interpretación de aquel juez fuese correcta. Pareciera que el Tribunal Constitucional está dispuesto a orientar el artículo 388° del Código Penal según como éste quisiera que sea, es decir, nuestro máximo tribunal no falla según el orden legal, sino en base a *lege ferenda*.

Semejante decisión es abiertamente contraria al principio de legalidad penal, pues con este fallo el Tribunal Constitucional efectúa una modificación del sentido literal del artículo 388° del Código Penal e incurre en la creación penal por vía jurisdiccional. Esto ya ha generado discusiones que revelan la incertidumbre respecto a qué acto constituye peculado en uso y cual no.⁴⁸⁴ Y, si bien se podría argumentar que la decisión del Tribunal Constitucional no tendría efectos *erga omnes*, en tanto fue dado en el contexto de una demanda de amparo y no en el contexto de un proceso de inconstitucionalidad, lo cierto es que para propósitos del tercer párrafo del artículo 388° del Código Penal sí tendrá una fuerza gravitante.

Ahora, dada la articulación legal expuesta, al Tribunal Constitucional no le queda más que señalar que "(...) si bien la interpretación restrictiva que efectuó la Sala emplazada fue correcta en cuanto al sentido de la excepción típica prevista (...) dado que consideró que el "uso personal

⁴⁸³ Sentencia del Tribunal Constitucional del Perú N° 04298-2012-PA/TC-Lima. Fundamento 17. *Ob. Cit.*, Nota: 74.

⁴⁸⁴ Al respecto, véase: Instituto de Democracia y Derechos Humanos - IDEHPUCP. Boletín N° 26. Proyecto Anticorrupción. Junio de 2013. Comentario Jurisprudencial. Caso Roberto Torres Gonzáles. pp. 12-17. Disponible en: <http://idehpucp.pucp.edu.pe/wp-content/uploads/2012/07/boletin-26.pdf>. Consultada el 15 de agosto de 2015.

de vehículo” excluye “el uso familiar” del mismo, **existe una motivación insuficiente** (...) No ha efectuado pues la Sala emplazada un examen de razonabilidad (...).⁴⁸⁵

Como si no fuese poco, en su intento por sustentar tal posición, indica que no se han establecido las razones por las que el uso familiar del vehículo del alcalde (como “uso familiar” de un fin de semana) debiera ser entendido como “(...) un uso **exclusivo y sistemático** del vehículo oficial por personas distintas del funcionario”.⁴⁸⁶

Con ello, el Tribunal no hace más que añadir elementos dentro del tipo penal que no fueron incluidos por el legislador, pues el artículo 388° no incluye las nociones de uso exclusivo ni sistemático por terceras personas para que se pueda configurar el tipo de peculado de uso. Esto genera incertidumbre legal, pues el tipo penal de “peculado de uso” no estará unificado en el Código Penal nacional, sino que habrá que tenerse en cuenta los criterios adicionales incluidos por nuestro máximo tribunal, es decir, los elementos de “exclusividad” y “sistematicidad” del uso del bien por un tercero.

Debemos preguntarnos: ¿Resultaba razonable lo indicado por el Tribunal Constitucional? ¿Es cierto que la sentencia emitida por el juez ordinario infringe el ordenamiento constitucional por carecer de motivación al presentar una motivación insuficiente en relación a las razones que lo llevaron a excluir el “uso familiar” de la noción de “uso personal del vehículo”? Para obtener una respuesta sobre este punto, es necesario tener en cuenta lo indicado por el juez ordinario en su sentencia, cuando indica que: “La exclusión vehículos motorizados del género vehículos a que se contrae el primero párrafo del citado artículo, se justifica no por su adscripción a un servicio público sino por criterio de funcionalidad: “estar destinado al servicio personal por razón del cargo”, excepción que como tal debe interpretarse en forma restringida, no pudiendo extenderse por ejemplo al concepto “servicio familiar por

⁴⁸⁵ Sentencia del Tribunal Constitucional del Perú N° 04298-2012-PA/TC-Lima, fundamento 18. *Ob. Cit.*, Nota: 74.

⁴⁸⁶ *Idem.*

razón de cargo”, pues esta salvedad se prevé por la ley como intuito personae (...) El Colegiado da cuenta, que la razón de la norma es loable. Si ésta se aplicara en toda su extensión y realidad, muy pocos agentes públicos se salvarían, pues es de público conocimiento que a diario se utilizan los vehículos del Estado. No hay duda del enorme perjuicio que ello ocasiona, si sumáramos todos los gastos ajenos al servicio (combustible, salario de chofer, pago de peajes, desgaste de vehículo (...)). Por eso, muchos sostienen que, para que esta figura no resulte lírica, hay que aplicar con todo rigor la norma y su excepción prevista (...)”⁴⁸⁷

Como resulta evidente, la sentencia del juez ordinario no incurrió en una motivación aparente ni en una motivación insuficiente respecto a la decisión de excluir el “uso familiar del vehículo” de la cláusula de exclusión del artículo 388° del Código Penal. Cuestión distinta es si al Tribunal Constitucional no le agradó el razonamiento legal seguido por la sala penal, cuestión que no puede cuestionar al no encontrarse ese ejercicio dentro del ámbito de su competencia.⁴⁸⁸

⁴⁸⁷ Sentencia del Tribunal Constitucional del Perú N° 04298-2012-PA/TC-Lima. Fundamento 16. *Ob. Cit.*, Nota: 74.

⁴⁸⁸ He incluso, si fuese parte de la competencia del Tribunal Constitucional, resulta cuestionable las razones por las que deja de lado la necesidad de hacer frente a los sistemáticos actos de corrupción que se producen en nuestra administración pública. Si de razones de fondo se trata, como bien indicara Balcázar: “La interpretación del alcalde y de sus asesores legales consideró a la excepción como absoluta, con lo cual se alegaba la existencia de una norma que facultaría al funcionario o servidor público para usar irrestrictamente o permitir que otro use irrestrictamente cualquier vehículo perteneciente a la Administración Pública, o que se hallen bajo su guarda, por el simple hecho de que se le hubiesen asignado a su servicio personal por razón de su cargo. Por esta vía, la simple asignación del vehículo al servicio personal por se tendría los efectos de modificar, incluso, el régimen jurídico de los bienes estatales. El lema sería: asignemos todos y cada uno de los vehículos motorizados al alcalde y evitaremos así la aplicación del peculado de uso. (...) La interpretación de la norma legal a la luz de la doctrina resulta totalmente inaceptable en un Estado Constitucional de Derecho por cuanto conduce a un resultado manifiestamente absurdo, puesto que, como es sabido, los bienes de las entidades no pueden disponerse según el antojo del funcionario o servidor público. ¿Acaso no contradice la ratio del encargo de administrar bienes ajenos el hecho de ceder un bien en uso y/o disfrute a un tercero que implica per se una disposición de derechos sin el permiso del propietario? Es por eso que los ordenamientos jurídicos prevén que cuando la ley no establezca el destino que hay que dar al bien, el funcionario debe darle el destino que es conforme al bien común” (interés público). El razonamiento a aplicar en este caso resulta ser, por lo tanto, el mismo que el que gobierna la emisión de los actos administrativos: el uso de la camioneta de la municipalidad debe adecuarse al fin predeterminado por la ley que no es otro que el “servicio personal”. Véase: BALCÁZAR QUIROZ, José. *El Delito de Peculado de Uso: Comentario a la Sentencia que Condena al Alcalde de Chiclayo Roberto Torres Gonzáles*. En *Gaceta Penal y Procesal Penal*. Tomo 36 – Junio 2012. pp. 137-138. En esa misma línea –

Es por ello que los magistrados Urviola, Calle y Vergara Gotelli adoptaron una posición crítica. Los magistrados Urviola y Calle indicarían, respecto a la sentencia, que "(...) la competencia *ratione materiae* del Juez del Amparo y, por extensión, de este Tribunal en este tipo de procesos, no se condice ni con una labor de corrección al razonamiento del juez ordinario en la aplicación de las leyes materiales o procesales, ni con la labor que les corresponde a las instancias judiciales en la valoración o motivación de los elementos que generan convicción en materia probatoria (...)"⁴⁸⁹ y agregaron que "(d)el análisis de autos se desprende que en puridad la intención del recurrente es que se efectúe un reexamen de la sentencia condenatoria (...)"⁴⁹⁰

Aún más, debe tenerse en cuenta la última sección de sus votos singulares, cuando indican que: "No obstante la improcedencia de la demanda, advertimos que el caso de autos plantea algunas situaciones que merecen ser legisladas; pues si bien la disposición legal aplicada al favorecido no comporta problema alguno de constitucionalidad (...) lo cierto es que conforme al tenor de la resolución judicial cuestionada, el uso personal de un vehículo otorgado en razón del cargo, estaría limitado a que los altos funcionarios puedan trasladar a su familia (...) quienes de una u otra forma al ser parte del núcleo familiar corren los mismos riesgos que el funcionario. Siendo [esto así] merece ser de conocimiento el Congreso de la República, para que de ser el caso se legisle al respecto."⁴⁹¹

indicando que la sentencia finalmente se adentra en las competencias exclusivas del juez ordinario-, el magistrado Vergara Gotelli indica: "Al respecto considero que el accionante mediante esta vía (proceso de amparo) pretende que el juez constitucional se pronuncie respecto a materias ajenas a la tutela de derechos fundamentales; y es que tanto la admisión, valoración y/o la determinación de la suficiencia de los medios probatorios, como la comprensión e interpretación de los dispositivos legales vigentes, son asuntos que corresponden ser dilucidados únicamente por el juez ordinario al momento de expedir sus pronunciamientos y, por tanto, escapan del control y competencias del juez constitucional, a menos que pueda constatarse una arbitrariedad manifiesta por parte de la autoridad emplazada que ponga en evidencia la violación de derechos de naturaleza constitucional, lo que no ha ocurrido en el presente caso." Véase: Voto Singular Magistrado Vergara Gotelli. Sentencia del Tribunal Constitucional del Perú. Exp. N° 04298-2012-PA/TC-Lima. Punto 8. *Ob. Cit.*, Nota: 74.

⁴⁸⁹ Voto de los Magistrados Urviola Hani y Calle Hayen. Punto 5. *Ob. Cit.*, Nota: 74.

⁴⁹⁰ *Idem.*, punto 6.

⁴⁹¹ *Idem.*, punto 8.

La opinión de estos jueces es conforme con las competencias reconocidas al Tribunal Constitucional, el cual –en lugar de modificar por sí mismo el artículo 388° del Código Penal– debió haberse limitado a determinar si la sentencia estaba motivada (o no) y hacerle traslado al juez penal para que resuelva, y en el ámbito legislativo al Congreso para que tomara las acciones que juzgaran pertinentes. Sin embargo, el Tribunal Constitucional, al haberse arrogado la competencia de interpretación final de la legislación penal, colisiona con el Poder Judicial y le ordena fallar de una manera determinada en un campo que es exclusivo de aquel poder del Estado.

Si bien algunos comentaristas de esta sentencia concluyen que “(q)uedará en manos de la jurisprudencia nacional establecer con mayor claridad los criterios de razonabilidad que permitan identificar los comportamientos que pueden ser calificados como peculado de uso, de tal manera que exista jurisprudencia uniforme sobre la materia.”⁴⁹², lo cierto es que no vemos cómo los tribunales ordinarios podrán apartarse de la verificación de la concurrencia de los nuevos elementos incluidos por el máximo tribunal, máxime si al resolver dispone “(...) que la Sala emplazada emita nueva resolución, teniendo en cuenta lo expresado en los fundamentos 17 y 18 de la presente sentencia.”⁴⁹³ Al respecto, debe tenerse en cuenta que lo indicado por el Tribunal Constitucional en los fundamentos 17 y 18 de su sentencia –como hemos indicado previamente– no se limitan a indicar la existencia de una violación constitucional por motivación insuficiente, sino que pasa a determinar la correcta manera de interpretar la cláusula de exclusión del tercer párrafo del artículo 388° del Código Penal.

En ese sentido, el juez ordinario se verá imposibilitado de fallar de acuerdo a su discrecionalidad y, lejos de su natural poder de determinar el contenido del tipo penal según su mejor criterio, se verá obligado a fallar de acuerdo a los criterios penales adoptados por el Tribunal

⁴⁹² Instituto de Democracia y Derechos Humanos - IDEHPUCP. Boletín N° 26. p. 17. *Ob. Cit.*, Nota: 81.

⁴⁹³ Sentencia del Tribunal Constitucional del Perú N° 04298-2012-PA/TC-Lima. Punto 2 de la Sección Resolutiva. *Ob. Cit.*, Nota: 74.

Constitucional. Al respecto, debe recordarse que ya el Tribunal Constitucional –en otra comentada sentencia– ha tenido oportunidad de indicar que: “Si bien entre los órganos constitucionales no existe una relación de jerarquía, **al interior del Poder Jurisdiccional sí existe una jerarquía constitucional**, pues aun cuando todo juez se encuentra obligado a preferir la Constitución frente a las leyes (...) y, consecuentemente, facultado a interpretarlas, el Poder Constituyente ha establecido que el contralor, por antonomasia, de la constitucionalidad es el Tribunal Constitucional (...) el Tribunal Constitucional es su órgano supremo de protección (...) y, por ende, su supremo intérprete. No el único, pero sí el supremo. (...) Y es por ello que el artículo VI del Título Preliminar del CP Const., luego de recordar el poder-deber de los jueces de inaplicar las leyes contrarias a la Constitución (...) establece que no pueden dejar de aplicar una norma cuya constitucionalidad haya sido confirmada por este Colegiado en un proceso de inconstitucionalidad, **y que deben interpretar y aplicar las leyes o toda norma con rango de ley y los reglamentos, según los preceptos y principios constitucionales, conforme a la interpretación de los mismos que resulte de las resoluciones dictadas por el Tribunal Constitucional.** (...)”⁴⁹⁴

Santisteban de Noriega, en ese contexto, se preguntaba: “¿Limita la independencia de los jueces y la autonomía institucional del poder que los representa? No lo creemos. (...) es preciso distinguir que tal supremacía abarca únicamente el campo constitucional, no supone que el Tribunal va a inmiscuirse en asuntos que no sean de su estricta competencia ni va a sustituir el criterio de los jueces en los asuntos especializados que se ventilan y deciden en instancia final en el seno del Poder Judicial.”⁴⁹⁵

⁴⁹⁴ Sentencia del Tribunal Constitucional del Perú. Exp. N° 0030-2005-PI/TC-Lima (Sentencia del Pleno del Tribunal Constitucional) del 2 de febrero de 2006. Fundamentos 46-47.

⁴⁹⁵ SANTISTEBAN DE NORIEGA, Jorge. *Supremacía de la Constitución y de las Interpretaciones del Tribunal Constitucional: Límites y Perspectivas a Propósito de la Sentencia Recaida en el Proceso Competencial Incoado por el Poder Ejecutivo (MINCETUR) contra el Poder Judicial*. En: *¿Guerra de las Cortes?. A propósito del proceso competencial entre el Poder Ejecutivo y el Poder Judicial* (Coord. Domingo García

El parecer del autor citado evidencia una situación real, puesto que como describimos, existen materias exclusivas del Derecho Penal que han sido objeto de revisión por parte del Tribunal Constitucional –como hemos indicado previamente–, que procedió a su reformulación, con efectos potencialmente riesgosos respecto de la competencia del juez ordinario y el tratamiento general de ciertos delitos, apartándose de la legalidad.

Esta situación se refuerza con la existencia de cierta tendencia de concebir las sentencias del máximo tribunal como precedentes vinculantes y pétreos para todos los casos. Por ello, las palabras de Aníbal Torres cuando recuerda que “(a)lgunos entusiasmos frente a algunas aparentes novedades y un desconocimiento de sus aspectos técnicos son los causantes de esta situación increíble que vivimos ahora en donde un apartamiento de un precedente del Tribunal Constitucional provoca la nulidad ipso iure de la decisión tomada. Esta es una dictadura jurídica, reitero por necesario, inexistente en el mundo. En este tema, entonces, somos el único olmo que da peras”.⁴⁹⁶

Si bien esto podría moderarse al señalar que este problema, en todo caso, solo podría generarse en los casos en que el Tribunal Constitucional ha establecido que su criterio tiene vinculatoriedad general, lo cierto es que ello está cuestionado por otros criterios adoptados por nuestro máximo tribunal, al indicar que sus sentencias constituyen “(...) concreciones de la Constitución que se **incorporan al sistema de fuentes**, son parámetros jurídicos para **evaluar la legitimidad constitucional de los actos** legislativos, administrativos e, **incluso, jurisdiccionales**. Su omisión o desvinculación por parte de cualquier poder del Estado u órgano constitucional acarrea, prima facie su nulidad.”⁴⁹⁷ En ese sentido, creemos que el Tribunal Constitucional,

Belaunde) Palestra del Tribunal Constitucional - Cuadernos de Análisis y Crítica a la Jurisprudencia Constitucional. Lima 2007. pp. 82-83.

⁴⁹⁶ TORRES VÁSQUEZ, Aníbal y MONROY GÁLVEZ, Juan. *Fundamentos, Problemas y Posibilidades del Precedente Constitucional Vinculante en el Perú*. (Entrevista) En *JUS Constitucional* N° 1 Edit. Grijley. 2008. p. 120.

⁴⁹⁷ Sentencia del Tribunal Constitucional del Perú N° 006-2006-PC/TC (Sentencia del Pleno Jurisdiccional del Tribunal Constitucional) del 12 de febrero de 2007. Fundamentos 62-63.

con esta sentencia, no solo afecta el principio de legalidad penal al incurrir en la creación judicial del tipo legal (así sea parcialmente), sino que, de forma igualmente nociva, obliga a los jueces ordinarios a atentar contra el mencionado principio, al obligarlos a fallar nuevamente, tomando en cuenta elementos y criterios no establecidos expresamente en el tipo legal.

3.4. Intervención en el caso de cómputo de la pena considerando los días de arresto domiciliario

El 10 de marzo de 2008, el Tribunal Constitucional dictó sentencia en el caso Moisés Wolfenson.⁴⁹⁸ En dicha oportunidad, se presentaría en favor de Wolfenson un recurso de agravio constitucional con el fin de que se procediera a su excarcelación en razón de que había cumplido detención en exceso. Wolfenson argumentó que el tiempo de pena establecido en su sentencia condenatoria debía ser computada, teniendo en cuenta su arresto en el penal de presos primarios y su re-ingreso a aquel recinto, la redención de su pena por trabajo a razón de 5 días de labor por 1 día de pena y teniendo en cuenta que estuvo bajo arresto domiciliario durante 2002 y 2005, siendo aplicable 2 días de arresto domiciliario por 1 día de pena.

Sería sobre este último extremo que tendría que recaer la sentencia del Tribunal Constitucional, pues los jueces ordinarios entendieron que no existía una norma que estableciera la regla de 2 días de arresto domiciliario por 1 día de pena. Por el contrario, en su oportunidad, los jueces ordinarios encontraron como base legal para sus fallos el hecho de que Ley N° 28568 (modificatoria del artículo 47° del Código Penal) permitía que el tiempo de arresto domiciliario se abonara al cómputo de la pena a razón de un día de pena por cada día de arresto, lo que

Para un análisis de esta sentencia, véase: MALPARTIDA CASTILLO, Víctor. *Tribunal Constitucional vs. Poder Judicial (A Propósito de un Proceso Competencial)*". En Revista Oficial del Poder Judicial. Año 4 - 5, N° 6 y N.º 7. 2010-2011. pp. 129-162.

⁴⁹⁸ Sentencia del Tribunal Constitucional del Perú N° 6201-2007-PHC/TC del 10 de marzo de 2008.

fue declarado inconstitucional por el Tribunal Constitucional y, por lo tanto, expulsada del ordenamiento.

Por su lado, la defensa de Wolfenson se apoyaría en aquella misma sentencia, pero en la sección que establecía lo siguiente: "(...) el legislador, a través de la ley impugnada, dispensó igual trato a ambos supuestos (el arresto domiciliario y la detención preventiva), con lo cual implícitamente está afirmando que la detención domiciliaria genera la misma incidencia sobre la libertad personal que la producida mientras se cumple pena privativa de libertad en un centro penitenciario. En otras palabras, el Congreso de la República ha optado por generar una "identidad matemática" entre el arresto domiciliario y la pena privativa de libertad, permitiendo que aquel y ésta sean equiparados, de manera tal que cada día de permanencia de la persona en su hogar o en el domicilio por ella escogido, sea homologado como un día purgado de la pena privativa de libertad, en el caso que sea dictada una sentencia condenatoria. Tal hecho, de conformidad con lo expuesto, resulta manifiestamente irrazonable y contrario a la jurisprudencia del Tribunal Constitucional reseñada."⁴⁹⁹

(...)

La defensa se sustentaría en esta cita para indicar que el Tribunal Constitucional "(...) no prohíbe el establecimiento de fórmulas de abono del arresto domiciliario para el cómputo de la pena impuesta, **siempre que las mismas sean razonables.**"⁵⁰⁰ Y en ese sentido, argumentó que resultaba admisible, razonable y constitucional que se computen dos días de arresto domiciliario por uno de pena de libertad. El Tribunal Constitucional, ponderando lo argumentado por la defensa de Wolfenson, concluyó que: "(...) resulta, por tanto, razonable y constitucionalmente válido que los días, meses o años de arresto domiciliario, **a pesar de no existir previsión legal que contemple este**

⁴⁹⁹ Sentencia del Tribunal Constitucional del Perú N° 0019-2005-PI/TC (Sentencia del Pleno Jurisdiccional del Tribunal Constitucional) del 21 de julio de 2005, fundamento 24.

⁵⁰⁰ Sentencia del Tribunal Constitucional del Perú N° 6201-2007-PHC/TC. Antecedentes. *Ob. Cit.*, Nota: 95.

supuesto, sean considerados por el juez a efectos de reducir la extensión de la pena, o dicho en otros términos, para abonar al cómputo de la pena y contribuir al cumplimiento de la condena.⁵⁰¹

¿Resultó esta posición una determinación excesiva? ¿El Tribunal Constitucional, en este caso, pone en entredicho —como en los otros casos— el principio de legalidad penal? Creemos que la respuesta debe ser negativa. Y aún más: este caso es importante porque permite observar que ciertos casos constitucionales que recaen sobre materia penal algunas veces resultan necesarios y legítimos.

En este caso, debe tenerse presente que el juez penal partió de un error manifiesto como es el de creer que, a falta de una norma en el ordenamiento legal, éste se encuentra imposibilitado de resolver. Una determinación así implica la vulneración de la regla que prohíbe que los jueces dejen de juzgar por falta de ley o claridad en la norma (*non liquet*). Sin embargo, debe tenerse en cuenta que el principio que indica que el juez no puede apoyarse en el *non liquet* solo está excluido en materia penal sustantiva. Esto implica que solo en aquel campo, a falta de una sanción o tipificación clara el juez, podrá pronunciar un *non liquet* para de esa forma no poner en marcha el aparato estatal criminal en contra de un individuo (en aplicación del principio de legalidad penal). En ese sentido, es en ese campo que el juez se encuentra expresamente prohibido de utilizar analogías o crear normas a través de interpretaciones extensivas (ley penal estricta).⁵⁰²

⁵⁰¹ *Idem.*, fundamento 8.

⁵⁰² Todo lo contrario, en materia no penal, el juez debe encontrar la norma faltante en los principios del derecho. Como indica Galiano Maritan: "En lo concerniente a la aplicación práctica del Derecho, estas lagunas se pueden presentar ante cualquiera de los operadores jurídicos, sin embargo, son los jueces quienes tienen el mayor protagonismo al respecto, por ser la vía judicial una de las principales cuando de dirimir conflictos legales se trata, pues aunque quedan desprovistos de una norma legal para ser aplicada a una situación que merece tutela jurídica, están en la obligación de actuar ante esta en virtud del principio de *non liquet*. Por ello, la integración constituye la herramienta fundamental por utilizar en la solución de las lagunas, para evitar que estos vacíos o normas oscuras lesionen los derechos de los ciudadanos debido a que la toma de decisiones sobre la vía que se debe emplear para resolver el caso queda a la libre disposición de estos operadores jurídicos, lo que puede acarrear como consecuencias arbitrariedades y errores que, a pesar de ser algunos salvables, desde el inicio afectan los intereses de las personas y, por ende, la confianza que estas tienen en el Derecho." Véase: GALIANO MARITAN, Grisel y GONZÁLES MILIÁN, Deyli. *La*

García Amado lo expresa en este sentido, al hablar de la tópica jurídica en materia penal: "En Derecho penal el problema de la relación entre método tópico y texto legal se suscita con especial agudeza en razón del principio *nullum crimen sine lege* y de la consiguiente prohibición de la analogía. De ahí que toda interpretación de la tópica jurídica que la entiende como método jurídico que propugna una posible obtención de la decisión jurídica al margen o con cierto grado de independencia del texto legal, rechazará la pertinencia de dicho método en el campo penal. (...) el Derecho penal parece no estar tan afectado por el pensamiento tópico y la polémica en torno a él como otras ramas del Derecho. La causa habría que buscarla en que la dificultad que en otras materias presenta para la decisión la prohibición del *non liquet* parece estar eliminada aquí mediante la regla *in dubio pro reo* y la dificultad proveniente del número ilimitado de posibles sucesos a enjuiciar se afronta mediante el limitado número de hechos tipificados que la ley penal contiene." ⁵⁰³

Y es que un juez, ante la inexistencia de la tipificación de un acto, no puede (por más que considere la misma como una omisión indeseable) crear su tipificación penal en sede judicial. Aquí es donde el principio de legalidad penal aparece para imposibilitar que la tipificación penal pueda emanar desde sede distinta a la legislativa. Cristalización positiva y expresa de esto se encuentra en el artículo 4º del Código Penal Español:

1. Las leyes penales no se aplicarán a casos distintos de los comprendidos expresamente en ellas.
2. En el caso de que un Juez o Tribunal, en el ejercicio de su jurisdicción, **tenga conocimiento de alguna acción u omisión que, sin estar penada por la Ley, estime digna de represión, se abstendrá de todo procedimiento sobre ella y expondrá al**

Integración del Derecho ante las Lagunas de la Ley. Necesidad Ineludible en Pos de Lograr una Adecuada Aplicación del Derecho. En *Dikaion*. Vol. 26, Nº 2 (Universidad de La Sabana). 2012. p. 436.

⁵⁰³ GARCÍA AMADO, Juan Antonio. *Teorías de la Tópica Jurídica*. Universidad de Oviedo - Servicio de Publicaciones. Madrid. 1988. pp. 275-276.

Gobierno las razones que le asistan para creer que debiera ser objeto de sanción penal.⁵⁰⁴

Stolz recuerda que "(n)o obstante la virtualidad de la plenitud enunciada en el principio del non liquet, en la esfera penal la plenitud dará prioridad a la legalidad, es decir, se garantizará el principio *nullum crimen nulla poena sine lege*".⁵⁰⁵

Ahora bien, en materia penal que no es sustantiva, el juez no puede usar el subterfugio del principio de legalidad penal para declarar un *non liquet*. En materia de Derecho Penal no sustantivo, las normas no tienen como objetivo directo la sanción del sentenciado, sino la regulación de una serie de situaciones del procesado o del condenado. En este campo, encontramos la regulación relativa al cálculo especial de las penas, la regulación procesal penal o los beneficios penitenciarios, cuya naturaleza difiere de las normas que tipifican delitos. Sobre las reglas de beneficios penitenciarios, por ejemplo, como bien se ha indicado en nuestro ordenamiento: "(...) los beneficios penitenciarios no son derechos del condenado, sino parte del régimen penitenciario que corresponde a un modelo de tratamiento progresivo técnico en su etapa de prueba -estación previa a la excarcelación definitiva por cumplimiento de la pena privativa de libertad impuesta-. Cabe señalar que en la propia configuración de los beneficios penitenciarios confluyen, como es obvio, requisitos objetivos fácilmente determinables, tales como el transcurso de una determinada parte de condena, junto a otros requisitos subjetivos de carácter altamente indeterminado, como la existencia de un pronóstico favorable de reinserción social. Sólo desde

⁵⁰⁴ Código Penal Español. Artículo 4.

⁵⁰⁵ STOLZ DA SILVEIRA, Sheila "La Moral Interna del Derecho. La Moral que Complementa la Estructura del Derecho Propuesto por Herbert Hart" Disponible en: http://www.ambito-juridico.com.br/site/index.php?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=2273. Como recuerda la autora: "Una vez más los elementos de la moral interna se conectan mutuamente enfatizando los ideales de legalidad y seguridad jurídica. Como se infiere de lo expuesto anteriormente, la seguridad jurídica no se ve quebrantada cuando colisiona con la legalidad en el ámbito penal, justo todo lo contrario. Pues, aunque el ordenamiento jurídico procure sanar sus insuficiencias normativas dando una respuesta a todos los casos que se lo presenten, él se ve obligado a renunciar a la plenitud con vistas a asegurar y, a no ultrapasar, los límites impuestos por una de las dimensiones del principio de legalidad expresado en la regla *nullum crimen nulla poena sine lege*."

esta perspectiva –de ahí su naturaleza mixta- puede inferirse que los beneficios penitenciarios son derechos subjetivos condicionados del penado (...)"⁵⁰⁶

En ese sentido, difícilmente puede argumentarse que lo regulado por el Código Penal nacional es de naturaleza idéntica a lo regulado por el Reglamento del Código de Ejecución Penal. Es solo sobre la materia penal sustantiva que el principio de legalidad penal recae mientras que los demás están bajo los principios generales del derecho. Parte de aquellos principios exigen que el juez no se excuse en la falta de ley para no resolver un caso.

Cuando los tribunales ordinarios indican que "(...) no existe norma que determine que el arresto domiciliario sea homologado como parte de la pena privativa de la libertad, pretender que el juez constitucional asuma funciones que son propias del Poder Legislativo (...) resultaría inválido y atentaría contra la seguridad jurídica."⁵⁰⁷, parecen olvidar que también se encuentran obligados a la regla transversal de nuestro ordenamiento, que indica que: "Los jueces no pueden dejar de administrar justicia por defecto o deficiencia de la ley. En tales casos, deben aplicar los principios generales del derecho y, preferentemente, los que inspiran el derecho peruano."⁵⁰⁸

En el caso que analizamos, el juez ordinario se encontró ante un vacío normativo originado como consecuencia de la expulsión de una norma. En aquel caso, el juez ordinario debió haber suplido la laguna del sistema con los diferentes métodos interpretativos con los que cuenta. Ahora, algunos podrían indicar que en el caso concreto, la regulación de las penas es parte del tratamiento del Código Penal y no de otras normas y, por lo tanto, dentro de los alcances propios del principio de legalidad

⁵⁰⁶ Acuerdo Plenario N° 8-2011/CJ-116. Corte Suprema de Justicia de la República. VII Pleno Jurisdiccional de las Salas Penales Permanentes y Transitoria. p. 3. Disponible en <http://www.pj.gob.pe/wps/wcm/connect/3d69f7004a1e4904a370eb91cb0ca5a5/ACUERDO+P+NARIO+N%C2%B0+8-2011.pdf?MOD=AJPERES&CACHEID=3d69f7004a1e4904a370eb91cb0ca5a5>. Consultado el 16 de agosto de 2015.

⁵⁰⁷ Sentencia del Tribunal Constitucional del Perú N° 6201 – 2007-PHC/TC. *Ob. Cit.*, Nota: 95.

⁵⁰⁸ Código Civil Peruano. Título Preliminar. Artículo VIII.

penal. Por ejemplo, el magistrado Eto, en su voto singular, recuerda que: “Los beneficios son estímulos que forman parte del tratamiento progresivo del penado y responden a las exigencias de individualización de la pena, por lo que para su concesión se toman en cuenta los factores positivos que el condenado hubiera podido alcanzar dentro del proceso de reeducación y reinserción social (...) En cambio, el tema que aquí se ha planteado está relacionado con la duración de la pena. En concreto, si el tiempo que estuvo vigente el arresto domiciliario debe (o no) descontarse de la pena impuesta, **lo que explica que el tratamiento de temas análogos** (vg. sobre el cómputo de la prisión preventiva) **se efectúe en el Código Penal** (artículo 47) **y no en el Código de Ejecución Penal**, que es el ámbito natural de los beneficios penitenciarios.”⁵⁰⁹

Si bien es correcto que el tratamiento de las penas impuestas se encuentra dentro del Código Penal, su tratamiento y/o regulación en aquella norma no puede llevarnos a conceptualizar ésta como aquello que no es, es decir, de naturaleza similar a una regla que refleja el *ius puniendi* del Estado. Por el contrario, el objetivo de las reglas sobre penas en el Código Penal es armonizar las mismas según criterios mínimos de proporcionalidad, razonabilidad y justicia. Siendo así, la determinación de su contenido, su extensión o su omisión caen directamente dentro de las competencias de revisión del Tribunal Constitucional. En el caso bajo análisis, resulta evidente que la falta de regulación sobre el cómputo de penas (para los casos en que haya antecedido un arresto domiciliario) constituía una omisión del legislador y, por lo tanto, una situación de inconstitucionalidad por falta de regulación (omisión).

Por ello, el Tribunal Constitucional indica que “(e)s imposible aceptar entonces (...) que los días de arresto domiciliario carezcan de valor. Lo contrario significaría caer en un positivismo puro que no se condice con la Constitución (...) que contempla la interposición del hábeas corpus no

⁵⁰⁹ Fundamento del Voto del Magistrado Eto Cruz. Sentencia del Tribunal Constitucional del Perú N° 6201-2007-PHC/TC. Punto 2. *Ob. Cit.*, Nota: 95.

sólo frente a actos sino también ante omisiones de cualquier autoridad (...).⁵¹⁰ Esto, finalmente unido al hecho de que la falta de dicha regulación se traduciría en situaciones injustas -como que una persona, además de purgar prisión, tenga que asumir por cuenta propia el haber pasar años en arresto domiciliario (restricción del derecho de libertad)-, hizo que la intervención de nuestro máximo tribunal fuese necesaria.

Unido a ello, pues constituye materia que creemos que no cae dentro del principio de legalidad penal en su manifestación de reserva de ley, creemos que el máximo Tribunal falló correctamente, aun cuando lo hiciese sobre una materia que se encuentra en el mismo Derecho Penal. Finalmente, en este caso, el Tribunal Constitucional tampoco ha intervenido en las competencias propias del legislador, pues es cuidadoso al fallar con claros efectos específicos en el caso y, por eso, exhortando al Congreso a que en el menor tiempo ponga en marcha el proceso legislativo que permita expedir una ley que regule la fórmula matemática aplicable a la situación analizada en este caso.

4. ¿CRISIS GENERAL DEL PRINCIPIO DE LEGALIDAD? LO QUE NOS DICE LA EXPERIENCIA COMPARADA Y EL ORIGEN DE LA TENDENCIA A SU INDETERMINACIÓN

Lo analizado hasta este punto nos enfrenta a cuestionarnos si nos encontramos frente a la crisis del principio de legalidad en nuestro sistema (o ante su debilitamiento). Y ¿Por qué ello?. Porque si esto resultara cierto, cabría preguntarnos si corresponde a un fenómeno propiamente local o si forma parte de una tendencia general en el Derecho. Creemos que -con el fin de responder la primera pregunta- es necesario iniciar con la segunda interrogante. ¿Se encuentra el 'principio de legalidad penal "debilitado" o puesto en duda en diferentes ordenamientos?

⁵¹⁰ Sentencia del Tribunal Constitucional del Perú N° 6201-2007-PHC/TC., fundamento 9. *Ob. Cit.*, Nota: 95.

Al respecto, debemos dar una clara respuesta positiva. El debilitamiento del principio de legalidad penal es una tendencia global que se ha vuelto evidente tras el nacimiento del constitucionalismo moderno y tras la puesta en marcha de proyectos comunitarios internacionales. El primero de estos factores ha llevado a que el principio de legalidad penal –como construcción vinculada a la idea del Estado de Derecho antes que al discurso constitucional moderno– sea tomado por el último, adoptando contornos nuevos. Ejemplos de esto los podemos encontrar en Colombia, Chile, España o Alemania.

Por ejemplo, en el caso de Alemania, su máximo tribunal tuvo que analizar la modificación de las normas que regulaban el régimen prescriptorio de los delitos producidos durante la época del régimen nacional- socialista. La modificación se efectuó respecto a la Ley sobre Cálculo de Plazos, variándose el plazo de prescripción de los delitos cometidos por el partido Nazi para que así estos no terminaran en impunidad. Ahora, la modificación de la Ley sobre Cálculo de Plazos tenía que aplicarse retroactivamente, debiendo determinarse en qué posición quedaba el principio de legalidad penal.

El tribunal alemán expone criterios relevantes para el tema que venimos tratando. En ese sentido, señaló: “**(l)as leyes retroactivas (...) no son per se inadmisibles.** Los límites constitucionales se originan aquí, (...)”⁵¹¹ y agregaría: “El postulado de la seguridad jurídica, inmanente al principio del Estado de Derecho, exige que el ciudadano pueda prever las posibles intervenciones del Estado en su contra, y que pueda comportarse en forma correspondiente. En principio, se puede contar con que el legislador no vincule consecuencias negativas a los hechos ya concluidos, que no eran previsibles al momento de la comisión de esos hechos (retroactividad perfecta). Bajo ciertas circunstancias la confianza de los ciudadanos puede requerir que se proteja su posición jurídica de una desvalorización a través disposiciones posteriores, que simplemente

⁵¹¹ Sentencia BVerfGE 25, 269. Sentencia de la Sala Segunda de 26 de febrero de 1969–2 BvL 15, 23/68. Citado y traducido por SCHWABE, Jürgen. *Jurisprudencia del Tribunal Constitucional Federal Alemán – Extractos de las Sentencias más Relevantes*. Konrad Adenauer. México DF. 2009 p. 536.

actúan sobre asuntos actuales, aún no concluidos (retroactividad imperfecta). (...) ⁵¹² **Al Estado de Derecho, sin embargo, pertenece no sólo la seguridad jurídica sino también la justicia material.** Ambas caras del Estado de Derecho no pueden ser tenidas en igual forma por el legislador (...). **Si la seguridad jurídica se encuentra en oposición a la justicia, entonces será función del legislador decidirse a favor de una u otra. Si esto ocurre sin arbitrariedad, entonces la decisión legislativa no podrá ser objetada invocando motivos constitucionales (...).** La protección constitucional de la confianza no se aplica sin excepción. ⁵¹³

Un caso aún más claro de relativización del principio de legalidad (en su manifestación de reserva de ley) la encontramos en otro fallo del Tribunal Constitucional Federal Alemán, fallo en el cual se analizó la constitucionalidad de ciertas ordenanzas municipales con contenido penal. El tribunal señalaría que "(p)or "leyes" en el sentido del artículo 103° párrafo 2 de la Ley Fundamental, no sólo deben entenderse leyes en sentido formal. El Tribunal Constitucional Federal ha declarado que también los reglamentos pueden contener disposiciones penales, cuando se han dictado en el marco de facultades que satisfagan los presupuestos del artículo 80° párrafo 1 de la Ley Fundamental (...). Lo mismo se aplica a las ordenanzas municipales." ⁵¹⁴ Sin duda, esta aproximación es extraña a cómo habitualmente se concibe el principio de reserva de ley en materia penal en nuestra región, pues aquel principio exige en la mayor parte de los ordenamientos hispanos que se cumpla aquel por medio de la emisión de una ley formal y, en especial, proveniente del Poder Legislativo o mediando su intervención (por ejemplo, mediante delegación en materia penal a ser regulada en un decreto legislativo). Esta posición en la región quedó claramente establecida en la Opinión Consultiva N° 6 de 1986

⁵¹² *Idem.*

⁵¹³ Y agrega el tribunal: "El ciudadano no puede invocar la protección de la confianza como expresión del principio del Estado de Derecho, cuando su confianza en la continuidad de una reglamentación legal, no es susceptible de una consideración por parte del legislador." Sentencia BVerfGE 25, 269. *Idem.*

⁵¹⁴ Sentencia BVerfGE 25, 269. *Idem.*, p. 532.

de la Corte Interamericana.⁵¹⁵ Por lo demás, incluso en el ordenamiento español, la reserva de ley es concebida de forma más estricta, por lo que Sánchez-Ostiz, Íñigo y Ruiz de Erenchun indican que: "(...) Considerar de igual relevancia las normas del legislativo y las del ejecutivo, rebajaría el nivel y sentido de la protección constitucional de los ciudadanos frente al poder. La idea de legalidad ha de ofrecer más bien una protección o garantía amplia frente al recurso a cualquier manifestación de legislación que prevea ius puniendi. En efecto, la amplitud del significado de «legislación» no puede hacer vano el sentido máximamente garantista que adquiere la legalidad en materia penal. En cambio, cuando lo que está en juego son los derechos y libertades más fundamentales, las garantías han de ser máximas. A esta consecuencia se puede llegar al tener en cuenta otros preceptos de la misma Constitución. Gracias a estos preceptos la idea de legalidad como garantía máxima puede quedar asegurada."⁵¹⁶

Por lo tanto, la decisión del tribunal alemán debilita el principio de legalidad penal, especialmente cuando indica que: "**(d)e otro modo, ni**

⁵¹⁵ En aquella oportunidad, la Corte indicaría: "*Del mismo criterio ha sido también la Corte Interamericana de Derechos Humanos, la que si bien ha sostenido que "(...) no es posible interpretar la expresión leyes, utilizada en el artículo 30 (de la Convención Americana), como sinónimo de cualquier norma jurídica" (Opinión Consultiva 6/86, párrafo. 26), y que la "(...) expresión leyes (...) no puede tener otro sentido que el de ley formal, es decir, norma jurídica adoptada por el órgano legislativo y promulgada por el Poder Ejecutivo, según el procedimiento requerido por el derecho interno de cada Estado" (párrafo 27), sin embargo, ha admitido también que la exigencia de ley formal no "(...) se contradice forzosamente con la posibilidad de delegaciones legislativas en esta materia, siempre que tales delegaciones estén autorizadas por la propia Constitución, que se ejerzan dentro de los límites impuestos por ella y por la ley delegante, y que el ejercicio de la potestad legislativa esté sujeto a controles eficaces, de manera que no desvirtúe, ni pueda utilizarse para desvirtuar, el carácter fundamental de los derechos y libertades protegidos por la Convención" (párrafo 36).*" Véase: Corte Interamericana de Derechos Humanos. Opinión Consultiva OC-06/86 - La Expresión Leyes en el Artículo 30 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos del 9 de mayo de 1986.

⁵¹⁶ Y agregan que: "En concreto, el art. 86.1 CE impide legislar mediante Decreto Ley en materias que afectan a los derechos y libertades fundamentales. Además, el precepto contenido en el art. 81.1 CE: cuando se trata de materias que afectan a los derechos fundamentales y libertades públicas, se precisa una ley formal que ha de tener el carácter de orgánica. Y como las leyes que prevén penas afectan, por este mismo motivo, ya a derechos fundamentales y libertades públicas, deberán tener el carácter de orgánicas. La «legislación» a la que se refiere el art. 25.1 CE es, en materia penal, «ley orgánica»." Véase: SÁNCHEZ-OSTIZ, Pablo; ÍÑIGO, Elena y RUIZ DE ERENCHUN, Eduardo. *Limites del Derecho Penal (II) Ius poenale 1.3 - Materiales docentes para la asignatura de Concepto y Fundamentos del Derecho penal.* Universidad de Navarra. p. 53. Disponible en: <http://www.unav.es/penal/iuspoenale/leccion3.html>. Consultada el 15 de agosto de 2015.

los ciudadanos ni los jueces podrían examinar en un caso concreto, si la autoridad encargada de expedir las ordenanzas era competente para expedir disposiciones de carácter penal, y si los poderes que se le delegaron eran suficientes. (...).⁵¹⁷ y agrega que: “De ahí que el legislador pueda atribuir a la autoridad estatal facultada para expedir ordenanzas –en la medida que, como aquí, no se trate de restricciones a la libertad, las cuales se encuentran bajo al reserva de ley (...).”⁵¹⁸ Con ello, el principio de legalidad, como lo entendemos tradicionalmente (reserva de ley), deja sus contornos claros.

Esto no debe entenderse en el sentido de que la relativización del principio de reserva de ley es privativa al orden legal alemán y extraño a la realidad de América, pues, también se ha producido en el sistema colombiano con la sentencia de su Corte Constitucional C-1068/02. En aquella decisión, el máximo tribunal de Colombia tuvo que determinar si la tipificación penal relacionada a la mendicidad debía involucrar solo a esta actividad cuando se utilizara para ello personas menores de 12 años, o si por el contrario, esto resultaba inconstitucional y debía entenderse que estaba sancionado también cuando se utilizara cualquier persona menor de edad (menores de 18 años).

El Tribunal máximo indicó que: “Asimismo, desde el extremo pasivo del artículo demandado, la Sala se pregunta: ¿si la categoría niño abarca a todos los menores de edad, por qué razón se excluyó del artículo 231° del Código Penal, en cuanto potenciales víctimas, a los menores que tengan doce años o más de edad? La verdad es que no se vislumbran fundamentos ni fines constitucionales que avalen la existencia jurídica del segmento demandado; antes bien, del cotejo con el bloque de

⁵¹⁷ Sentencia Sentencia BVerfGE 32, 346. Sentencia de la Segunda Sala del 23 de febrero 1972. Citado y traducido por: SCHWABE, Jürgen. p. 532. *Ob. Cit.*, Nota: 108. Y agrega que: “Si, como ocurre en el presente caso, la facultad de los municipios para expedir ordenanzas se apoya en una facultad especial concedida por el legislador estatal, entonces no sólo las ordenanzas –que constituyen de hecho la norma penal en sentido estricto– sino también la ley por la que se otorgan facultades deben tener en cuenta esos requisitos. Para el ciudadano, los límites de la punibilidad y el tipo de pena deben poder preverse desde un principio, esto es, de la ley por la que se otorgan facultades, y no sólo de las ordenanzas expedidas con base en ésta.”

⁵¹⁸ *Idem.*, p. 533.

constitucionalidad se desprende que la locución censurada se erige abiertamente discriminatoria y excluyente.”⁵¹⁹ El tribunal colombiano concluye que “(...) considerando que ningún precepto constitucional autoriza la subsistencia jurídica de la expresión combatida, y que por el contrario, la protección del artículo 231° del Código Penal debe cobijar a todos los menores de edad sin excepción alguna, con referencia a los cargos examinados **esta Corte predicará la inexequibilidad de dicho segmento normativo**, según pasa a verse.”⁵²⁰ Por lo tanto, declara inexecutable: “(...) la expresión “de doce (12) años” contenida en el artículo 231° de la Ley 599 de 2000.”⁵²¹

A diferencia de las sentencias nacionales previamente analizadas, en esta decisión de la Corte Constitucional de Colombia no se señala claramente las consecuencias de su sentencia y, por tanto, se interpreta que el tribunal hace una modificación directa de las reglas penales en aquel país. Por ello, Mejía recuerda que la Corte Constitucional colombiana llega a esa determinación “(...) sin hacer ninguna consideración sobre la posible vulneración de la reserva de ley.”⁵²²; y agrega que “(e)n los casos anteriores la Corte ha optado por declarar la inexequibilidad de las expresiones acusadas, con la consecuente ampliación del ámbito de intervención penal, aún a costa del principio de legalidad.”⁵²³

⁵¹⁹ Sentencia C-1068/02 – Sala Plena de la Corte Constitucional de Colombia del 3 de diciembre de 2002. El tribunal añade: “Ahora bien, y tal como lo sugiere la Procuraduría, algunos podrían sostener que el menor de edad que tiene 16 años o más, eventualmente ostenta un mayor grado de discernimiento y comprensión frente a la realidad que lo envuelve, y que por ende su protección debería ser menos intensa en términos punitivos. A lo cual podría contestarse diciendo que en el entendido de que el bloque de constitucionalidad no acoge regla alguna que pudiera convalidar deslindes proclives al desconocimiento de los derechos fundamentales reconocidos a todos los menores de edad, sin lugar a dudas se impone una reflexión judicial sobre la individualización y dosificación de la pena en cabeza del sujeto activo, enfatizando siempre que: “(...) los que no han alcanzado los dieciocho (18) años de edad, deben ser protegidos contra cualquier acto de instrumentalización, como la mendicidad y el tráfico (...)”.[5]”

⁵²⁰ *Idem.*, Sección IV. Punto. 4.

⁵²¹ *Idem.*, Sección Resolutiva.

⁵²² MEJÍA, Luz María. *El Debilitamiento del Principio de Legalidad Penal en las Decisiones de Control de Constitucionalidad de la Corte Constitucional Colombiana*. En: Revista Nuevo Foro Penal. Vol. 7, N° 78. 2012. p. 129.

⁵²³ *Idem.*

Esto nos lleva a concluir que el principio de legalidad puede ser debilitado no solo con sentencias que modifican expresa y abiertamente términos, siglas y/o frases del tipo penal vigente (expuesto a través de sus sentencias), sino también cuando expresan la inconstitucionalidad de un término del tipo penal y no efectúa el traspaso de la actividad modificatoria del mismo al Poder Legislativo, permitiendo que se interprete que con la sentencia se modifica el tipo penal. Como ya hemos indicado previamente, los tribunales constitucionales tienen la capacidad de emitir sentencias exhortativas al Parlamento con efectos suspensivos, para que en el ínterin el tipo penal se adecue a la Constitución.

Al igual que en nuestro sistema, el máximo tribunal colombiano parece empujado por ideales de justicia, pero a costa de la legalidad de su sistema. En este mismo ordenamiento, en un caso importante que involucró la constitucionalidad de la restricción establecida a la penalización por incumplimiento del deber de alimentos, el máximo tribunal colombiano impactó directamente con el principio de legalidad en su manifestación de ley penal cierta y estricta⁵²⁴ al efectuar una analogía que le permitiera incluir en el sistema de protección penal a las parejas homosexuales.

El artículo 233° del Código Penal colombiano había sido modificado por la Ley N° 1181 de 2007, que dispuso que aquel artículo indicaría lo siguiente: "Inasistencia Alimentaria. El que se sustraiga sin justa causa a la prestación de alimentos legalmente debidos a sus ascendientes, descendientes, adoptante, adoptivo, cónyuge o compañero o compañera permanente, incurrirá en prisión de dieciséis (16) a cincuenta y cuatro (54) meses y multa de trece punto treinta y tres (13.33) a treinta (30) salarios mínimos legales mensuales vigentes.

(...)

PARÁGRAFO 1°. Para efectos del presente artículo, se tendrá por compañero y compañera permanente únicamente al hombre y la

⁵²⁴ Sentencia C-798/08 - Sala Plena de la Corte Constitucional de Colombia del 20 de agosto de 2008.

mujer que forman parte de la unión marital de hecho durante un lapso no inferior a dos años en los términos de la Ley 54 de 1990.”⁵²⁵

El proceso de inconstitucionalidad se inició respecto al sentido que presentaba la frase “compañero permanente”, pues los tribunales entendían que se refería únicamente a la unión entre hombre y mujer. Los demandantes consideraron que esto constituía una violación al derecho a la igualdad, lo cual permitía una diferenciación que dejaba desprotegido a las parejas del mismo sexo. La Corte Constitucional de Colombia se preguntó “si vulnera la Constitución la disposición legal que confiere consecuencias penales al incumplimiento de la obligación alimentaria a cargo de uno de los miembros de una unión de hecho cuando esta es integrada por dos personas de distinto sexo y, sin embargo, no otorga la misma garantía reforzada al incumplimiento de la misma obligación por uno de los miembros de una unión de hecho integrada por dos personas del mismo sexo.”⁵²⁶. Esta cuestión es respondida finalmente por el Tribunal en los siguientes términos: “Al igual que en casos que han sido estudiados con anterioridad por esta Corte, la Corporación estima que la exclusión de la pareja del mismo sexo de la protección penal frente al incumplimiento del deber alimentario no es necesaria para los fines previstos en la norma, dado que la inclusión de la misma no implica la desprotección de la pareja heterosexual. (...) Los argumentos anteriores demuestran la evidente inconstitucionalidad de las expresiones de la disposición demandada que excluyen de la protección reforzada al miembro más débil de la relación de pareja constituida por dos personas del mismo sexo. (...)”⁵²⁷

⁵²⁵ Ley N° 1181 del 31 de diciembre de 2007.

⁵²⁶ Sentencia C-798/08. Fundamento 12. *Ob. Cit.*, Nota: 121.

⁵²⁷ *Idem.*, Sección VI. Puntos. 15-16. Parte de la lógica que llevó al tribunal concluir lo antes indicado parte de lo siguiente: “(...) como ya lo ha señalado la Corte, en estos casos es necesario identificar si la diferenciación legal persigue una finalidad constitucionalmente imperiosa y si es necesaria, útil y estrictamente proporcionada para alcanzarla. Si no fuera así, la ley estaría vulnerando, cuando menos, el principio de no discriminación y debería merecer el correspondiente reproche de inconstitucionalidad. Se pregunta la Corte si la norma que excluye de la protección penal reforzada en materia de alimentos, al miembro más débil de la unión de hecho integrada por dos personas del mismo sexo, persigue una finalidad constitucionalmente imperativa. Luego de indagar en los antecedentes de la disposición demandada, en los debates que le dieron origen o en la justificación o motivación de los

El Tribunal decidió declarar inexecutable la expresión “únicamente” contenida en la disposición demandada y executable el resto de la disposición. La Corte indica expresamente: “(...) y executable el resto de la disposición en el entendido que las expresiones “compañero” y “compañera permanente” comprenden también a los integrantes de parejas del mismo sexo.”⁵²⁸ Creemos que la Corte tuvo un fallo correcto en la parte substancial del fallo: su decisión se ajustó a derecho y a la búsqueda de la protección de los valores constitucionales. Sin embargo, en aquel ejercicio creó un nuevo tipo penal por vía de la analogía.

Téngase presente que la actividad de este tribunal habría estado dentro del margen de lo razonable si hubiese utilizado sus competencias para eliminar una frase o término del tipo penal por inconstitucional, dejando a salvo lo restante. Y ello hubiese sido posible gracias a la forma como fue tipificado aquel delito. Y es que bastaba la eliminación del párrafo 1 de la Ley N° 1181 para lograr aquel fin. Obsérvese cómo hubiese sido suficiente eliminar aquel párrafo para que el tipo penal tipificado en el artículo 233° no excluyera las parejas del mismo sexo. Pero, ¿Eso aseguraría que las parejas del mismo sexo estuviesen comprendidas por el artículo 233°? La respuesta es que eso, dada la redacción del cuerpo del artículo 233°, tendría que ser determinado por el juez ordinario en aplicación de su discrecionalidad.

La tarea del máximo tribunal, entonces, habría sido suficiente con corregir la intrusión de un extremo normativo inconstitucional.

autores de la iniciativa, no encuentra la Corte una sola referencia que le permita identificar cuál es la finalidad imperiosa que se persigue al dejar a los miembros más débiles de las parejas del mismo sexo sin la protección reforzada que se confiere a los miembros más débiles de las parejas heterosexuales. Al igual que en casos que han sido estudiados con anterioridad por esta Corte, la Corporación estima que la exclusión de la pareja del mismo sexo de la protección penal frente al incumplimiento del deber alimentario no es necesaria para los fines previstos en la norma, dado que la inclusión de la misma no implica la desprotección de la pareja heterosexual.”

⁵²⁸ *Idem.*, Sección VI, punto. 16.

En lugar de ello, la Corte expulsa del sistema el resto del párrafo 1, pero agrega que ello es así en tanto las expresiones “compañero” y “compañera permanente” del artículo 233° comprenden a los compañeros del mismo sexo, razón por la cual realizó un ejercicio que no le correspondía a aquel tribunal. Determinar que el artículo 233° incluye a las parejas del mismo sexo debiera ser producto del análisis del juez penal, o bien enmendado por vía legislativa. En lugar de ello, aquel tribunal parece agregar informalmente a las parejas del mismo sexo por medio de su sentencia, colisionando así con el principio de legalidad penal.

Esto explica las palabras de Mejía - citando otros tantas sentencias en donde este hecho se ha producido en forma abierta - en el sentido de que “(s)on abundantes las normas penales creadas por analogía a través de sentencias de exequibilidad condicionada. Entre ellas pueden mencionarse la C-798-08, M.P. Jaime Córdoba Triviño que declaró inexecutable la expresión resaltada del párrafo 1° del artículo 233° del Código Penal, Ley 599 de 2000.

Un caso aún más complejo (y similar a ciertos casos de nuestra jurisprudencia constitucional) la podemos observar en la sentencia emitida por el Tribunal Constitucional de España, que resolvió el recurso de amparo N° 3.302/94⁵²⁹. En aquel caso, María Laguna Asensi presentó un recurso de amparo por la desestimación que hiciera la Sala Segunda del Tribunal Supremo español a su recurso de revisión. La recurrente presentó un recurso de revisión con el fin de que se declarara nula la sentencia expedida en su contra que la sentenció por el delito de intrusismo.⁵³⁰

⁵²⁹ Tribunal Constitucional de España. Sentencia 150/1997 emitida el 29 de septiembre de 1997.

⁵³⁰ Por intrusismo, se hace referencia a “la invasión competencial que por razones de conocimientos específicos el sistema jurídico y técnico ha reservado a un número de personas, de manera tal que quienes no posean esa precisa condición carecen de legitimación para realizar esas actuaciones o trabajos.” Al respecto, véase: QUINTERO OLIVARES, G. Comentarios a la Parte Especial del Derecho Penal 9ª Ed., Aranzadi – Navarra. 2011. p. 1677. Aún más, como recuerda Suárez López: “son tres los intereses que pueden verse afectados por este delito y concretamente se refieren a: a) el interés privado de quienes reciben la correspondiente prestación profesional; b) el interés privado de los respectivos grupos profesionales de titulados; c) el interés público, privativo de la Administración, de expedir

El sustento para solicitar esto se basaba en una sentencia previa del Tribunal Constitucional de España, en el que el máximo tribunal resolvió el recurso de amparo Nº 298/91⁵³¹, mediante la cual determinó la inconstitucionalidad en que incurrieran ciertos órganos judiciales al interpretar la expresión "título oficial", en el sentido de incluir además del "título académico oficial" actos de intrusismo de oficios no académicos, como el corretaje inmobiliario. En esa oportunidad, la interpretación adoptada por los tribunales ordinarios fue considerada como inconstitucional, pues aquellos fallos "(...) constituyen un verdadero supuesto de extensión in malam partem del alcance del tipo en cuestión a supuestos que no pueden ser considerados en él."⁵³² En el

títulos que capaciten para el ejercicio de profesiones. Sin embargo, señala Córdoba Roda, el hecho de que estos tres intereses puedan resultar afectados, no significa que ellos sean el objeto de protección del art. 403 del Texto punitivo. En opinión del autor en cita, únicamente el tercero de los intereses enumerados, es decir, la potestad de la Administración de expedir títulos que capaciten para el ejercicio de ciertas profesiones, constituye el bien tutelado por el presente tipo." SUÁREZ LÓPEZ, José María. *El Tratamiento Penal del Intrusismo*. En Revista Internacional de Doctrina y Jurisprudencia. Dic.-12. pp.1-25. Disponible en:http://www.ual.es/revistas/RevistaInternacionaldeDoctrinayJurisprudencia/pdfs/2012-12/articulos_el-tratamiento-penal-del-intrusismo.pdf. Consultada el 15 de agosto de 2015.

⁵³¹ Tribunal Constitucional de España. Sentencia 111/1993, emitida el 25 de marzo de 1993.

⁵³² Tribunal Constitucional de España. Sentencia 150/1997. *Ob. Cit.*, Nota: 127. El tribunal agrega: "El principio de legalidad penal, ha dicho este Tribunal (...) es esencialmente una concreción de diversos aspectos del Estado de Derecho en el ámbito del Derecho estatal sancionador. (...) De todo ello se deduce que el principio de legalidad en el ámbito del derecho sancionador estatal implica, por lo menos, estas tres exigencias: la existencia de una Ley (*lex scripta*); que la Ley sea anterior al hecho sancionado (*lex praevia*), y que la Ley describa un supuesto de hecho estrictamente determinado (*lex certa*); lo que significa la prohibición de extensión analógica del Derecho penal al resolver sobre los límites de la interpretación de los preceptos legales del Código Penal (SSTC 89/1983; 75/1984; 159/1986; 133/1987 y 199/1987, entre otras). Por otra parte, este Tribunal (SSTC 62/1982 y 53/1985, fundamento jurídico 10º) ha considerado que la cuestión de la determinación estricta o precisa de la Ley penal se encuentra vinculada con el alcance del principio de legalidad. A ello se ha añadido [SSTC 127/1990, fundamento jurídico 3º B), y 118/1992, fundamento jurídico 2º] que las exigencias expuestas no suponen que sólo resulte constitucionalmente admisible la redacción descriptiva y acabada en la Ley penal de los supuestos de hecho penalmente ilícitos. Por el contrario, es posible la incorporación al tipo de elementos normativos (STC 62/1982) y es conciliable con los postulados constitucionales la utilización legislativa y aplicación judicial de las llamadas leyes penales en blanco (STC 122/1987); esto es, de normas penales incompletas en las que la conducta o la consecuencia jurídico-penal no se encuentre agotadoramente prevista en ellas, debiendo acudir para su integración a otra norma distinta, siempre que se den los siguientes requisitos: que el reenvío normativo sea expreso y esté justificado en razón del bien jurídico protegido por la norma penal; que la Ley, además de señalar la pena, contenga el núcleo esencial de la prohibición y sea satisfecha la exigencia de certeza, o como señala la citada STC 122/1987, se dé la suficiente concreción para que la conducta calificada de delictiva quede suficientemente precisada con el complemento indispensable de la norma a la que la Ley penal se remite y resulte, de esta manera, salvaguardada la función de garantía del tipo con la posibilidad de conocimiento de la actuación penalmente conminada. 7. Así pues, procede ya examinar si la subsunción de la conducta del recurrente en el art. 321.1 del Código Penal, a partir de una determinada interpretación de la expresión "título oficial"

caso en mención, el Tribunal Constitucional español tomó como referencia la forma como fue configurado el tipo penal de intrusismo, los antecedentes del mismo y la *ratio* de la norma. En ese proceso, llega a la conclusión de que la intención del legislador –tomando en cuenta el principio de necesidad y proporcionalidad del Derecho Penal– era el de sancionar penalmente solo los actos de intrusismo de actividades académicas realizadas por quien no poseía un título académico, y no para todo caso en que se ejerciera alguna actividad.⁵³³

Como se aprecia, la determinación del Tribunal Constitucional español en este extremo es correcta. La interpretación del juez ordinario, por la cual expande el tipo penal de intrusismo, representaba una acción inconstitucional. Sin embargo, el problema se produciría –similar a los casos de nuestro ordenamiento– en la técnica adoptada por aquel máximo Tribunal, pues concluye que la interpretación del tipo penal bajo análisis no puede incluir otras actividades, salvo las académicas, y no expresa claramente que su interpretación es aplicable solo al caso concreto, o más específicamente, que solo es de aplicación *inter partes*. Algunos podrían argumentar (como sucede en el caso peruano) que este tipo de sentencias –que tienen su origen en un recurso de amparo– solo pueden presentar efectos entre las partes y no *erga omnes*. Sin embargo, en materia penal, como en otras materias, aquello no es tan fácil de sustentar.⁵³⁴

contenida en dicho precepto como la llevada a cabo por las Sentencias impugnadas, ha supuesto o no una vulneración del principio de legalidad penal, entendido en los términos anteriormente indicados. A este respecto, debe comenzarse por señalar que, en realidad, dicha subsunción no obedece a los resultados de una cierta interpretación, no por discutible menos posible, del tenor literal de la mencionada disposición, sino que constituye un verdadero supuesto de extensión in malam partem del alcance del tipo en cuestión a supuestos que no pueden considerarse incluidos en él, que vulnera frontalmente el principio de legalidad penal (ATC 324/1984). Conclusión que resulta obligada habida cuenta, por un lado, del origen del art. 321.1 del Código Penal, y, por otro, de la naturaleza de la titulación requerida para el ejercicio de los actos propios de la profesión de Agente de la Propiedad Inmobiliaria.”

⁵³³ Idem.¿

⁵³⁴ Los efectos de las sentencias de los tribunales constitucionales, es decir, si son de aplicación *erga omnes* o *inter partes* o, si tienen efectos a futuro o retroactivos, constituye una materia que no es enteramente pacífica y que la determina cada ordenamiento (incluyendo varias excepciones). Como recuerda Fernández Segado: “En el no muy atinadamente llamado sistema europeo de justicia constitucional, con la referida excepción austriaca, no obstante la posición esbozada por Kelsen y quienes lo han seguido, contraria a ver en la inconstitucionalidad un vicio desencadenante de una nulidad ipso iure, la inconstitucionalidad ha sido

¿No es acaso cierto que el amparo en favor del recurrente vinculaba desde ese momento a los jueces ordinarios en su futuro ejercicio interpretativo del tipo penal en cuestión? ¿Y, no es cierto que, por cuestión de verdad material y elementos de justicia, quienes fueron sentenciados antes –en aplicación de la interpretación errada de los jueces ordinarios y eliminados por el Tribunal Constitucional– debería tener la oportunidad de una revisión de sus casos? Si esto último es cierto, entonces ¿No significa la retroactividad de la sentencia del Tribunal Constitucional y, aún más, con efectos *erga omnes*?

Estas preguntas (ya formuladas implícitamente en la revisión de la jurisprudencia nacional), lejos de ser ejercicios ociosos, son preguntas de alta importancia práctica. Es justamente aquello lo que estaría en el centro del debate en el caso María Laguna Asensi, pues su defensa argumentaría “(e)l amparo ha de prosperar pues el propósito de la sentencia del Tribunal Constitucional en la que se apoya la demandante es, nítidamente, proscribir como conducta típica una acción idéntica a aquella por la que fue condenada la actora. Por ello, tal sentencia merece encuadrarse en la noción procesal de hechos nuevos y, procede, por tanto, la concesión de la revisión.”⁵³⁵

Aún más, la defensa agrega, “(m)antener el criterio contrario supondría –se afirma– perpetuar una fictio iuris de raigambre procesal, ignorar por razones de tempus procesal la destrucción de una conducta típica y la supervivencia de una conducta despenalizada.”⁵³⁶

Aquella posición –que autores como Caballero califican como una interpretación de irretroactividad máxima (es decir, en donde los efectos

tradicionalmente vinculada a la nulidad. (...)Esta nulidad fue comúnmente entendida en su sentido más radical, pudiéndose aplicar a la misma el conocido aforismo *quo nullum est, nullum produxit effectum*. De esta forma, en Europa, con carácter general, pareció seguirse fielmente la fórmula norteamericana (...); sin embargo, como el autor recuerda: “En Alemania (...) (l)a Ley no precisa cómo opera en el tiempo esta nulidad, aunque la doctrina no ha dudado nunca de que la nulidad se retrotrae al momento de creación de la norma (...) Las previsiones legales y la realidad no han sido siempre en Alemania cogidas de la mano.” Véase: FERNÁNDEZ SEGADO, Francisco. *La Evolución de la Justicia Constitucional*. Dykinson – Madrid. pp. 961-962.

⁵³⁵ Tribunal Constitucional de España. Sentencia 150/1997. Sección I. Punto 8. *Ob. Cit.*, Nota: 127.

⁵³⁶ *Idem.*

de las sentencias del tribunal constitucional en ningún caso tienen efectos retroactivos)– “(r)esulta difícilmente sostenible; toda vez que en aquellos procesos recaídos sobre hechos anteriores a la sentencia del Tribunal Constitucional, pero que no se encuentran afinados, el juzgador se vería obligado a aplicar una norma desfavorable que –para todos los efectos– se encuentra derogada. Se trataría de un extrañísimo caso en el cual procedería considerar la ultractividad de un precepto legal en perjuicio del imputado (*ultractividad im peius*). (...) Una interpretación como ésta –en que los efectos derogatorios derivados de las sentencias estimatorias de inconstitucionalidad del Tribunal Constitucional no podrían retrotraerse a hechos acaecidos con anterioridad a la misma– nos lleva al absurdo jurídico de admitir que el juzgador se encontraría obligado a aplicar leyes derogadas y con ello determinado constitucionalmente a prevaricar en los términos del tipo previsto en el artículo 223.1 del Código Penal.”⁵³⁷

Estos argumentos, sin duda, son convincentes y requieren de un análisis en profundidad. Por ello, el Tribunal Constitucional español indica: “A este propósito cabe observar de entrada que, aunque el fallo de dicha resolución ciña sus efectos –como no podía ser de otro modo– al caso objeto de enjuiciamiento, nuestra Sentencia no se limita (...) a la estimación subjetiva del derecho del allí recurrente, sino que contiene una declaración, dotada de plenos efectos frente a todos –según el

⁵³⁷ CABALLERO BRUN, Felipe. *Derecho Penal Sustantivo y Efectos en el Tiempo de la Sentencia del Tribunal Constitucional que Declara la Inconstitucionalidad de un Precepto Legal*. En Revista de Derecho. Vol. XIX, N° 2. 2006. pp. 161-185. El autor agrega que: “La verdad es que no conocemos teoría de la ley penal alguna que pueda amparar ello. Cuando la ultractividad de una ley se admite es excepcionalmente y ello ocurre (descontando los discutidos supuestos de leyes temporales o excepcionales) sólo cuando la norma derogada es más favorable para el justiciable (*ultractividad im melius*), pero no a la inversa. (...) Este absurdo ni siquiera tendría corrección a través de la jurisdicción constitucional; ya que el TC no podría decidir la inaplicabilidad (art. 93 N° 6 CPR) para el juzgamiento pendiente de un precepto legal que se encuentra derogado (además por una decisión suya previa). En algunos sistemas de derecho comparado es dable la posibilidad de que una norma derogada propiamente tal (es decir, por una decisión legislativa), pero que sin embargo es aplicable pueda ser declarada inconstitucional. En *términos generales, para aceptar dicha posibilidad, la declaración de inconstitucionalidad debe conllevar el cese absoluto de la aplicabilidad de la norma impugnada. De ahí entonces que en el sistema chileno no sea factible esta alternativa, pues el efecto derogatorio atribuido a la sentencia estimatoria sólo implica el cese prospectivo de su pertenencia al sistema jurídico.*”

citado precepto constitucional-, a tenor de la cual una determinada interpretación del artículo 321.1 C.P. resulta contraria a la Constitución y su aplicación produce una vulneración del derecho a la legalidad penal. En efecto, no puede compartirse la afirmación (...) según la cual en la STC (...) lo que hace este Tribunal es únicamente, interpretar el art. 321.1 del Código Penal. Basta la simple lectura de dicha Sentencia para constatar que en ella no hay una mera interpretación, *obiter dictum* (...). La lectura de los fundamentos jurídicos 7 y 8 de nuestra sentencia evidencia que en ella se declara inconstitucional, por contrario al artículo 25.1 C.E., el entendimiento que ciertos órganos judiciales venían haciendo de la expresión "título oficial" (...). **Hay, por tanto, en la mencionada Sentencia, no sólo el reconocimiento de un derecho y la consiguiente declaración de nulidad del acto lesivo (...) sino también un pronunciamiento sobre la inconstitucionalidad de la concreta aplicación que del artículo 321.1 del C.P. venía haciendo el Tribunal Supremo en estos supuestos (...).**⁵³⁸

Lo que realiza el máximo tribunal español es reconocer efectos generales a una sentencia que se emitió en el marco de un proceso de amparo.⁵³⁹

⁵³⁸ Tribunal Constitucional de España. Sentencia 150/1997. Sección II. Punto 4. *Ob. Cit.*, Nota: 127

⁵³⁹ Una buena exposición respecto a las complejidades relacionadas a si una sentencia, resolviendo un recurso de amparo, debiera presentar efectos generales la realiza De Silva: "No obstante, el propio Fix-Zamudio considera que el amparo mexicano se ha quedado rezagado en cuanto no acepta a la declaración general de inconstitucionalidad y sostiene que el amparo, sin verse afectado en su naturaleza, puede adaptarse a este sistema, lo que resulta conveniente por razones prácticas. La conveniencia la hace consistir en tres aspectos fundamentales: 1. El principio de relatividad de la sentencia es contrario al principio fundamental de la igualdad de todos los gobernados frente a la ley. 2. También es contrario al principio de economía procesal, pues los no beneficiados por una sentencia se ven constreñidos a intentar nuevos juicios de amparo para evitarse los daños de la ley inconstitucional. 3. Las autoridades legislativas casi nunca se preocupan por la derogación de las leyes declaradas inconstitucionales." DE SILVA, Carlos. *El Acto Jurisdiccional*. En: *ISONOMÍA: Revista de Teoría y Filosofía del Derecho* N° 21. 2004. pp. 182-183. Al respecto, debe tenerse en cuenta que los efectos generales (*erga omnes*) de las sentencias del tribunal constitucional, son una materia altamente compleja. No solo se critica los casos en que los efectos de un amparo han sido interpretados como aplicables de forma general, sino, se pone en duda si las sentencias desestimatorias del máximo tribunal, presenta también efectos *erga omnes* con la consecuente imposibilidad de volver a plantear la inconstitucionalidad de una norma o una sección de la misma. Al respecto, Rivera menciona: "En efecto, pues por una parte se considera que, en caso de desestimarse el recurso y declararse la constitucionalidad de la disposición legal, el efecto es *erga omnes*, de manera que en el futuro esa disposición legal no podrá ser cuestionada o impugnada. Sin embargo, existe otra posición doctrinal que considera lo contrario, vale decir que, en los casos en que se dicte una sentencia desestimatoria que declare la inconstitucionalidad de la disposición legal impugnada, el efecto será sólo para el

Creemos que ello fue producto de la realidad que el colegiado enfrentó, respecto a la necesidad de llegar a una determinación acorde con la justicia, aun cuando fuese en detrimento de la formalidad característica del principio de legalidad penal. Ahora, creemos que esto no hubiese sido necesario si el Tribunal Constitucional, en su sentencia originaria (respecto al delito de intrusismo), hubiese puesto en práctica una técnica más precisa, pues éste se encontraba en la posibilidad de indicar expresamente que su sentencia tenía efectos solo para el caso en cuestión (así fuese redundante, al enmarcarse dentro de un proceso de amparo) y, conjuntamente a ello, podía haber exhortado al Poder Legislativo a especificar el tipo penal. Apoya esta salida el hecho de que se contaba con la ventaja de tener a la mano los antecedentes del artículo 321.1 del Código Penal español, los mismos que incorporaban la diferenciación establecida por el Tribunal Constitucional, por lo que sólo era necesario retomar el tipo penal según los trabajos preparatorios de aquel articulado.

Por lo demás, con aquella exhortación se salvaban diversos puntos, entre ellos los siguientes:

- 1) No hubiese sido necesario concluir que ciertas sentencias, en donde se resuelve un recurso de amparo (bajo ciertas circunstancias), pueden tener efectos similares que los procesos de inconstitucionalidad.
- 2) No se alteraría el principio de autonomía del Poder Judicial como se produjo en el caso en mención, efecto que se despliega en tanto la modificación que se hizo del tipo penal no estuvo enmarcada en un proceso de inconstitucionalidad y, por ello mismo, no involucró la eliminación de un tipo penal, una frase o palabra, sino todo

caso concreto, de manera que esa sentencia no impide plantear otro recurso en el futuro (...). Consideramos que resulta un error del legislativo el otorgar un efecto erga omnes a la sentencia declarativa de constitucionalidad de la disposición legal impugnada, ya que ello desnaturaliza el control de constitucionalidad sobre las disposiciones legales. Se considera que una sentencia de constitucionalidad no es, ni puede ser inmutable (...). Véase: RIVERA SANTIVÁÑEZ, José Antonio. *Los Efectos de las Sentencias Constitucionales en el Ordenamiento Jurídico Interno*. En: *Estudios Constitucionales* Año 4, N° 2. 2006. pp. 5598-599.

lo contrario, la modificación de una interpretación.

- 3) Se hubiese evitado atentar contra el principio de no retroactividad de las sentencias del Tribunal Constitucional. Y es que, si bien existen casos especiales en donde se pueden presentar ciertos efectos "retroactivos", como es la declaración de inconstitucionalidad de una norma penal en la que la eliminación de dicha norma del sistema genera obvios efectos positivos para quienes fueron sentenciados mediante una norma inconstitucional, no puede argumentarse lo mismo de una sentencia en el marco de un proceso de amparo. Si el Tribunal Constitucional, en su sentencia 111/1993, hubiese efectuado la exhortación al Parlamento y éste hubiese modificado el tipo penal, esto, de por sí, hubiese tenido efectos retroactivos benignos reconocidos en el sistema legal, sin necesidad de generar argumentaciones difíciles de entender. Es esta situación la que finalmente lleva al Tribunal Constitucional español a indicar: "(...) la cuestión a dilucidar sigue siendo la de determinar si existiendo ya el recurso previsto en el art. 954 L.E.Crim. resulta constitucionalmente aceptable (...) no considerar como "hecho nuevo que evidencia la inocencia del condenado", la existencia de una Sentencia de este Tribunal que proclama que no puede considerarse acción delictiva ex artículo 321.1 del C.P. el ejercicio no colegiado de profesiones que no requieren título académico oficial. La respuesta debe ser necesariamente negativa."⁵⁴⁰

Esta sentencia es de especial importancia para nuestra realidad, pues nos enfrenta a los límites de la sentencia de los tribunales constitucionales. En palabras de Ferreres y Mieres: "Como hemos visto, hay casos en los que la interpretación del juez penal no es admisible, pero no porque atente contra algún precepto constitucional (...), sino porque es claro que no capta adecuadamente la voluntad del legislador. Si el TC estima el recurso, y en el razonamiento de la sentencia, o incluso en su fallo, declara que la interpretación del juez está fuera de las posibles, ¿debe esta declaración general tener efectos

⁵⁴⁰ Tribunal Constitucional de España. Sentencia 150/1997. *Ob. Cit.*, Nota: 127.

retroactivos para todas las condenas firmes en las que se aplicó esa misma interpretación que el TC rechaza? En contra de lo que parece desprenderse de la STC (...) no vemos razón para ello.”

El problema acerca de la revisión de las sentencias penales firmes se complica en un tercer tipo de caso: cuando **el TC estima un recurso de amparo contra una sentencia penal condenatoria porque considera que la interpretación realizada por el juez es inadmisibles desde el punto de vista de la mera legalidad ordinaria.**⁵⁴¹

Estas complicaciones, que no fueron percibidas al iniciarse la puesta en marcha de los tribunales constitucionales, ahora son comunes. Como hemos ejemplificado, aparecen en diferentes jurisdicciones (Colombia, Alemania, España, Perú) y tienden a generar un fraccionamiento respecto a qué puede y qué no puede efectuar un tribunal constitucional. La pregunta que nos concierne y habría que hacernos es, ¿Por qué esta tendencia de afectar el principio de legalidad penal? ¿Por qué en ciertas jurisdicciones se afecta este principio más que en otros? Al fin y al cabo, la mayor parte de los tribunales constitucionales parten de un mismo modelo. Creemos que la respuesta se encuentra en la continua evolución de los principios legales. Debe recordarse que el principio de legalidad penal tiene un contenido que puede ser ajustado cuando se encuentra enfrentado o cuando colisiona con otros principios básicos del sistema democrático y de derecho.⁵⁴²

Y, bajo el discurso constitucional, ningún principio, norma o valor jurídico se encuentra aislado ni es absoluto. Por el contrario, bajo el constitucionalismo diversos valores (los más trascendentes para un grupo

⁵⁴¹ FERRERES COMELLA, Víctor y MIERES MIERES, Luis. *Algunas Consideraciones Acerca del Principio de la Legalidad Penal*. En Revista Española de Derecho Constitucional. Año 19, Nº 55. 1999. p. 311.

⁵⁴² Sobre los principios del derecho y su naturaleza, véase: GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo. *Reflexiones sobre la Ley y los Principios Generales del Derecho en el Derecho Administrativo*. En: *Revista de Administración Pública* Nº 40. 1963. pp. 190-222; PECES-BARBA, Gregorio. *Reflexiones sobre la Ley y los Principios Generales del Derecho*. En Revista Española de Derecho Constitucional. Año 4, Nº 11. 1984. pp. 249-254; LEGUINA VILLA, Jesús. *Principios Generales del Derecho y Constitución*. En *Revista de Administración Pública*, Nº 114. 1987. pp. 7-37; PRIETO SANCHÍS, Luis. *El Constitucionalismo de Principios, ¿entre el positivismo y el iusnaturalismo? (A propósito de El Derecho Dúctil de Gustavo Zagrebelsky)*. En *Anuario de Filosofía del Derecho* XIII. 1996. pp. 125-158.

social) se encuentran cristalizados en la norma suprema, que es adoptada como Constitución. En aquella norma (denominada suprema); los derechos, principios o valores no tendrán un escalonamiento jerárquico absoluto; por el contrario, convivirán compartiendo una misma jerarquía constitucional. Y debido a que el sistema legal constituye un sistema vivo, es imposible escapar de situaciones en donde se produzcan colisiones entre derechos fundamentales o valores constitucionales. En semejante circunstancia, el juez constitucional no solo tiene la potestad, sino que tiene la obligación de armonizar el sistema legal constitucional.

En este contexto, las reglas constitucionales serán armonizadas, según la mejor interpretación de los fines de una sociedad en un momento determinado.

Esta tarea, que debe efectuarse incluso con reglas claramente establecidas en la Constitución, debe efectuarse aún con mayor razón con los principios constitucionales reconocidos en la norma fundamental, los cuales desprenden derechos subjetivos específicos. Y es que los principios constitucionales presentan una flexibilidad que no presentan las normas estrictas. Es más, su contenido se determina en cada caso en concreto. Dentro de estos principios encontramos el de legalidad penal, que en nuestra realidad constitucional, si bien está expresada parcialmente, se encuentra reconocido implícitamente en el artículo 2 inciso 24 literal d) de la Constitución: "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."⁵⁴³ Si bien el principio de legalidad penal está expresado en aquellos términos, lo cierto es que incluye otras protecciones y un contenido más amplio.

El hecho de que se encuentre expresado en la Constitución de una forma más estrecha no imposibilita que el juez constitucional, en aplicación de sus atribuciones, establezca derechos implícitos provenientes de aquel

⁵⁴³ Artículo 2, inciso 24, literal d) de la Constitución Política del Perú.

principio. De ese modo, el máximo tribunal ha indicado que “(e)l principio de legalidad penal no sólo se configura como principio propiamente dicho, sino también como derecho subjetivo constitucional de todos los ciudadanos. Como principio constitucional informa y limita los márgenes de actuación de los que dispone el Poder Legislativo y el Poder Judicial al momento de determinar cuáles son las conductas prohibidas, así como sus respectivas sanciones. En tanto que, en su dimensión de derecho subjetivo constitucional, garantiza a toda persona sometida a un proceso o procedimiento sancionatorio que lo prohibido se encuentre previsto en una norma previa, estricta y escrita, y también que la sanción se encuentre contemplada previamente en una norma jurídica.”⁵⁴⁴ Esta capacidad del juez constitucional de determinar derechos subjetivos implícitos en un principio y, de igual forma, de interpretar el principio según los valores constitucionales para la consecución de otros valores constitucionales, es lo que ha llevado a que el principio de legalidad penal deje en muchos casos su viejo sitio de principio absoluto.

Esta perspectiva es la que ha llevado a que algunos tribunales constitucionales estén convencidos de que ciertos fines constitucionales a ser alcanzados hacen legítima la afectación del principio de legalidad, según las necesidades del caso. Ciertamente es que el Tribunal Constitucional ha recordado en su jurisprudencia que el principio de legalidad tiene ciertas manifestaciones absolutas de garantías (haciendo suyos los criterios del Tribunal Constitucional español) en el sentido de que: “(d)icho principio comprende una doble garantía, la primera, de orden material y alcance absoluto, tanto referida al ámbito estrictamente penal como al de las sanciones administrativas, que refleja la especial trascendencia del principio de seguridad jurídica en dichos campos limitativos y supone la imperiosa necesidad de predeterminación normativa de las conductas infractoras y de las sanciones correspondientes (...)”⁵⁴⁵. Sin embargo, lo cierto es que los casos

⁵⁴⁴ Sentencia del Tribunal Constitucional del Perú N.º 06196-2013-PHC/TC del 30 de mayo de 2014, fundamento 4.

⁵⁴⁵ Sentencia del Tribunal Constitucional del Perú. EXP. N.º 00375 2012-PA/TC del 29 de marzo de 2012.

previamente analizados nos muestran una vocación de relativizar aquel principio no solo frente a situaciones límites (como el caso de colusión ilegal), sino en casos en que no existía siquiera una controversia de tipo constitucional de fondo (caso peculado de uso).

Como hemos visto en las sentencias analizadas, la convicción de nuestro máximo tribunal de que por medio de sus decisiones puede hacer perfectible el orden legal general –por ejemplo, ajustando un tipo penal según su mejor entender, o al brindar una interpretación penal según sus criterios con alcances generales y para casos que no involucran vulneración alguna de una norma constitucional– son ejemplos de la relativización del principio de legalidad penal en nuestro ordenamiento. Aun así, es claro que existen situaciones donde la intervención del Tribunal Constitucional y la reconfiguración del principio de legalidad penal será más convincente que en otros, e incluso, en ciertos casos límites, lo que será necesario, como podría haber sido en el caso del delito de colusión antes revisado. Sin embargo, este ejercicio de relativización debe ir acompañado de criterios claros que establezcan cuándo un principio, como el de legalidad penal, podría verse restringido.

Siendo esto así, no cabe más que concluir que lo indicado por nuestro máximo Tribunal en la cita previa –en donde indica que el principio de legalidad comporta una garantía de orden materia y absoluto– no es correcta pues no se condice con sus propios criterios comúnmente defendidos, por ejemplo, con el hecho de que ningún derecho o principio es absoluto. Al respecto, el Tribunal Constitucional ha indicado, al analizar el principio *de ne bis in idem* (que deriva del principio de legalidad), que “(...) **al igual que cualquier derecho y principio constitucional**, el principio de *ne bis in idem* tampoco es un principio absoluto o ilimitado, pues es susceptible de ser limitado en su ejercicio, sin que ello suponga que las eventuales restricciones queden libradas a la entera discrecionalidad de la autoridad.”⁵⁴⁶

⁵⁴⁶ Sentencia del Tribunal Constitucional del Perú. EXP. N ° 02493 2012-PA/TC del 16 de abril de 2014, fundamento 6.

Es sobre la base de estos fundamentos generales que el principio de legalidad es relativizado. Lo importante será determinar qué casos pueden derivar en aquella relativización, lo que en nuestra opinión –como veremos más adelante– solo puede efectuarse en casos muy concretos (casos límite) que deben estar claramente concebidos como excepciones y solo aplicables al caso resuelto, y nunca con efectos *erga omnes*.

CAPÍTULO IV

LA NECESIDAD DE IMPONER LÍMITES EXPLÍCITOS A LA ACTUACIÓN DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

1. EL DEBILITAMIENTO DEL PRINCIPIO DE LEGALIDAD Y SUS EFECTOS EN EL ORDEN JURÍDICO GENERAL

Debemos resaltar que todo lo mencionado en la sección previa no da cuenta íntegra de los impactos que ocasiona el debilitamiento del principio de legalidad en el ordenamiento jurídico en general. A decir verdad, el debilitamiento de aquel principio genera una serie de efectos en el sistema jurídico que no se limitan a materia técnico criminal. A continuación, veremos las manifestaciones de esta tendencia en el sistema jurídico de los estados.

1.1. De la invasión en las competencias exclusivas de los jueces ordinarios y el parlamento a la fractura del modelo político constitucional

El siguiente tema es una de las manifestaciones más graves ocasionadas por el debilitamiento del principio de legalidad, ya que cuando hablamos de su relativización -como mencionáramos antes- estamos haciendo referencia a la posibilidad de que la sanción penal pueda originarse fuera de los márgenes de la ley (por lo tanto ajena al principio de representatividad que le subyace) para encontrarse recogido en otros medios como son las sentencias del Tribunal Constitucional. Sin embargo, algo aún más negativo se produce: la norma penal creada ahora fuera del Parlamento no solo no ha sido impuesto por el propio pueblo así mismo, sino que dicha norma tendrá un sentido ya argumentado por el Tribunal Constitucional.⁵⁴⁷

⁵⁴⁷ Para entender esto, hay que tener en cuenta lo que señalado por De Otto (respecto al valor de la jurisprudencia del Tribunal Constitucional). El autor indica que: "En el caso del Tribunal

Como bien recuerda Vargas Hernández para el caso de Alemania: “ (...) por ejemplo, se aplica con mayor intensidad la técnica de la interpretación conforme a la Constitución, es decir, que la ley en el futuro **habrá de ser interpretada en el sentido fijado por el tribunal constitucional y no como hubiera querido el legislador. Es decir, dicha decisión opera como una rectificación normativa sin necesidad de remitirla al Parlamento** para su reelaboración, propiciando de esta manera una colaboración con el legislador.”⁵⁴⁸ (Énfasis y subrayado agregado)

Lo indicado por la citada autora es apenas una de las manifestaciones del rol normativo que irá desarrollando cada máximo tribunal. Esto, en materia criminal, conlleva que las normas penales, creadas en sede jurisdiccional, no solo constituyan normas precariamente legitimadas a ser aplicadas por los tribunales ordinarios, sino que adicionalmente serán preceptos a obedecerse en el sentido específico dictado por el máximo tribunal. Esto último es así pues la norma creada por el Tribunal Constitucional habrá sufrido un análisis riguroso en torno al sentido específico que es válido constitucionalmente, eliminándose en ese ejercicio los sentidos penales que -en su parecer- no lo son, última actividad que es fuero particular de los jueces penales.⁵⁴⁹ Un ejemplo de

Constitucional la creación de reglas de aplicación del derecho tienen lugar por una doble vía: mediante la interpretación que el Tribunal hace de las normas constitucionales, aspecto éste en el que cabe hablar de jurisprudencia o doctrina del Tribunal Constitucional en el mismo sentido que para el Tribunal Supremo; y mediante la interpretación que el Tribunal Constitucional hace de las leyes cuando las enjuicia con el parámetro de la Constitución (...) La jurisprudencia del Tribunal Constitucional en el primer sentido (...) es la que resulta de la interpretación que el Tribunal hace de la Constitución misma (...) La fuerza vinculante de esta doctrina del Tribunal Constitucional, de su interpretación de la Constitución, resulta de la propia posición del Tribunal (...) si éste puede anular una ley por inconstitucionalidad ello quiere decir que su interpretación prima sobre la que haya hecho el legislador y sobre cualquier otra. (...) La jurisprudencia constitucional así entendida se impone obviamente a los Tribunales ordinarios.” Véase: DE OTTO, Ignacio. *Estudios sobre el Poder Judicial Ministerio de Justicia - Secretaría General Técnica*. Madrid. 1989. pp. 46-47.

⁵⁴⁸ VARGAS HERNÁNDEZ, Clara Inés. *La Función Creadora del Tribunal Constitucional*. En *Revista de Derecho Penal y Criminología*. Vol. XXXII, N° 92. 2011. p. 18.

⁵⁴⁹ Ahora, cuando esto se efectúa en materia criminal, el Tribunal Constitucional no solo habrá roto el principio de representatividad al adentrarse en la creación de la norma penal, sino que habrá invadido el fuero específico del juez penal ordinario, pues es éste el encargado de determinar el sentido de la norma penal sustantiva, siempre que lo efectúe dentro de los cánones de lo razonable. Este último efecto de la creación de normas penales en fuero

sto último la encontramos en la descripción hecha por la misma autora respecto al trabajo del tribunal máximo francés:

En Francia se profieren las llamadas “declaraciones de conformidad bajo reserva”, en las que el Consejo Constitucional, **más que anular una disposición legislativa, lo que hace es declarar que es conforme a la Constitución, bajo la reserva de respetar un sinnúmero de exigencias que se precisan en los fundamentos de la decisión**, la que al operar en el marco de control previo, permite al poder legislativo volver a analizar la norma a fin de corregirla en consonancia con las indicaciones del juez constitucional. **Modalidad de sentencias que igualmente han sido calificadas de invadir la órbita del legislador.**⁵⁵⁰ (Énfasis y subrayado agregado)

Entonces, el Tribunal Constitucional, al adentrarse en la creación jurisprudencial de normas criminales, no solo atenta contra las competencias exclusivas del Parlamento, sino que –debido a la sujeción que refractan sus decisiones respecto a los tribunales ordinarios– invade indirectamente las competencias exclusivas de interpretación de los jueces penales, colisionando así con el Poder Judicial. Por lo tanto, encontramos dos momentos de choque que finalmente llevan a una misma consecuencia: el juez penal deberá fallar en su materia según los criterios establecidos por el Tribunal Constitucional.

¿Esto implica que el Tribunal Constitucional debería estar impedido de resolver la constitucionalidad de una norma penal o de analizar una situación que involucre la aplicación del marco legal criminal? La respuesta debe ser negativa por ser excesivamente simplista. Nosotros creemos que el problema se encuentra en la creación de normas penales vía sede jurisdiccional⁵⁵¹ y no tanto en que el máximo tribunal analice

jurisdiccional, implica establecer de ante mano su sentido; es por esta razón que el natural espacio de generación de las normas penales no son los tribunales sino el Parlamento.

⁵⁵⁰

Idem.

⁵⁵¹

Debe tenerse presente que existe una diferencia substancial entre la creación de una norma penal vía jurisprudencial y el desarrollo de un principio penal vía jurisprudencial. Mientras que un principio penal es aquella fórmula general que establece límites al poder del Estado (y, por tanto, está constituido por garantías a favor de los ciudadanos); la norma penal es una

situaciones que involucran materia penal, pues existen diversos casos en que el Tribunal tendrá en frente materia criminal que requerirá ser resuelta desde el prisma constitucional. En estos casos pueden estar presentes elementos constitucionales a ser resueltos y, por lo tanto, materias de análisis del máximo tribunal dada sus competencias. Ejemplo de esto es la vulneración de las garantías constitucionales establecidas en los artículos 139.3⁵⁵² (derecho al juez natural), 139.6⁵⁵³ (derecho de pluralidad de instancias) y 139.14⁵⁵⁴ (derecho de defensa) de la Constitución, derechos garantizados y que pueden verse entremezclados con circunstancias penales. En aquellos casos, el máximo tribunal debe determinar si se han infringido esas garantías (lo que implica determinar si los jueces ordinarios, con sus acciones, han garantizado o no los derechos del procesado).

Este ejercicio es legítimo y necesario.

Igualmente, es necesario y exigible que el Tribunal Constitucional cautele la correcta emisión de las normas dictadas por el Parlamento y verifique si aquellas cumplen con los requisitos mínimos que se desprenden del principio de legalidad penal. Si bien el principio de representación cumple con la emisión de la ley formal emitida por el Congreso (requisito de *lex scripta*), aquello no agota el principio de legalidad, pues—como ya hemos observado— éste exige a su vez que la norma sea completa, de forma tal que en ella se encuentren los elementos necesarios con los que se puede

regla cuyo objeto es la limitación del derecho de los ciudadanos, pues penaliza una conducta u omisión. Como es claro, las limitaciones de las que hablamos hacen referencia a la creación de normas penales en sede judicial y no al desarrollo de un principio penal. Respecto a la especificación del contenido de Principios Penales en sede judicial, véase: JIMÉNEZ MOSTAZO, Antonio y ALVARADO RODRÍGUEZ, Pedro. *Ne Bis In Idem, un Principio Constitucional de Creación Jurisprudencial (III). Formulación Constitucional*. En Anuario de la Facultad de Derecho Vol. XXII. 2005. pp. 349-363.

⁵⁵² Artículo 139.3 de la Constitución Política del Perú. Aquella disposición indica: “La observancia del debido proceso y la tutela jurisdiccional. Ninguna persona puede ser desviada de la jurisdicción predeterminada por la ley, ni sometida a procedimiento distinto de los previamente establecidos, ni juzgada por órganos jurisdiccionales de excepción ni por comisiones especiales creadas al efecto, cualquiera sea su denominación.”

⁵⁵³ Artículo 139.6 de la Constitución Política del Perú.

⁵⁵⁴ Artículo 139.14 de la Constitución Política del Perú. Aquella disposición indica: “El principio de no ser privado del derecho de defensa en ningún estado del proceso. Toda persona será informada inmediatamente y por escrito de la causa o las razones de su detención. Tiene derecho a comunicarse personalmente con un defensor de su elección y a ser asesorada por éste desde que es citada o detenida por cualquier autoridad.”

identificar las actividades calificadas como criminales. Esto ha sido explicado previamente al hablar de los requisitos de la *lex certa y stricta*; sin embargo, debemos enfatizar que existen, a su vez, otros requerimientos que el Parlamento deberá cumplir si pretende emitir una norma criminal que respete la Constitución. Uno de aquellos requisitos es que la norma emitida debe tener como finalidad la protección de un bien jurídico (principio de exclusiva protección de bienes jurídicos).⁵⁵⁵ Esto significa que solo los intereses de mayor trascendencia para la sociedad serán castigados por el Derecho Penal, es decir, aquellos intereses de mayor importancia hallarán concreción en los bienes jurídicos penales. El principio busca dejar en claro que no todo interés puede ser considerado un bien jurídico criminal.

En palabras de Mir Puig: "(r)elacionado con la distinción entre Moral y Derecho, el postulado de exclusiva protección de bienes jurídicos implica que no pueden ser amparados por el Derecho penal intereses meramente morales."⁵⁵⁶ Estrechamente vinculado a ello se encuentran otros límites a la actividad legislativa penal, como aquellas que establecen que la punición de una situación efectuada a través del Derecho Penal debe ser subsidiaria y solo aplicable a las actividades más dañosas realizadas por los individuos en contra de la sociedad.⁵⁵⁷ Estos requisitos se ven

⁵⁵⁵ Véase: ZAFFARONI, Eugenio; ALAGIA, Alejandro y SLOKAR, Alejandro *Derecho Penal - Parte General* Ed. Ediar, Buenos Aires. 2000. p. 466. DE TOLEDO Y UBIETO, Emilio. *Función y Límites del Principio de Exclusiva Protección de Bienes Jurídicos*. En Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales. Tomo 43, N° 1. 1990. pp. 5-28. ABANTO VÁSQUEZ, Manuel. *Acerca de la Teoría de Bienes Jurídicos*. En Revista Penal. N° 18. 2006. HORMAZÁBAL MALARÉE, Hernán. *Consecuencias Político Criminales y Dogmáticas del Principio de Exclusiva Protección de Bienes Jurídicos*. En Serta in Memoriam Alexandri Baratta. (Ed. Fernando Pérez Álvarez) Ediciones Universidad Salamanca. 2004. pp. 1083-1094.

⁵⁵⁶ MIR PUIG, Santiago. *Derecho Penal - Parte General (Fundamentos y Teoría del Delito)*. PPU - Barcelona, 3ra Ed. 1990. p. 101.

⁵⁵⁷ Como recuerda Martín Uranga, esto ha devenido en ciertas tendencias a reducir la intervención del Derecho Penal. Como indica la autora: "La Escuela de Frankfurt ha venido proponiendo una restricción a un Derecho Penal Básico que tuviera por objeto las conductas atentatorias contra la vida, la salud, la libertad y la propiedad, a la vez que aboga por el mantenimiento de las máximas garantías en la ley, la imputación de responsabilidad y el proceso. La idea de la reducción del objeto del Derecho Penal, asociada indisolublemente a la expresión Derecho Penal Mínimo, ha recobrado una fuerza inusitada en los últimos años. Las peculiaridades más importantes de esta corriente de pensamiento se circunscriben en torno a dos aspectos, que son complementarios entre sí: de un lado, se pretende restringir la sección de bienes jurídicos penales a aquellos bienes que se califican de clásicos, en la medida en que se articulan sobre la base de la protección de los derechos básicos del individuos; de otro

plasmados en los principios de subsidiariedad del Derecho Penal y en el carácter fragmentario del mismo.⁵⁵⁸

Debe recordarse al respecto que el principio de subsidiariedad apunta a que la dañosidad de una conducta debe ser sancionada preferentemente mediante regímenes menos gravosos, como puede ser la sanción civil o administrativa. En ese sentido, el Derecho Penal debe ser utilizado subsidiariamente respecto a otros regímenes de sanciones. Por su lado, como indica Fernández Carrasquilla, el principio de carácter fragmentario del Derecho Penal apunta a que "(p)or severidad, los recursos punitivos no están disponibles (...) para el control de cualquier conducta o la solución de cualquier conflicto social, ni tampoco para la represión de bagatelas. Por el contrario, esos recursos han de estar limitados: a) A los atentados contra los bienes jurídicos primarios o fundamentales de la vida social; y b) A las formas más graves de dichos atentados".⁵⁵⁹ Como se observa, ambos principios se encuentran vinculados con el principio de exclusiva protección de bienes jurídicos y subrayan el hecho de que la emisión de una norma penal está limitada en nuestras sociedades por un mínimo de razonabilidad.

lado, se trata de espetar a ultranza todas las reglas de imputación y todos los principios político-criminales de garantía característicos del Derecho Penal clásico o de la ilustración." Vease: MARTÍN URANGA, Amelia. *La Discusión Actual sobre la Función del Derecho Penal Moderno*. En *Estudios Jurídicos en Memoria de José M. Lidón* (Ed. Juan Ignacio Echano) Universidad de Deusto. 2002. pp. 321-322.

⁵⁵⁸ GRACIAS MARTÍN, Luis. *El Derecho Penal Moderno del Estado Social y Democrático de Derecho*. Suprema Corte de Justicia de la Nación. Disponible en <http://www.sitios.scjn.gob.mx/cursoderechopenal/sites/default/files/Lecturas/El%20Derecho%20Penal%20Moderno.pdf>. (Consultada el 11 de octubre de 2015). Sobre esto, el Tribunal Constitucional de Colombia ha tenido a bien aclarar lo siguiente: "En primer lugar, el principio de necesidad de la intervención penal relacionado a su vez con el carácter subsidiario, fragmentario y de última ratio del Derecho penal[5]. De acuerdo al principio de subsidiariedad se ha de recurrir primero y siempre a otros controles menos gravosos existentes dentro del sistema estatal antes de utilizar el penal"[6]; según el principio de última ratio "el Estado sólo puede recurrir a él cuando hayan fallado todos los demás controles" y finalmente, en virtud del principio de fragmentariedad "el Derecho penal solamente puede aplicarse a los ataques más graves frente a los bienes jurídicos" Véase: Corte Constitucional de Colombia. Sentencia C-365/12 del 16 de mayo de 2012. Punto. 3.3.1.

⁵⁵⁹ FERNÁNDEZ CARRASQUILLA, Juan. *Concepto y Límites del Derecho Penal – La Nueva Visión Político Criminal*. Ed. Temis, Santa Fé de Bogotá. 1992. p. 44.

Por lo tanto, los requisitos referidos a la emanación de normas penales por el Parlamento como los referidos a la verificación de la vulneración de los derechos básicos de los ciudadanos por la jurisdicción ordinaria representan todas ellas circunstancias que el juez constitucional debe verificar y garantizar en sus fallos. ¿Es acaso todo esto poco trabajo para el juez constitucional, cuando analiza materia penal? Teniendo en cuenta aquello, ¿es razonable que el juez constitucional –además de la materia antes indicada– pretenda establecer el sentido criminal correcto de los tipos penales, crear nuevos delitos y determinar si el razonamiento del juez penal es –desde el punto de vista dogmático criminal– el mejor?

Creemos que la respuesta es negativa. Entonces: ¿Por qué la tendencia del juez constitucional de analizar materia puramente penal?

A nuestro entender, el problema se origina en la errada posición que tiene el Tribunal Constitucional respecto a la efectivización de las garantías constitucionales establecidas en los artículos 139.3, 139.5⁵⁶⁰ y 139.8⁵⁶¹ de la Constitución nacional, disposiciones que establecen principios y derechos de la función jurisdiccional. Tengamos en cuenta lo que disponen los artículos 139.3, 139.5 y 139.8 de la Constitución:

Art. 139. Son principios y derechos de la función jurisdiccional:

(...)

2. La observancia del debido proceso y la tutela jurisdiccional.

(...)

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

⁵⁶⁰ Artículo 139.5 de la Constitución Política del Perú: “La motivación escrita de las resoluciones judiciales en todas las instancias, excepto los decretos de mero trámite, con mención expresa de la ley aplicable y de los fundamentos de hecho en que se sustentan.”

⁵⁶¹ Artículo 139.8 de la Constitución Política del Perú: “El principio de no dejar de administrar justicia por vacío o deficiencia de la ley. En tal caso, deben aplicarse los principios generales del derecho y el derecho consuetudinario.”

(...)

8. *El principio de no dejar de administrar justicia por vacío o deficiencia de la ley. En tal caso, deben aplicarse los principios generales del derecho y el derecho consuetudinario.*⁵⁶²

Estos derechos de rango constitucional –como es claro– deberán ser garantizados por todos los estamentos del Estado (e incluso por los privados en sus relaciones *inter se*).⁵⁶³ Ante su vulneración, cualquiera podrá exigir que se declare la violación del derecho y la reparación respectiva. Por lo tanto, es perfectamente posible (como ha sucedido y ha sido objeto de análisis en los capítulos previos) que una sentencia emitida por un juez ordinario llegue al Tribunal Constitucional y sea declarado atentatorio de los derechos básicos del procesado, por su falta de motivación o por violar el debido proceso dada la adopción de una argumentación vaga. En esos casos, el Tribunal Constitucional está obligado a determinar si se ha producido la vulneración del derecho a la motivación de las resoluciones judiciales, lo cual abre la puerta para que el máximo tribunal analice materia más allá de la constitucional.

Al respecto, debe recordarse que la revisión de la correcta motivación (o no) de una sentencia penal ordinaria requiere verificar la razonabilidad de la decisión del juez penal, lo cual pone en una incómoda posición al juez

⁵⁶² Constitución Política del Perú.

⁵⁶³ Recuérdese lo señalado por nuestro máximo tribunal, en el sentido de que: “Este Tribunal ha señalado en anterior jurisprudencia que “... queda claro que el debido proceso –y los derechos que lo conforman, p. e. el derecho de defensa– rigen la actividad institucional de cualquier persona jurídica, máxime si ha previsto la posibilidad de imponer una sanción tan grave como la expulsión ... razón por la cual los emplazados, si consideraron que el actor cometió alguna falta, debieron comunicarle por escrito los cargos imputados, acompañando el correspondiente sustento probatorio, en el momento adecuado, sin mutilaciones, otorgándole un plazo prudencial a efectos de que –mediante la expresión de los descargos correspondientes– pueda ejercer cabalmente su legítimo derecho de defensa” (Exp. 1612 – 2003- AA/TC). También ha expresado sobre el derecho fundamental al debido proceso “que se irradia a todo tipo de procesos y procedimientos, cualquiera que fuese su naturaleza, y también en las relaciones interprivatos; así pues, las asociaciones, sean personas jurídicas de Derecho privado, sujetas a los principios, valores y disposiciones constitucionales; y cualquier ciudadano o institución (pública o privada), tienen la obligación de respetarlo, más aún cuando se ejerce la potestad disciplinaria sancionadora”. (STC N.º 1461-2004-AA/TC)”. Véase: Sentencia del Tribunal Constitucional del Perú. Exp. N.º 05314-2007-PA/TC-Lima del 5 de mayo de 2010. Fundamento 5.

constitucional, pues en definitiva se verá hasta cierto punto obligado a analizar la subsunción del tipo efectuada por el juez ordinario.

Al respecto, hay que tener en cuenta que nuestro máximo tribunal ha indicado que: "(...) el derecho al debido proceso (...) tiene (...) dos expresiones: una formal y otra sustantiva; en la de carácter formal, los principios y reglas que lo integran tienen que ver con las formalidades estatuidas, tales como las que establecen el juez natural, el procedimiento preestablecido, el derecho de defensa, **la motivación**; en su faz sustantiva, **se relaciona con los estándares de justicia como son la razonabilidad y proporcionalidad que toda decisión judicial debe suponer.**"⁵⁶⁴ (Subrayado agregado).

Entonces, el juez constitucional tiene una delicada labor de determinar si en ciertos casos la decisión del juez penal carece o no de motivación y si su argumentación ha cumplido con un mínimo de razonabilidad y proporcionalidad. Esto, sin duda, nos lleva a los confines últimos de la labor exclusiva del juez penal ordinario, como lo es la subsunción de la acción u omisión -objeto del proceso penal- en un tipo criminal. Es por ello que el juez constitucional, al analizar un caso penal constitucional, bien podría determinar que la decisión del juez ordinario ha sido atentatoria de sus derechos, al desconocer derechos constitucionales del procesado - por ejemplo- al aplicar de forma irracional un tipo penal que no describe la acción del imputado o por decidir irracionalmente la inaplicación de los eximentes, aun cuando el procesado cumpla con los requisitos.

Aunque esto pone al juez constitucional en una posición compleja, desde ningún punto de vista implica que aquel pueda entrar a revisar materia penal sustantiva. Debe recordarse que el juez constitucional se encuentra constreñido a analizar solo las materias constitucionalmente relevantes del caso penal en cuestión, no siendo revisable la totalidad del mismo. Como el Tribunal Constitucional ha indicado, "(s)i en la justicia ordinaria se determina la culpabilidad o inocencia del imputado,

⁵⁶⁴ Sentencia del Tribunal Constitucional del Perú. EXP. N° 05131-2007-PA/TC-LIMA del 4 de febrero de 2009, fundamento 4.

determinando en el caso si se da el supuesto de hecho previsto en la norma y sobre la base de consideraciones de orden penal, de acuerdo con la alternativa que ofrezca la dogmática penal que se estime la más adecuada, **la justicia constitucional, en cambio, se encarga de determinar si la resolución judicial cuestionada afecta a derechos constitucionales (...)**.⁵⁶⁵

El problema, como es obvio, reside en identificar el límite de aquella actividad de “revisión” del juez constitucional. Si bien ello es complejo, justamente la existencia del principio de legalidad es el que delimita la actividad del Tribunal Constitucional en esa tarea, ya que si bien éste debe garantizar que no se vulnere los derechos básicos del procesado (como es su derecho al debido proceso), al mismo tiempo se encuentra constreñido por un principio que le obliga a no entrometerse en la actividad exclusiva del juez penal y, aun menos, a establecer nuevos criterios penales⁵⁶⁶ o crear normas penales en sede jurisdiccional.

Al respecto, bien ha indicado García Cantizano: “El hecho de que el principio de legalidad goce de rango constitucional, como condición para asegurar la libertad y la seguridad de la persona hace que se encuentre al

⁵⁶⁵ Sentencia del Tribunal Constitucional del Perú. Exp. N° 02022-2008-PHC/TC del 22 de septiembre de 2008, fundamento 2 (haciendo referencia a la Sentencia Exp. N° 2758-2004-PHC/TC. Caso Bedoya de Vivanco).

⁵⁶⁶ Al respecto, téngase en cuenta lo indicado por nuestro máximo tribunal: “(...) debe señalarse también que no es competencia de la justicia constitucional el dilucidar aspectos de mera legalidad como la subsunción de los tipos penales.” Sentencia del Tribunal Constitucional del Perú. Exp. N° 00221-2008-PHC/TC-APURÍMAC del 31 de enero de 2008. Fundamento. 3. Además, ha establecido que: “Ante ello cabe recordar que este Tribunal en reiterada jurisprudencia ha establecido que no es función del juez constitucional proceder a la subsunción de la conducta en un determinado tipo penal, así como el de determinar la inocencia o responsabilidad penal del imputado, o el reexamen o revaloración de las pruebas incorporadas en el proceso penal, ya que como dijimos supra, ello es tarea exclusiva del juez ordinario, que escapa a las competencias del juez constitucional (...)” Sentencia del Tribunal Constitucional del Perú. Exp. N° 2758-2004-PHC/TC. Caso Bedoya de Vivanco. Y, finalmente, téngase en cuenta lo indicado por el máximo tribunal al indicar: “Que este tribunal (...) ha establecido como regla general que “(...) la tipificación penal y la subsunción de las conductas ilícitas no son ni deberían ser objeto de revisión en estos procesos. Al fin y al cabo, ni la justicia constitucional puede considerarse en forma análoga a la justicia penal, ni aquella resulta tarea que forme parte del ámbito de competencias de los jueces constitucionales (...)”. Ver: Sentencia del Tribunal Constitucional del Perú. Exp. N° 2289-2005-PHC/TC-LIMA del 16 de mayo de 2005. Fundamento 7. Sobre la jurisprudencia detallada del Tribunal Constitucional en la materia, véase: ÁLVAREZ PÉREZ, Víctor Manuel. *Alcances y aplicación de los principios de legalidad y de tipicidad en el Derecho Penal y su concordancia con la supremacía constitucional*. En *El Principio de Constitucional de Legalidad y su Aplicación en el Derechos Administrativo, Penal y Tributario* (Varios Autores). Gaceta Jurídica – Ira Ed. Lima, Perú. 2013.

mismo nivel jerárquico que otros derechos fundamentales, entre los que se encuentran, por citar algunos, el derecho a la vida, el derecho a la inviolabilidad del domicilio o a la legítima defensa, entre otros. Desde este punto de vista, el principio de legalidad en materia penal, en el ámbito del ordenamiento jurídico peruano, no sólo constituye un mero principio general, como tal previsto también en el Título Preliminar del Código penal, sino que adquiere la naturaleza jurídica de disposición constitucional de carácter fundamental, y como tal vinculante para todos los Poderes del Estado implicados en garantizar su eficacia (...).⁵⁶⁷

El mismo tribunal hace suyo esto cuando reconoce que el principio de legalidad es obligatorio para todo tribunal de justicia, es decir, “(e)l principio de legalidad penal se expresa en exigencias dirigidas tanto al legislador como a los tribunales de justicia. Ciertamente opera, en primer lugar, frente al legislador. Es la ley, en una primera instancia, la que debe garantizar que el sacrificio de los derechos de los ciudadanos sea el mínimo imprescindible (...)”.⁵⁶⁸ No hay razón para excluir de esta exigencia al máximo tribunal, no todo lo contrario: creemos que éste está obligado a asegurar que en el ejercicio de sus atribuciones se respete la inviolabilidad del principio en mención. Esto implica señalar claramente que el Tribunal Constitucional no puede efectuar aquello que le está prohibido a los tribunales ordinarios penales por el principio de legalidad penal. Aquello que está prohibido a los tribunales en general, como ha indicado el máximo tribunal, implica una serie de límites. El Tribunal Constitucional indica que: “(r)esulta igualmente claro que la dimensión subjetiva del derecho a la legalidad penal no puede estar al margen del ámbito de los derechos protegidos por la justicia constitucional frente a supuestos como la creación judicial de delitos o faltas y sus correspondientes supuestos de agravación o, incluso, la aplicación de determinados tipos penales a supuestos no contemplados en ellos. El

⁵⁶⁷ GARCÍA CANTIZANO, María del Carmen. *Algunos Alcances del Principio de Legalidad en el Ámbito el Ordenamiento Jurídico Peruano*. En Revista Peruana de Doctrina y Jurisprudencia Penales. N° 5. 2004. p. 141.

⁵⁶⁸ Sentencia del Tribunal Constitucional del Perú. Exp. N.° 0012-2006-PI/TC del 15 de diciembre de 2006, puntos 19 y 20.

derecho a la legalidad penal vincula también a los jueces penales, y su eventual violación posibilita obviamente su reparación (...).⁵⁶⁹

Como resulta obvio, nuestro máximo tribunal no puede realizar aquello que el mismo califica como una violación a los derechos fundamentales de la persona, en atención a lo dispuesto en nuestra Constitución. En ese sentido, tanto la creación de normas penales en sede jurisdiccional (sea mediante la aplicación de analogías in *malam partem*) como la aplicación retroactiva de una disposición penal y la invasión del fuero exclusivo del juez penal ordinario le están vetadas y constituyen infracciones a nuestra constitución. Y esto debe ser así, en tanto cualquier decisión que implique materia penal requiere tener presente los límites que el Derecho Penal impone. En ese sentido, aun, cuando el Tribunal Constitucional esté legitimado a ingresar a revisar materia penal (excepcionalmente y de forma indirecta, como parte de su control constitucional), cualquier articulación criminal elaborada por el juez constitucional se encontrará constreñida por las garantías propias del Derecho Penal. Al respecto, cabe resaltar que "(l)a legitimidad del *ius puniendi estatal* y del Derecho positivo que lo articula procede de la Constitución y –lógicamente– en la misma encuentra tajantes limitaciones, como corresponde a un Estado social y democrático de Derecho. De ello se deduce la imperiosa necesidad de que el Derecho Penal respete y no solo formalmente determinados principios inspiradores de todo el sistema."⁵⁷⁰

Para encontrar aquellos principios limitadores (que le son aplicables a todo estamento estatal cuando ejerce atribuciones vinculadas al Derecho Penal) no se requiere de una gran búsqueda; bastará analizar sistemáticamente la Constitución nacional, siendo en el mismo artículo 139 de la Constitución donde se establecen límites claros a la interpretación que haga cualquier ente estatal, como lo atestigua el numeral 9 del artículo antes indicado. Éste dispone: "(e)l principio de inaplicabilidad por analogía de la ley penal y de las normas que restrinjan

⁵⁶⁹ Sentencia del Tribunal Constitucional del Perú. Exp. N.º 2758-2004-PHC/TC. Caso Bedoya de Vivanco, fundamento 4.

⁵⁷⁰ FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, Dolores. *Los Límites del Ius Puniendi*. En Anuario de Derecho Penal y Ciencias Políticas. Tomo XLVII – Fascículo III. Sep-Dic. 1994. p. 89.

derechos.⁵⁷¹ Como es claro, esta obligación no solo vincula a los jueces ordinarios, sino también al juez constitucional.

Por otro lado, en lo referido a la labor del juez constitucional respecto a la calificación de la decisión tomada por el juez penal ordinario, ésta encuentra restricciones reconocidas por magistrados del mismo tribunal que ha indicado que: “(e)specíficamente, es facultad del juez penal determinar si en el caso puesto en su conocimiento se da el supuesto de hecho previsto en la norma, ello sobre la base de consideraciones de orden penal y de acuerdo con la alternativa que ofrezca la dogmática penal que estima la más adecuada; no siendo materia de revisión por proceso constitucional alguno, ni la calificación que el juez ordinario realice del tipo penal, ni es competencia de la judicatura constitucional, la interpretación o comprensión que el juez realice del tipo penal mencionado.”⁵⁷² En ese sentido, la labor del juez constitucional, en lo que respecta a las garantías del debido proceso penal –en su variante de motivación– se enfoca en detectar errores flagrantes o vulneraciones evidentes en la calificación penal, siempre que todo ello atente contra un mínimo de razonabilidad. Si éste no es el caso, entonces la decisión de fondo en materia criminal no es objeto de revisión constitucional. Ahora bien, creemos que esta limitación es tajante y debe respetarse, pues con ello se evita la actividad “creativa” del juez constitucional que finalmente colisiona con las competencias exclusivas del Parlamento. Por ello, el tribunal ha agregado que: “No obstante, hemos sostenido que excepcionalmente cabe efectuar un control constitucional sobre una

⁵⁷¹ Artículo 139, numeral 9 de la Constitución Política del Perú.

⁵⁷² Sentencia del Tribunal Constitucional del Perú. Exp. N.º 8123-2005-PHC/TC-LIMA del 14 de noviembre de 2005, fundamento 5. Esto también ha sido señalado por el Tribunal Constitucional al indicar que: “En reiterada jurisprudencia, emitida por este Supremo Tribunal, se ha establecido que el Tribunal Constitucional no es instancia en la que pueda dictarse pronunciamiento tendiente a determinar si existe, o no, responsabilidad penal del inculpado, ni tampoco la calificación del tipo penal en que este hubiera incurrido, toda vez que tales cometidos son exclusivos de la jurisdicción penal ordinaria. Sin embargo, debe quedar plenamente establecido que si bien el juzgador constitucional no puede invadir el ámbito de lo que es propio y exclusivo del juez ordinario, en los términos que aquí se exponen, dicha premisa tiene como única y obligada excepción la tutela de los derechos fundamentales, pues es evidente que allí donde el ejercicio de una atribución exclusiva vulnera o amenaza un derecho reconocido por la Constitución, se tiene, porque el ordenamiento lo justifica, la posibilidad de reclamar protección especializada en tanto es ese el propósito por el que se legitima el proceso constitucional dentro del Estado constitucional de derecho.” Véase al respecto: EXP. N.º 8125-2005-PHC/TC-LIMA, punto. 5.

resolución judicial por afectación del principio de legalidad penal, concretamente en aquellos casos en los que, al aplicar un tipo penal o imponer una sanción, el juez penal se aparte del tenor literal del precepto o cuando la aplicación de un determinado precepto obedezca a pautas manifiestamente extravagantes o irrazonables (...).⁵⁷³

La descripción que hemos efectuado tiene como último propósito advertir cómo el principio de legalidad y los derechos básicos del debido proceso obligan al máximo tribunal a ejercitar una tarea de control, tanto del Legislativo como de la actividad de los jueces. Sobre la base de aquel mandato, es que el Tribunal Constitucional ejerce indirectamente el control en materia penal sobre la judicatura.⁵⁷⁴

En ese sentido, el Tribunal Constitucional, debido a las disposiciones del artículo 139 de la Constitución, tiene hasta cierto punto la puerta abierta para ejercer sus atribuciones en temas punitivos. Las interrogantes que surgen son: ¿Cómo el tribunal controlará sus propios fallos normativos (creadores de normas criminales)? ¿Puede permitirse que el Tribunal Constitucional sea juez y parte en la creación de normas penales? La respuesta debe ser negativa. El principio de legalidad no solo comporta un elemento técnico-jurídico (con manifestaciones particulares visto en los capítulos previos y en las líneas precedentes), sino que encarna un principio político⁵⁷⁵ que expresa la decisión de vivir en una comunidad basada en la separación de poderes y, por lo tanto, democrático.

⁵⁷³ Sentencia del Tribunal Constitucional del Perú. Exp. N.º 2523-2008-PHC/TC-LIMA del 13 de julio de 2009. Voto Dirimente del Magistrado Calle Hayen, punto 4.

⁵⁷⁴ La labor de control que efectúa el máximo tribunal a la actividad del Congreso (es decir, la revisión de la norma en abstracto) es una labor que sin estar exenta de posibles casos no representa el principal problema objeto de nuestra investigación (en nuestra realidad, el máximo tribunal no encuentra su mayor requerimiento de trabajo en controlar la emisión de normas penales proveniente del Congreso), sino en la reinterpretación de aquellas normas por parte del tribunal al tratar de solucionar situaciones de aparente injusticia y, como resultado, invadiendo las competencias del Parlamento y las competencias que solo le han sido atribuidos al Poder Judicial.

⁵⁷⁵ Como indica Arroyo Zapatero: “En este sentido es pacífica la opinión de que el principio de legalidad penal tiene una doble fundamentación, por una parte, de carácter político, expresión de la idea de libertad y del Estado de Derecho, de la que deriva la exigencia de ley formal y la de seguridad jurídica y, por otra, una fundamentación específicamente penal, expresión de la esencia o función social de la norma y la sanción penal. Ambos fundamentos han de considerarse conjuntamente y sólo así, como se verá, resulta viable conectar a una idea común y general cada uno de los que inicialmente se han enumerado como contenidos del

El principio de legalidad protege al individuo no solo del peligro de ser subyugado por las decisiones arbitrarias de los legisladores (al crear delitos) o de los jueces (en aplicación de las normas penales), sino de toda concentración de poder, pues el poder absoluto lo corrompe absolutamente todo. El principio de legalidad impide que el juez (sea este ordinario o constitucional) cree normas y no solo porque ello podría generar injustos, sino porque es la decisión política asumida por nuestro modelo estatal sin la cual se vaciaría de identidad nuestro modelo político constitucional. Al respecto, téngase en cuenta cómo perfectamente un Tribunal Constitucional podría asumir atribuciones como creador de normas penales. Para que ello funcione, lo más probable es que tendrían que establecerse mecanismos idóneos para que aquel órgano no se convierta en tiránico, pues la concentración de poder sería extrema al reconocerse en un solo órgano la posibilidad de crear normas y al mismo tiempo determinar si se han violado las mismas. Como bien indica García Caveró: “La relación de dependencia del principio de legalidad con el sistema político asumido por nuestra Constitución Política, permite también una conclusión en contrario: teóricamente es posible concebir un sistema de organización política en el que no sea necesaria una determinación legal previa de las conductas delictivas. Si, por ejemplo, se encarga a los jueces facultades de dirección y decisión en una sociedad e incluso se les designa democráticamente, no podrá presentarse objeción alguna, desde el punto de vista de la organización política, a una exclusión o limitación del principio de legalidad. El temor ante una

principio de legalidad.” Véase: ARROYO ZAPATERO, Luis. *Principio de Legalidad y Reserva de Ley en Materia Penal*.

Op. Cit., p. 12. Con igual claridad lo expone Mata y Martín en los siguientes términos: “Las exigencias fundamentales del principio de legalidad entroncan con un postulado básico del liberalismo político, el de la vinculación del poder ejecutivo y del poder judicial a las leyes generales. Se trata de asegurar mediante la vinculación de los poderes a la ley abstracta la libertad del ciudadano ante posibles injerencias en la misma. En la dimensión política se integran no sólo las limitaciones a la imposición de sanciones, según el previo acuerdo social, sino que al tiempo manifiesta el origen legítimo del castigo. Desde esta perspectiva se produce un acuerdo de todos como miembros de la sociedad sobre los límites de la libertad y la pérdida de ésta para formar la comunidad.” Véase: MATA Y MARTÍN, Ricardo. *El Principio de Legalidad en el Ámbito Penitenciario*. En Anuario Facultad de Derecho (Univ. de Alcalá) Vol. IV. 2011. p. 257.

arbitrariedad judicial tendría que combatirse mediante mecanismos distintos y más acordes con el sistema de organización política asumido. En este sentido, la vigencia del principio de legalidad no constituye un mandato supra-positivo de validez general, sino, más bien, un mecanismo que, en un determinado sistema político-social, evita abusos contra los ciudadanos mediante la distribución del poder.⁵⁷⁶

Si bien lo indicado por García Cavero podría existir en teoría, es necesario observar que ello implicaría modificar el sistema de separación de poderes y crear uno nuevo, con las válvulas legales y políticas que impidan lo que nuestro modelo actual trata de evitar. Ahora bien, la razón por la cual vemos la intervención del máximo tribunal (descrita en los capítulos precedentes) como una invasión en los asuntos propios de otros poderes del Estado y como una creación ilegítima de normas penales se da por que el Tribunal Constitucional asume atribuciones *de facto* que le están vetadas, sin que exista ningún mecanismo que garantice al ciudadano que aquel órgano no se convertirá subrepticamente en uno que trastoque el funcionamiento del aparato estatal o que, peor aún, se preste (con los nuevos poderes tomados) para juegos políticos.

Esto último no es una preocupación sin fundamento. Solo basta mencionar uno de los casos analizados previamente el de la sentencia del Tribunal Constitucional recaída sobre el ex Alcalde de Chiclayo, Roberto Torres Gonzáles, para observar cómo el Tribunal Constitucional efectuó una “interpretación” que le permitió al ex – alcalde no ser sentenciado por el delito de peculado de uso. La razón para una decisión como ésta –en un medio como el nuestro– difícilmente podría basarse en la defensa de una posición doctrinaria penal de los magistrados que componían el tribunal en su momento. La razón –por el contrario– pareciera haberse originado en la influencia que se ejerció sobre algunos de ellos (los principales defensores de la modificación del tipo de peculado de uso y de la grosera intromisión en la esfera del juez ordinario). Solo basta indicar

⁵⁷⁶ GARCÍA CAVERO, Percy. *Derecho Penal – Parte General*. 2da Ed. Jurista Editores. Lima, Perú. 2012. p. 140-141.

que dos de aquellos magistrados enfrentan hoy investigaciones fiscales por presuntos nexos con el beneficiado de la sentencia.⁵⁷⁷

Entonces, en un contexto como el de nuestro Estado, precariamente institucionalizado apenas con una división de poderes formal y con una inmensa corrupción, ¿es posible dejar pasar la violación de uno de sus más importantes principios?

Creemos que no, y existen más razones para ello, como las que explicaremos a continuación.

1.2. Distorsión del sistema de fuentes y su necesaria Interpretación desde la Constitución

Uno de los efectos de la intromisión efectuada por el Tribunal Constitucional (como hemos visto en los capítulos previos) es la distorsión producida en el sistema de fuentes.⁵⁷⁸

⁵⁷⁷ Así lo informaría la Fiscalía de la Nación la indicar que un colaborador eficaz indicó que el ex alcalde de Chiclayo, Roberto Torres (actualmente en prisión), le habría entregado a los ex magistrados Carlos Mesía y Gerardo Eto una suma de dinero con el fin de que la sentencia tuviese efectos absolutorios en el proceso penal que se le había seguido. Como hemos explicado en esta investigación; los efectos de la controvertida sentencia logró justamente aquello. Al respecto, véase: <http://larepublica.pe/17-10-2014/acusan-a-dos-magistrados-del-tc-de-recibir-dinero-de-torres>. Consultado 5 de octubre de 2015. Estos mismos miembros se han visto involucrados en otros polémicos fallos (que ha originado investigaciones) como lo informaba los medios de comunicación en su momento: "A través de una sentencia emitida el pasado miércoles, el TC dejó sin efecto los nombramientos de las fiscales supremas Zoraida Ávalos Rivera y Nora Miraval Gambini, realizados por el CNM, y, además, ordenó a esta institución nombrar en dicho cargo a Mateo Castañeda. Paz de la Barra, quien también fue decano del Colegio de Abogados de Lima (CAL). Expresó que los magistrados del TC Carlos Mesía, Gerardo Eto Cruz y Ernesto Álvarez Miranda "abusaron de sus funciones" porque "el fallo debió verse en el pleno del TC, con sus seis magistrados, y no sólo ellos tres", anotó. Por otra parte, refirió que la mayoría de miembros del CNM votó en contra del nombramiento de Castañeda como fiscal supremo, pues tomaban en cuenta una denuncia en la que se le relaciona con el caso Business Track." Véase: <http://elcomercio.pe/politica/justicia/cnm-presentara-manana-denuncia-penal-contra-magistrados-tc-noticia-1727082>. Consultado el 5 de octubre de 2015.

⁵⁷⁸ Sobre el sistema de fuentes, su complejidad y su contenido, véase: LEGAZ LACAMBRA, Luis *Filosofía del Derecho* Barcelona – Bosch. 1961. pp. 487 – 488 y PIZZORUSSO, Alessandro. *Las Fuentes del Derecho en el Ordenamiento Jurídico Italiano*. En Revista del Centro de Estudios Constitucionales. N° 3. 1989. pp. 269-321.

Para entender este efecto nocivo, debemos tener presente que el sistema de fuentes nace con el fin de establecer unidad y coherencia al Derecho. En ese sentido, con la adopción de la perspectiva científica del Derecho (de la mano del neopositivismo) este deja de entenderse como un inagotable número de normas generales e inorgánicas emitidas por quien detentaba factualmente el poder de darlo.⁵⁷⁹ El Derecho, entonces, ya no podría ser concebido desde un punto de vista puramente positivista formal. Con el positivismo científico y la constitucionalización del Derecho se propugnaría la concepción del Derecho como un sistema y, por lo tanto, como una verdadera unicidad que requerirá aglomerar las diferentes fuentes del derecho bajo una norma fundamental.⁵⁸⁰

En esta formulación y desde la tradición europea continental, se entendió que la principal fuente del Derecho era la ley (formulada por el Parlamento), dado el principio de representatividad, y que para administrar justicia el juez debía buscar la solución a cualquier controversia primero en la ley adoptada por los representantes del pueblo. Además, se aceptó que la costumbre también formaba parte de las fuentes del Derecho. Sin embargo, se entendería que la costumbre tenía una jerarquía inferior dentro del modelo positivista por su gran indeterminación, pues si por sus características la ley presenta la mayor determinación posible respecto a qué debe acatarse en determinado momento, la costumbre era tan solo una fórmula imperfecta, dado que su sentido se basa en el uso constante de una acción o una desaprobación de la misma. En ese sentido, la costumbre por naturaleza requiere ser

⁵⁷⁹ Véase: DE MIRANDA BURITTY, Tarcisio. *La Teoría de las Fuentes del Derecho en Kelsen y su Concepto Democrático del Estado*. En *Jurídica*. Anuario del Departamento de Derecho de la Universidad Iberoamericana. N° 22. 1993. pp. 537-551.

⁵⁸⁰ Como bien recuerda Pérez Carrillo: "Finalmente, en tercer lugar, la cuestión de la ubicación contemporánea de la Constitución en el mismo sistema de fuentes del derecho es otra de los asuntos importantísimos que no pueden eludirse en cualquier análisis serio de las fuentes del derecho como institución jurídica. (...) Ha sido destacadamente Javier Pérez Royo quien ha puesto de manifiesto la idea de que "la Constitución pretende ordenar la génesis del derecho" y que esto lo trata de llevar a cabo de dos maneras: por un lado, "regulando... ciertas materias de manera directa"; y, por otro lado, "determinando qué órganos y con qué procedimientos regularán aquellas materias que ella misma no ha regulado". Ante lo cual, la Constitución se sitúa en una doble posición, en expresión categórica de este autor: "la Constitución es, por lo tanto, y de manera simultánea, fuente del derecho y norma jurídica que regula las fuentes del derecho, la producción jurídica". Véase: PÉREZ CARRILLO, Juan Ramón. *Causas de Indeterminación en el Sistema de Fuentes del Derecho*. En *Problema - Anuario de Filosofía y Teoría del Derecho* N° 4. 2010. pp. 311-312.

captada en cierto momento y ser declarada como norma, siendo esto posible mediante el reconocimiento de la costumbre por parte del Parlamento o mediante sentencias judiciales que la reconozcan. Como es claro, esto no implica que los tribunales creen aquella norma, sino que los tribunales pueden reconocer la existencia de una norma consuetudinaria previa y hacerla valer para resolver un conflicto particular. Igualmente, serían considerados por el positivismo científico, como fuente del derecho, los principios básicos del sistema legal, cuya principal función sería cerrar el sistema legal mediante su manipulación en sede jurisdiccional, lo cual nos lleva a la última fuente a tratar: la jurisprudencia.⁵⁸¹

Este es un punto importante en lo que nos atañe, pues las sentencias de las que hablamos –provenientes del Tribunal Constitucional– se encuentran en una zona ambigua entre el dictado de jurisprudencia –legítima fuente de derecho materializada en la actividad de los tribunales– y la generación subrepticia de normas generales (adentrándose en una fuente exclusiva del Parlamento o del Poder Ejecutivo).

Sobre este punto debe indicarse que el ejercicio jurisprudencial se realiza por mandato del artículo 139, numeral 8 de la Constitución, pues como el Tribunal Constitucional ha reconocido en su casuística: “(l)a propia Constitución, en el inciso 8 del artículo 139 reconoce el principio de no dejar de administrar justicia por vacío o deficiencia de la ley. No requiere de una disposición normativa expresa toda vez que dicha fuente deriva directamente de la función inherente a los órganos jurisdiccionales que la Constitución configura. En efecto, es inherente a la función jurisdiccional la creación de derecho a través de la jurisprudencia.”⁵⁸² En ese sentido, la jurisprudencia como fuente de derecho se basa en un dato factual: la falta de cumplimiento del sistema legal, pues todo sistema jurídico, por naturaleza,

⁵⁸¹ De forma general, véase: FERRERS, Victor y XIOL, Juan Antonio. *El Carácter Vinculante de la Jurisprudencia*. 2da Ed. Fundación Coloquio Jurídico Europeo. Madrid. 2009. BERNAL CANO, Natalia. *Algunas Reflexiones sobre el Valor de la Jurisprudencia como Fuente Creadora de Derecho*. En Cuestiones Constitucionales - Revista Mexicana de Derecho Constitucional. N° 28. 2013. pp. 365-383.

⁵⁸² Tribunal Constitucional – Pleno Jurisdiccional. Exp. N° 047-2004-AI7TC. Sentencia del Pleno Jurisdiccional del Tribunal Constitucional (24 de abril de 2006), fundamento 34.

no puede incorporar todas las normas necesarias para que una sociedad resuelva sus conflictos.

Dado ello y el mandato que señala que los jueces no pueden dejar de impartir justicia (en los casos en que estos se encuentren con lagunas en el sistema o cuando se encuentren frente a la colisión de normas),⁵⁸³ la creación de una suerte de derivación normativa se hace necesaria para resolver un caso en particular, pudiéndose llegar a establecer criterios jurisprudenciales para otros casos similares. Por ello, no debe sorprender que la actividad de los tribunales superiores, en diferentes ordenamientos, vaya generando una suerte de “línea jurisprudencial” en donde se va regulando materias obviadas por el legislador. Como indica Sarmiento para el caso colombiano:

“Ciertamente, las sentencias de unificación de tutela y las sentencias de casación se reconocen con facilidad como una fuente de derecho poderosa, que sitúan a las cortes como tribunales de cierre, no solo por haber sido concebidos como máximos tribunales de sus respectivas jurisdicciones, sino por haber probado que en realidad están desplegando una capacidad normativa relevante por medio de los mencionados recursos de unificación (...). (...) lo anterior no supone que la Corte Constitucional de Colombia haya sido la única que ha progresado en el uso y sistematización relativa del precedente. Sin duda, la Corte Suprema de Justicia, por medio del recurso de casación, y el Consejo de Estado, como órgano judicial de cierre en materia contencioso administrativa (Sarmiento, 2011) han ampliado y articulado el precedente judicial, hasta el punto de convertir sus aportes en la única fuente de derecho aplicable a algunas materias objeto de debate.”⁵⁸³

La jurisprudencia es pues una importante fuente del sistema legal contemporáneo.⁵⁸⁴ Y tal y como el Tribunal Constitucional nacional

⁵⁸³ SARMIENTO, Juan Pablo. *Hacia la Constitucionalización del Precedente Judicial en Colombia, ¿un esfuerzo por controlar a las fuentes del derecho?*. En *Opinión Jurídica*. (Univ. de Medellín) Vol. 11, N° 2. 2012. p. 67.

⁵⁸⁴ ZACCARIA, Giuseppe. *La libertad del intérprete: creación y vínculo en la praxis jurídica*. En *Razón Jurídica e Interpretación* (G. Zaccaria). Thomson Civitas, Madrid. 2004, p. 125 y ZACCARIA, Giuseppe. *La Jurisprudencia como Fuente del Derecho: Una Perspectiva*

indicara en su momento: "(...) si bien la labor de interpretación jurídica tienen diversos intérpretes, en el ámbito jurisdiccional es donde dicha actividad despliega todos sus efectos vinculantes. En efecto, si no fuera así, ¿cuál sería la diferencia entre la interpretación jurídica de un particular y la de un juez? (...) Queda claro que la jurisprudencia es una fuente de derecho que también tiene un fundamento constitucional (...) Sin la interpretación la actividad de los jueces estaría condenada al fracaso, pues la Constitución y la ley no pueden prever todos los casos posibles que presenta la realidad según cada época."⁵⁸⁵ De aquí las palabras de Peces-Barba, en el sentido de que:

"(...) el Derecho es un sistema de normas y también el Derecho judicial está formado por normas, o dicho de otra manera, los jueces producen normas, que constituyen el ordenamiento jurídico dinámico, de textura abierta y caracterizada por su unidad, coherencia y plenitud construida sobre la base principal de esa integración entre Derecho legal y judicial."⁵⁸⁶

Es importante tener en cuenta que la jurisprudencia es una fuente del Derecho menos estable y general en comparación a la ley y a la costumbre. Esto se debe a que la jurisprudencia solo vincula a los tribunales inferiores siempre que el criterio establecido en cuestión no cambie. Téngase en cuenta que la "(j)urisprudencia es la interpretación

Hermenéutica. En Isonomía N° 32. 2010. pp. 93-117. Este último autor indica que: "Si por ordenamiento jurídico se entiende un instrumento que no se limita a sostener juntos a una multiplicidad de sujetos, sino que los organiza en una unidad coherente, la respuesta a este interrogante no puede más que ser negativa. El derecho como ordenamiento ya no es un dato, como era en el siglo XIX, sino que se ha transformado en un problema. Cuerpos normativos y praxis reguladoras como las antes señaladas expresan una normativa débil, desequilibrada hacia la efectividad, frecuentemente privada de aparatos de ejecución. Un soft law que, basándose en las auto obligaciones de los participantes, valoriza las negociaciones y hace hincapié sobre la amenaza de excluir de los - velarse débil, incapaz de transacciones reales, problemático. Puede sin dudas reducir la anarquía y el caos del orden global, pero no resuelve problemas esenciales de competencia entre diferentes sistemas jurisdiccionales. Nuestro viaje al interior de las transformaciones sufridas por la jurisprudencia como fuente de derecho se ha desarrollado por lo tanto en un tiempo históricamente más bien breve -ha iniciado como recordarán sólo unos cuarenta años atrás- pero ha debido registrar novedades y mutaciones profundísimas."

⁵⁸⁵ Tribunal Constitucional - Pleno Jurisdiccional. Exp. N° 047-2004-AI7TC. *op. cit.*, Para. 35-36.

⁵⁸⁶ PECES-BARBA MARTINEZ, Gregorio. *Reflexiones sobre la Ley y los Principios Generales del Derecho - Comentario al Libro de Eduardo García de Enterría*. En Revista Española de Derecho Constitucional. Año 4, N° 11. 1984. p. 253.

judicial del derecho efectuada por los más altos tribunales en relación con los asuntos que a ellos corresponde, en un determinado contexto histórico, que tiene la virtualidad de vincular al tribunal que los efectuó y a los jerárquicamente inferiores, cuando se discutan casos fáctica y jurídicamente análogos, siempre que tal interpretación sea jurídicamente correcta (...).⁵⁸⁷ De aquí que la generalidad que presenta la jurisprudencia –por naturaleza– es restringida en comparación a la ley. Y si bien esto podría ser relativizado por algunos, pues la ley también puede ser derogada o abrogada, lo cierto es que la jurisprudencia presenta un matiz único al verse combinado ello con su manifiesta falta de generalidad. En ese sentido, aunque los tribunales establecen criterios para definir una institución legal según la línea jurisprudencial decidida, lo cierto es que aquellos criterios siempre están constreñidos a los hechos particulares del caso y al objeto en discusión. La jurisprudencia vincula, pero respecto a algo muy particular, y siempre que los tribunales inferiores tengan frente a ellos un caso con hechos similares. Bastará que los hechos cambien para que la línea jurisprudencial (como fuente de derecho) sea obviada, lo cual no significa evadir el cumplimiento del mandato del tribunal superior, sino el ajuste de la decisión a requerimientos de justicia propios de los casos que van presentándose y al derecho positivo expreso.⁵⁸⁸

La jurisprudencia presenta un elemento esencial: una estabilidad relativa en comparación a la ley y, especialmente, una generalidad por debajo de la ley y la costumbre.⁵⁸⁹ Por ello, cuando el Tribunal Constitucional se

⁵⁸⁷ MORENO MILLÁN, Franklin. *La Jurisprudencia Constitucional como Fuente de Derecho*. Bogotá - Ed. Leyer. 2002. p. 33.

⁵⁸⁸ Por ello las palabras de De Otto (respecto al sistema legal español): “Por ello, a pesar de la importancia que tiene la jurisprudencia como metafuente creadora de reglas interpretativas seguidas de hecho por los tribunales, no es una fuente del derecho en el sentido propio del término, y no vincula a los jueces y tribunales; una sentencia contraria a la doctrina jurisprudencial no sería nunca una sentencia antijurídica. El art. 117.1 excluye también radicalmente cualquier posibilidad de que los jueces dejen de aplicar la ley haciendo valer frente a ella el "derecho", entendido este término como alusivo a un derecho no positivo, integrado por valores o principios de los que los jueces puedan deducir la injusticia de la ley o de la solución que de ella se desprende para el caso concreto.” De Otto *op. cit.*, pp. 68-69.

⁵⁸⁹ Además de ello, la jurisprudencia no permite el control democrático que la ley sí permite (en los debates congresales). De aquí la imposibilidad de ésta de generar efectos generales. Bien ha indicado Baratta: “A propósito de esto, tal vez sea necesario recordar aquí que razones de carácter estructural que conciernen a la organización del ordenamiento jurídico y la

irroga la posibilidad de establecer más que jurisprudencia en materia constitucional penal y pasa a fijar el sentido que una norma criminal debe tener (modificando en muchos casos el tenor literal de la ley), aquel ejercicio ya no involucra la emisión de jurisprudencia –como fuente legítima del Derecho y reconocido por nuestro sistema legal–, sino el establecimiento de un “precedente ilegítimo”. Al respecto, debe quedar claramente diferenciada la emisión de jurisprudencia y el establecimiento de un precedente.

Así, mientras que la jurisprudencia establece la posición de un tribunal respecto a un caso específico (siendo relativamente vinculante para casos similares), el precedente constituye la interpretación de una institución legal con carácter general. Por lo tanto, mientras que “(...) la jurisprudencia constituye la doctrina que desarrolla el Tribunal en los distintos ámbitos del Derecho, a consecuencia de su labor frente a cada caso; con el precedente en cambio, el Tribunal ejerce un poder normativo general, extrayendo una norma a partir de un caso concreto”.⁵⁹⁰ En otras palabras, mientras que la jurisprudencia establece una interpretación para casos similares (lo cual deja un margen al juez ordinario para determinar si el caso es similar al caso que le permitió establecer la jurisprudencia al juez constitucional), el precedente esclarece una institución con carácter general, lo cual no le permite a los tribunales inferiores (o cualquier otra entidad estatal) dejar de seguir el criterio establecido por el Tribunal Constitucional, salvo fuese dejado de lado por el mismo tribunal mediante

democracia parlamentaria son las que abogan por una subordinación razonable del juez y del administrador del derecho a la ley, sin dejar de reconocer, sin embargo, el carácter renovador de la aplicación del derecho. En esta perspectiva quiere defender la decisión ideológica básica que da preferencia a la norma abstracta en la política jurídica, y con ello el papel del parlamento (...). Esta decisión ideológica básica en favor de un Estado de Derecho parlamentario democrático vienen en gran medida determinada por las consideraciones de que, en comparación con la decisión judicial, son las decisiones legislativas las que, en nuestras sociedades, resultan más fácilmente controlables a través de la discusión pública y de la comunicación política básica. La decisión judicial, a pesar del campo de juego necesario para la concreción de la ley está, en lo esencial, ya programada en la decisión legislativa. Si es cierto que la ley sólo se convierte en derecho en la decisión judicial (...) también es cierto que la ley y la Constitución siguen siendo los instrumentos más importantes para controlar democráticamente la producción del derecho.” BARATTA, Alessandro. *La Jurisprudencia y la Ciencia Jurídica como Fuente del Derecho*. En *Las Fuentes del Derecho* (Ed. A. Baratta; D. Grimm y F. Rubio Llorente) Anuario de la Facultad de Derecho. Estudi General de Lleida. Barcelona. 1983. p.p. 49-50.

⁵⁹⁰ REÁTEGUI SÁNCHEZ, James. *El Precedente Judicial en Materia Penal*. Edit. Reforma. Lima. 2010. p. 86.

las instituciones conocidas en el *Common Law* como “overruling”⁵⁹¹, “distinguishing” o “narrowing”.⁵⁹²

Como bien ha indicado nuestro Tribunal Constitucional -recordando la normativa sobre la materia-, “(l)as sentencias del Tribunal Constitucional que adquieren la autoridad de cosa juzgada constituyen precedente vinculante cuando así lo exprese la Sentencia, precisando el extremo de su efecto normativo (...)”.⁵⁹³ Esto implica que el Tribunal Constitucional habrá de explicitar en sus fallos que su decisión no solo constituye jurisprudencia, sino un precedente. Como bien indica Gálvez Villegas, “(d)e ese modo, si bien tanto la jurisprudencia como el precedente constitucional tienen en común la característica de su efecto vinculante,

⁵⁹¹ Véase: SPRIGGS, James y HANSFORD, Thomas "Explaining the Overruling of U.S. Supreme Court Precedent" En: *Papers Presented in the Center for the Study of Law and Society Bag Lunch Center for the Study of Law and Society Jurisprudence and Social Policy Program UC Berkeley*. 2012. Disponible en <http://escholarship.org/uc/item/4ht6r11q>. Consultado el 18 de octubre de 2015. El Tribunal Constitucional nacional ha tenido oportunidad de hacer referencia a esta institución, de igual forma, en los siguientes términos: “Para estos casos, entonces, se aplica el prospective overruling, mecanismo mediante el cual todo cambio en la jurisprudencia no adquiere eficacia para el caso decidido sino para los hechos producidos con posterioridad al nuevo precedente establecido. En el caso de autos, la Resolución N.º 415-2002-CNM, de fecha 28 de agosto de 2002, fue publicada en el diario oficial El Peruano el día 29 de agosto de 2002; es decir, antes de la emisión de la sentencia que configura el nuevo precedente, razón por la cual la demanda no puede ser estimada.” Véase: Tribunal Constitucional del Perú. Exp. N.º 09084-2006-PA/TC-LIMA del 21 de marzo de 2007. Fundamento 9. Por su lado, en España se permite expresamente este ejercicio. Al respecto, véase: FERNÁNDEZ SEGADO, Francisco. *Los Overruling de la Jurisprudencia Constitucional*. En: *Foro* (Nueva época) N.º 3. 2006. pp. 27-92.

⁵⁹² Herramienta que no está exenta de críticas en los sistemas de *common law*. Al respecto, véase: M. RE, Richard. *Narrowing Precedent in the Supreme Court*. En *Columbia Law Review* Vol. 114. 2014. pp. 1861-1912

⁵⁹³ Sentencia del Tribunal Constitucional del Perú. Exp. 05057-2013-13A/TC-JUNÍN del 16 de abril de 2015. Cabe recordar lo indicado por el magistrado Blume Fortini: “Son dos las principales premisas para el dictado de un precedente constitucional vinculante por parte del Tribunal Constitucional y que corresponden al rol que le compete como supremo interprete de la Constitución (...) Las premisas para el dictado de un precedente constitucional vinculante se desprenden del concepto de dicho instituto procesal y de los fines de los procesos constitucionales. Específicamente, si el precedente se refiere al ejercicio, alcances o cobertura de un derecho fundamental, el precedente debe imperativamente ser armónico con el fin de garantizar su vigencia efectiva. Dicho esto, las premisas en mención son las siguientes: a) Que el precedente sea la consecuencia de una praxis jurisdiccional continuada. De un camino ya recorrido por el Tribunal Constitucional a través de sus fallos, en el que haya ido perfilando una regla que considere necesario establecer como de obligatorio y general cumplimiento en casos similares. (...) Que el precedente vinculante tenga invívita una finalidad, acorde con la naturaleza tuitiva, finalista y garantista de los procesos constitucionales: ampliar y mejorar la cobertura de los derechos fundamentales y de su pleno y cabal ejercicio. Por ello, la inspiración del precedente debe responder al rol tuitivo y reivindicativo del Tribunal Constitucional, tendiente a mejorar los mecanismos de protección y de garantía de la vigencia efectiva de los derechos humanos.” Voto Singular del Magistrado Blume Fortini. Punto 5.

en el sentido de que ninguna autoridad, funcionario o particular puede resistirse a su cumplimiento obligatorio, el Tribunal, a través del precedente constitucional, ejerce un poder normativo general, extrayendo una norma a partir de un caso concreto.⁵⁹⁴ En ello estriba la diferencia entre ambos tipos de sentencias, es decir, en la generalidad de la interpretación de una institución legal. Sin embargo, en tanto la capacidad de establecer el sentido general de una institución legal penal con efectos *erga omnes* acerca peligrosamente a nuestro Tribunal Constitucional a la creación normativa penal que solo debiera tener el Parlamento, aquella actividad (de crear precedentes) tiene requisitos claramente establecidos por el mismo tribunal máximo.

Fue así que el Tribunal Constitucional, en su Sentencia N° 0024-2003-AI/TC⁵⁹⁵, estableció como supuestos para la emisión de un precedente, con efectos generales, lo siguiente: i) Debe constatarse la existencia (en base al caso bajo revisión) de divergencias o contradicciones latentes en la interpretación de los derechos, principios o normas constitucionales o de relevancia constitucional; ii) Debe constatarse que los operadores jurisdiccionales o administrativos vienen resolviendo en base a una interpretación errónea de una norma del bloque de constitucionalidad, lo cual genera una indebida aplicación de la misma; iii) La necesidad de llenar un vacío legislativo; y iv) Cuando en el marco de un proceso constitucional de tutela de derechos el Tribunal constata la inconstitucionalidad manifiesta de una disposición normativa que no solo afecta al reclamante.

Lo anteriormente expresado debe complementarse con lo expresado por el mismo colegiado en diferentes oportunidades⁵⁹⁶, en el sentido de que la

⁵⁹⁴ GÁLVEZ VILLEGAS, Tomás. *Nuevo Orden Jurídico y Jurisprudencia. Penal, Constitucional Penal y Procesal Penal*. Jurista Lima, Edit. 2012. p. 825-826.

⁵⁹⁵ Sentencia del Tribunal Constitucional del Perú. Exp. N.° 0024-2003-AI/TC-LIMA del 10 de octubre de 2005. Esta decisión fue complementada por otras sentencias en la materia. Para un análisis crítico, véase: GRÁNDEZ CASTRO, Pedro. *El Precedente a la Deriva - Diálogo con un Crítico del Tribunal Constitucional*. En Gaceta Constitucional. Tomo 19. 2009. pp. 99-114.

⁵⁹⁶ Ejemplo de ello es lo indicado por nuestro máximo tribunal en el caso de la Dirección General de Pesquería, oportunidad en el que abundó sobre las posibilidades que tiene el precedente como institución legal para oponerse a decisiones que se aparten de su tenor (incluso, si son decisiones estimatorias). Al respecto, el máximo tribunal indicó: "Cabe

adopción de un precedente normativo debe realizarse dada la “(e)xistencia de relación entre caso y precedente vinculante. En ese sentido, la regla que con efecto normativo el Tribunal Constitucional decide externalizar como vinculante, debe ser necesaria para la solución de un caso planteado. El Tribunal Constitucional no debe fijar una regla,so pretexto de solución de un caso, si en realidad esta no se encuentra ligada directamente al mismo.”⁵⁹⁷ Nosotros creemos que así como el máximo tribunal reconoce estas limitaciones a su potestad de emitir precedentes, el mismo debería reconocer como límite adicional (cuando la materia involucra temas penales) principios básicos del sistema como el principio de legalidad y, específicamente, el principio de legalidad penal. Es decir, es aconsejable que a los supuestos indicados se les añada – además- el límite de que el precedente en materia penal debe ser eminentemente negativo (es decir, con efectos negativos), limitándose a eliminar un sentido penal haciendo así un tipo penal menor, pero nunca mayor. Y todo ello siempre que se cumpla estrictamente con el requisito de necesidad (es decir, el precedente no debe ser establecido si el caso no obligaba a esclarecer una institución, y si el mismo no aborda una problemática importante verificable).

señalar que además de los argumentos aducidos, la posibilidad de habilitar vía interpretación constitucional el recurso de agravio en el caso de desacatos a los precedentes constitucionales vinculantes establecidos por este Colegiado, concretados a través de una decisión judicial estimatoria de segundo grado, se apoya en los siguientes fundamentos: a) (...) Una interpretación literal y restrictiva del artículo 202.2 de la Constitución impediría que frente a un desacato a los precedentes vinculantes del máximo intérprete constitucional éste pueda intervenir a través del recurso natural establecido con tal propósito, como es el recurso de agravio. b) En segundo lugar, la defensa del principio de igualdad. Esto en la medida en que la interpretación propuesta permite que la parte vencida pueda también, en igualdad de condiciones, impugnar la decisión que podría eventualmente ser lesiva de sus derechos constitucionales y que sin embargo de no aceptarse el recurso de agravio, tratándose de una estimatoria de segundo grado, no tendría acceso a “la última y definitiva instancia”, *ratione materiae* que corresponde al Tribunal Constitucional (...) c) En tercer lugar, la interpretación propuesta al no optar por un nuevo proceso para reivindicar el carácter de intérprete supremo y Tribunal de Precedentes que ostenta este Colegiado (art. 1 de su Ley Orgánica y art. VII del C.P.Const.), ha optado por la vía más efectiva para la ejecución y vigencia de sus propios precedentes. El Tribunal actúa de este modo, como lo manda la propia Constitución (art. 201), en su calidad de máximo intérprete constitucional, con autonomía e independencia para hacer cumplir sus precedentes como parte indispensable del orden jurídico constitucional.” Véase: Sentencia del Tribunal Constitucional del Perú. Exp. N.º 4853-2004-PA/TC-LA LIBERTAD del 19 de abril de 2007, fundamento 37.

⁵⁹⁷ Sentencia del Tribunal Constitucional del Perú. Exp. N.º 0024-2003-AI/TC-LIMA. *op. cit.*

Sin embargo, como queda claro de nuestra revisión en los capítulos previos, en diversas situaciones el Tribunal Constitucional ha dejado de cumplir con uno o más de los criterios indicados al ingresar a analizar materia penal, deformando así el principio de legalidad. Aún más, el tribunal ni siquiera ha tenido a bien declarar la existencia de precedentes para entrar a generar nuevas normas penales, por ello la preocupación - cada vez más grande- relativa a su actividad exorbitante en esta materia. Al respecto, Gálvez indica que: "(e)l Tribunal debe abstenerse de intervenir fijando precedentes sobre temas que son más bien polémicos y donde las posiciones valorativas pueden dividir a la opinión pública. Esto implica, por otro lado, una práctica prudente que permite al Tribunal lograr el mayor consenso posible en el uso de esta nueva herramienta, lo cual se permitirá una verdadera potestad normativa, como ya se ha dicho".⁵⁹⁸

Por lo tanto, si en la jurisprudencia adoptada por nuestro máximo tribunal efectúa subrepticamente interpretaciones generales de instituciones legales, o si emite precedentes expresos sin cumplir los requisitos aludidos, éste estará apropiándose de una actividad normativa exclusiva del Parlamento nacional, el Ejecutivo en ciertas materias, de ciertos estamentos estatales, o cuando se reconoce la existencia consuetudinaria de una norma por un tribunal. Fuera de aquellos casos, el establecimiento de normas con carácter general por parte de los tribunales nacionales escapa de sus atribuciones, especialmente en materias que han sido señaladas como exclusiva labor del Parlamento como en el caso de materia penal o tributaria. Lamentablemente, este es el escenario en el que nos encontramos.

Como hemos indicado antes, el Tribunal Constitucional ha optado por dejar su inicial rol de "legislador negativo" para pasar a uno proactivo y "creativo" lo que conlleva a que la labor de nuestro tribunal ya no se limite a efectuar la expulsión de la norma calificada como inconstitucional. Por el contrario, su labor va encaminándose a reconstruir el sentido de las normas con el fin de hacerlas constitucionales y así no expulsarlas del

⁵⁹⁸ GÁLVEZ VILLEGAS, Tomás. *op. cit.*, p. 827-828.

sistema legal (dado el entendido que la expulsión de la norma sería más gravosa que su mantenimiento). Esto, de por sí, no es incorrecto: es claro que el Tribunal Constitucional –dada sus competencias– tiene una labor que no se limita a establecer jurisprudencia.

La labor del Tribunal Constitucional como “legislador negativo”, hace que sus sentencias (aquellas derivadas de un proceso de inconstitucionalidad) sean verdaderas fuentes de derecho⁵⁹⁹ negativo, complementando su potestad de emitir casuística.⁶⁰⁰ Sin embargo, su labor como legislador negativo en materia penal ha sido rebasada constantemente.⁶⁰¹ Por ello, debemos indicar que en los diversos casos que han sido expuestos previamente en la investigación, el Tribunal Constitucional no se ha limitado a adoptar una posición en el caso concreto (a pesar de que se encuentre enmarcada su decisión como un fallo ordinario), sino que ha ingresado a crear normas penales por vía jurisdiccional, con lo cual sus efectos han sido generales y con carácter positivo (es decir, ha creado normas y no se ha limitado a su eliminación), atribución que -como hemos indicado- está prohibido para todo ente estatal jurisdiccional.

⁵⁹⁹ Véase: PIBERNAT DOMENECH, Xavier. *La Sentencia Constitucional como Fuente del Derecho*. En *Revista de Derecho Político* N° 24. 1987. p. 69.

⁶⁰⁰ Véase: HERNÁNDEZ VALLE, Rubén. *Poderes del Juez Constitucional*. En *Justicia Constitucional Comparada*. Centro de Estudios Constitucionales de México. Instituto de Investigaciones Jurídicas UNAM México. 1993. Trovao do Rosario indica: “La teoría de la función de legislador negativo que caracteriza a la jurisdicción constitucional en Europa, hace mucho que no corresponde a la realidad. Las decisiones de anulación típicas del legislador negativo tienen consecuencias activas, más concretamente, también crean derecho en la medida en que la expulsión de normas que se encuentran asociadas al mismo, tiene consecuencias a nivel de ordenamiento jurídico. Como afirmó Kelsen, anular una ley es dictar una norma general.” Ver: TROVAO DO ROSARIO, Pedro. *Tribunal Constitucional - ¿Un Legislador Negativo o Positivo?* En *Revista de Derecho UNED*. N° 16. 2015. p. 734 y sgtes.

⁶⁰¹ Lamentablemente –en materia penal– esto ha hecho que nuestro máximo tribunal, al ejercitar sus atribuciones, vulnere una serie de principios que en nuestro ordenamiento son igualmente importantes. Para esto ha argumentado la salvaguarda de otros fines constitucionales, como la priorización del mantenimiento de las normas (principio de conservación de la ley). Como es claro, el más afectado con esto ha sido el principio de legalidad en prácticamente todas sus manifestaciones, siendo el ejemplo más grave, las decisiones adoptadas agravando tipos penales al considerar inconstitucional ciertas frases, palabras o políticas criminales adoptadas por el Parlamento, haciendo que el tipo penal se expanda y haciendo aplicable retroactivamente una norma desfavorable para los casos en que aquel nuevo sentido no era aplicable. Con esto, el tribunal ha obviando el principio de no retroactividad de la norma penal desfavorable, y ha producido la modificación del tipo penal usando una vía no adecuada (como es el proceso de agravio constitucional – hábeas corpus). Todo esto podría haberse evitado si el Tribunal Constitucional –en materia penal– hubiese limitado su potestad según su primigenio rol de “legislador negativo”.

Sobre este punto, algunos podrían argumentar que los atributos del Tribunal Constitucional los determina éste⁶⁰², por lo que sería siendo posible que el mismo establezca un nuevo formato de fuentes del derecho en el ordenamiento nacional. Esto debe ser descartado, pues cualquier interpretación sobre las competencias que tiene el Tribunal Constitucional nacional tiene que efectuarse desde la Constitución. Aún más, todo el sistema de fuentes del Estado debe ser interpretado desde la carta fundamental, lo que supone tener presente la limitación que establece el principio de legalidad.⁶⁰³ Cabe mencionar que el desdén por la estructura propia de las fuentes del derecho no es privativo de nuestra realidad. Bien explica Álvarez García, respecto a la realidad española, que: "(e)n definitiva, estamos ante otro signo de algo que no deja de ser más que la crisis de todo un modelo constitucional, que se manifiesta, además de por lo ya dicho, en el desplazamiento de los centros de ejercicio de la soberanía, en el desprecio al sistema de fuentes –incluso por el propio Tribunal Constitucional (...)."⁶⁰⁴ En ese sentido, nos encontramos ante una tendencia generalizada.

Finalmente, otro de los argumentos que podría ser esgrimido por los que defienden la labor del Tribunal Constitucional en materia penal

⁶⁰² Basado esto en el principio de *competence-competence*, usado por diferentes tribunales constitucionales y por los tribunales internacionales (Corte Interamericana de Derechos Humanos), para establecer su propia competencia sobre materias. Una definición de ésta la encontramos en sede constitucional de la República Dominicana, en los siguientes términos: "d. En cualquier esfera jurisdiccional constituye un imperativo para todo juez o tribunal examinar y establecer su propia competencia antes de abocarse a conocer el fondo de un determinado asunto. En ese esfuerzo tiene que ser objeto de especial ponderación la competencia de atribución, toda vez que este tipo competencial atiende a una naturaleza de orden público e incide de manera importante en la seguridad jurídica; por tanto, esta es improporrible, no puede ser objeto de modificación y, además, es inderogable. e. El desconocimiento de esta norma de carácter procesal compromete los principios que gobiernan al juez y al tribunal natural; dichas reglas procedimentales tienen que ser aplicadas en todo ordenamiento jurídico por estar íntimamente vinculadas a la garantía fundamental del debido proceso al cual ha sido integrada y se aplica a todo tipo de actuación." Véase: Tribunal Constitucional de República Dominicana. Sentencia TC/0079/14 del 1 de mayo de 2014. p. 13.

⁶⁰³ Véase: BERNAL CANO, Natalia. *Algunas Reflexiones sobre el Valor de la Jurisprudencia como Fuente Creadora de Derecho*. En Cuestiones Constitucionales. N° 28. 2013. pp. 365-383.

⁶⁰⁴ ÁLVAREZ GARCÍA, Javier. *Sobre el Principio de Legalidad*. Tirant lo Blanch. 2009. p. 198.

(específicamente sobre su ejercicio de creación de normas penales) es que este fenómeno no se reduce al máximo tribunal, sino que también sucede en el ejercicio de las competencias del Poder Judicial. Y es que: ¿No es cierto que el Poder Judicial, al momento de fijar cierta jurisprudencia vinculante, no ha caído en los mismos equívocos al crear en ciertas circunstancias normas penales y debilitando así el principio de legalidad penal?

Al respecto, debe indicarse que aquello es correcto. Sin embargo, existe una diferencia esencial que debe tenerse presente y que versa en que los tribunales ordinarios son especializados tanto en las reglas del proceso penal como en Derecho Penal sustantivo. En ese sentido, cualquier decisión sobre el sentido de una norma penal (incluso si ello implica rebasar sus competencias) encuentra en los jueces penales los profesionales más competentes, especialmente en la dogmática criminal. Pero aún más (y tal vez la razón más importante para diferenciar esta situación): cualquier abuso de las atribuciones efectuadas en sede jurisdiccional ordinaria puede ser revisada en sede constitucional.

Mientras que el ejercicio de los tribunales ordinarios podría –en ciertas ocasiones– vulnerar el principio de legalidad (camuflando la creación de normas penales por medio del dictado de su jurisprudencia), aquel peligro se ve limitado al poder ser corregido una vez activada las garantías constitucionales existentes y recurriendo al máximo tribunal. En contraste con ello: ¿Qué protección encuentra el ciudadano si el tribunal de constitucional entra en el peligroso ejercicio de interpretar las normas penales? ¿En dónde encuentran los ciudadanos los remedios respectivos si el Tribunal Constitucional toma una decisión que rompa con las fuentes del derecho y, por tanto, vulnere una garantía constitucional? La respuesta es clara: no encontrará remedio dentro del orden interno, pues las sentencias de nuestro máximo tribunal son inapelables y no pueden ser recurridas nuevamente.

Entonces, ante la posible aparición de una sentencia “inconstitucional” del Tribunal Constitucional, lo que le quedará al ciudadano es accionar ante

entidades supra-nacionales. Pero esta vía presenta particularidades, especialmente para nuestro caso, pues el órgano internacional aplicable es la Corte Interamericana de Derechos Humanos.⁶⁰⁵ Por lo demás, aquel órgano internacional no resolverá en base a la Constitución nacional, sino en base al cumplimiento de los estándares establecidos en la Convención Americana.

Sobre este punto, podría decirse que la Convención Americana reconoce el principio de legalidad y que, en buena cuenta, su conformación es una recopilación de los derechos más básicos que ya están consagrados en las constituciones nacionales de los Estados parte, por lo que cualquier abuso (o mala interpretación) del Tribunal Constitucional contra el principio de legalidad penal encuentra una posible solución en aquel ámbito.

No obstante, aquella es una conclusión apresurada, como tendremos ocasión de explicar en las líneas siguientes.

1.3. Fraccionamiento del contenido del principio de legalidad y el escape de su noción al derecho internacional

Uno de los efectos singulares que ocasiona la erosión del principio de legalidad penal en el orden interno es aquel que genera éste en el orden internacional (como efecto de la multiplicidad de significados que dicha noción tiene en cada orden nacional) y como efecto rebote de esto la imposición de su contenido ahora internacionalizado⁶⁰⁶ nuevamente en el orden doméstico de cada Estado (dada la sujeción jerárquica en la que

⁶⁰⁵ CANÇADO TRINDADE, Antonio. *Reflexiones sobre los Tribunales Internacionales Contemporáneos y la Búsqueda de la Realización del Ideal de la Justicia Internacional* Cursos de Derecho Internacional y Relaciones Internacionales de Vitoria-Gasteiz 2011. pp. 17-96. PÉREZ LEÓN, Juan Pablo. *El Individuo como Sujeto de Derecho Internacional. Análisis de la Dimensión Activa de la Subjetividad Jurídica Internacional del Individuo*. En Anuario Mexicano de Derecho Internacional. Vol. VIII. 2008. pp. 599-642.

⁶⁰⁶ Esto está vinculado al fenómeno más amplio de la internacionalización del derecho. Al respecto, véase: GORDILLO, Agustín. *La Creciente Internacionalización del Derecho*. En *Mesa Redonda - Sobre las Perspectivas del Derecho Administrativo en el Siglo XXI - Seminario Iberoamericano de Derecho Administrativo. Homenaje a Jesús González Pérez* (Coord. Jorge Fernández Ruiz) Biblioteca Jurídica Virtual – BJV. 2002. pp. 71-92.

no se encuentra el derecho nacional respecto al Derecho Internacional).⁶⁰⁷

El principio de legalidad -como hemos visto previamente- se encuentra adaptado y relativizado de forma particular dependiendo del Estado involucrado. En ese sentido, no es lo mismo el sentido que adquiere aquel principio en Colombia, España, Perú o en Alemania. Esta falta de entendimiento universal respecto al sentido de una figura legal es habitual y normal en los órdenes legales, pues cada uno de ellos se ve obligado a brindar contenido a sus instituciones de la forma más cercana a su realidad. Sin embargo, cuando se hace referencia a principios básicos de los sistemas legales, aquella "normal indeterminación" que se advierte en la jurisdicción no puede desembocar en una "absoluta carencia de uniformidad", pues ya no se estaría hablando en cada caso del principio de legalidad, sino de uno distinto y -por lo tanto- con una función diferente.

Debe recordarse -enfáticamente- como ya lo hemos indicado, que el principio de legalidad no solo constituye un principio legal (de pura relevancia jurídica), sino que encarna también una dimensión política. Es decir, es un principio legal que afirma la separación de los poderes constituidos y, como tal, expresa un principio político básico sobre la cual se han formado los estados de herencia occidental. Como tal, constituye un principio que antecede a la creación de los estados y que hace posible la existencia de la sociedad moderna como una sociedad democrática y con un mínimo de garantías frente a las injerencias nefastas que pudiesen emerger contra la libertad del individuo.

En ese sentido, si bien su sentido legal (como hemos analizado previamente) es indispensable, su sentido político no lo es menos. Incluso puede señalarse que su manifestación política representa el límite

⁶⁰⁷ Véase de forma general: OKENWA, Chukwuemeka. *Has the Controversy between the Superiority of International Law and Municipal Law been Resolved in Theory and Practice?* En *Journal of Law, Policy and Globalization*. Vol. 35. 2015. pp. 116-124 y PETERSEN, Niels. *Deterring the Domestic Effect of International Law Through the Prism of Legitimacy*. En *ZAORV* N° 722. 2012. pp. 223-259.

ineludible a cualquier modificación a su significado, pues su enmienda equivaldría a abandonar el modelo de vida social conquistada por el pensamiento moderno occidental para pasar a uno distinto, y no solo una opción de política criminal. Bien ha indicado Fernández Rodríguez.

“El dogma legalista es fruto del liberalismo político que, en un primer momento, inspiró desde fuera el nacimiento de un nuevo sistema penal. Posteriormente (...) la preponderancia de la dimensión técnica del principio proporciona su inserción dentro de sistema penal. La crisis más seria del principio de legalidad aparece cuando se le despoja de contenido político y convierte en simple exigencia técnica. Así concebido no resulta demasiado incómodo para los dictadores y, por ello, se consagra también en los códigos de los Estados autoritarios.”⁶⁰⁸

Por lo tanto, si bien el principio de legalidad, como figura técnica legal, ve matizado su contenido de jurisdicción en jurisdicción, su sentido mínimo no puede ser transformado, a riesgo de deformar el sistema político. Por ello, la fragmentación del sentido del principio de legalidad que se produce en los órdenes nacionales debe encontrar su límite en el contenido político indicado.

No obstante ello –tal y como se produce en el caso peruano–, el principio de legalidad no solo está siendo relativizado como institución legal, es decir, no se van generando excepciones puntuales al mismo en su sentido jurídico criminal –como sería admitir en ciertos casos la necesidad de que operase la retroactividad *in malam partem* de una tipificación penal, o de permitir la tipificación de un crimen, usando términos genéricos o aludiendo a definiciones fuera del ámbito penal (llegando al límite de la indeterminabilidad del tipo penal)–, sino que se cuestiona la división de poderes del Estado, al permitirse que los órganos jurisdiccionales creen normas penales *ex novo* como consecuencia de un ejercicio interpretativo excesivo de los mismos.⁶⁰⁹

⁶⁰⁸ FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, Dolores. *Los Límites del Ius Puniendi*. En Anuario de Derecho Penal y Ciencias Políticas. Tomo XLVII – Fascículo III. Sep-Dic. 1994. p. 91.

⁶⁰⁹ El principio de legalidad impone límites al Poder Legislativo y Judicial, obligando al primero a emitir normas completas, predecibles y vinculadas a la protección de bienes jurídicos

¿Cuál es el peligro de ello y su relación con el orden internacional?

Su relación es compleja, pero fácil de advertir. Como sucede con diversas instituciones legales en el Derecho Internacional, el origen de las mismas se encuentra en el orden nacional de los Estados. La adopción de una figura en la esfera internacional se produce como consecuencia de trabajos arduos (muchos de ellos en el marco institucional de las Naciones Unidas o por medio de la costumbre internacional), por el cual se adopta un contenido mínimamente consensuado reconociéndose los diferentes sentidos que la institución deberá adoptar para ser universal. Esto requerirá verificar el sentido utilizado en las diferentes jurisdicciones y áreas culturales del mundo. Muchas veces, aquel reconocimiento es menos institucional o menos universal, pudiendo producirse de forma mediatizada sin intervención de los estados (o sus representantes) por los fallos de los tribunales internacionales.

Ahora, aquel proceso de reconocimiento siempre implica la eliminación de sentidos y/o extremos que, habiendo sido analizados, no pueden ser considerados universales (aunque cabe indicarse que dicho contenido extirpado bien podrá ser reconocido regionalmente).⁶¹⁰

Este proceso de reconocimiento también se produce con ciertas instituciones que se consideraron tradicionalmente, como construcciones eminentemente estatales (y de puro interés doméstico) como lo es el Derecho Penal. La transformación del Derecho Internacional de uno eminentemente inter-estatal (de regulación de puros intereses estatales a uno de regulación de intereses universales) hizo posible aquello. Especialmente como efecto del nacimiento de la rama legal de los Derechos Humanos, nacidos después de 1945.

penales; mientras que al segundo lo obliga a decidir en base a esas primeras normas, sin trastocarlas ni deformarlas. En el segundo caso, el principio de legalidad obliga a todos los poderes del Estado y cada una de sus instituciones a respetar ciertos límites, los cuales son obligatorios para cualquier funcionario que tuviese capacidad de decisión criminal, —de forma tal—, de que sus decisiones no pongan en entredicho la división del Estado y el principio de representatividad del Parlamento.

⁶¹⁰ Véase: D'AMATO, Anthony. *The Concept of Special Custom in International Law*. En *American Journal of International Law* N° 63. 1969. pp. 211-223.

Esta corriente hizo posible que diferentes materias, entre ellas ciertos principios del Derecho Penal,⁶¹¹ que fueran incluidos en tratados internacionales de protección de derechos humanos y, con ello, el sentido final de los mismos dejó de estar en manos del orden interno estatal (sea de su Poder Judicial, Legislativo o incluso sus tribunales constitucionales) para pasar a encontrarse en manos de los órganos de adjudicación internacional creados en base a aquellos tratados. Uno de aquellos principios internacionalizados ha sido el principio de legalidad penal⁶¹², el mismo que ha sufrido modificaciones y alteraciones substanciales respecto a su contenido original. Un ejemplo claro de ello es lo dispuesto por el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (PIDCP),⁶¹³ que en su artículo 15, numeral 2) indica lo siguiente:

1. *Nadie será condenado por actos u omisiones que en el momento de cometerse no fueran delictivos según el derecho nacional o internacional. (...).*

2. *Nada de lo dispuesto en este artículo se opondrá al juicio ni a la condena de una persona por actos u omisiones que, en el momento de cometerse, fueran delictivos según los principios generales del derecho reconocidos por la comunidad internacional.*⁶¹⁴

⁶¹¹ Sobre la internacionalización del Derecho Penal, véase: FLETCHER, George. *From Rethinking to Internationalizing Criminal Law*. En *Tulsa Law Review*. Vol. 39. N° 4. 2004. pp. 979-994 y DIAS VARELLA, Marcelo. *Internationalization of Law - Globalization, International Law and Complexity* Springer Verlag. Berlín - Heidelberg. 2014.

⁶¹² El principio de legalidad también se encuentra regulado en la esfera internacional. En el ámbito regional que nos interesa, aquel principio se encuentra recogido en la Convención Americana de Derechos Humanos, en lo relativo a los requisitos para la restricción de derechos. Como bien ha reconocido el Tribunal Constitucional nacional: "La exigencia de que las restricciones a los derechos fundamentales se realicen con respeto al principio de legalidad es también una exigencia que se deriva del Derecho Internacional de los Derechos Humanos. Entre otros tratados internacionales en los que el Estado peruano es parte, ese es el sentido en el que debe entenderse el artículo 30 de la Convención Americana de Derechos Humanos, según el cual "Las restricciones permitidas, de acuerdo con esta Convención, al goce y ejercicio de los derechos y libertades reconocidas en la misma, no pueden ser aplicadas sino conforme a leyes que se dictaren por razones de interés general y con el propósito para el cual han sido establecidas." Véase: Tribunal Constitucional del Perú. Exp. N° 05057-2013-PA/TC-JUNIN del 16 de abril de 2015, fundamento 8.

⁶¹³ Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos. Adoptado el 16 de diciembre de 1966.

⁶¹⁴ Este principio también se encuentra reconocido en el artículo 11.2 de la Declaración Universal de los Derechos Humanos, que establece: "Nadie será condenado por actos u omisiones que en el momento de cometerse no fueron delictivos según el Derecho nacional o internacional. Tampoco se impondrá pena más grave que la aplicable en el momento de la

Como puede observarse, el numeral 2) del artículo 15 dista completamente del sentido legal del principio de legalidad. Y esto no es único; esta misma fórmula se repite en otros instrumentos de protección de derechos humanos, siendo el ejemplo más claro de ello el Convenio Europeo de Derechos Humanos que en su artículo 7.2 indica que: “(e) presente artículo no impedirá el juicio o la condena de una persona culpable de una acción o de una omisión que, en el momento de su comisión, constituía delito según los principios generales del derecho reconocido por las naciones civilizadas.”⁶¹⁵

Regresando a lo indicado por el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, aquella disposición, en primer lugar, desconoce de plano el requisito de *lex scripta, praevia y certa* que se desprende del principio de legalidad penal, pues señala que lo indicado en el numeral 1) del articulado no podrá oponerse a la condena de crímenes (internacionales) que se encuentren reconocidos por los principios generales del Derecho Internacional. Como es obvio, reconocerle a los principios generales el rol de mecanismos de tipificación de delitos deja de lado explícitamente los requisitos antes indicados, pues los principios generales no se encuentran dictados por leyes, sino que les anteceden y, por naturaleza, tienen una conformación que va determinándose caso por caso. Pero aún más: deja en claro las contradicciones del Derecho Internacional con el principio de legalidad penal, pues en aquella rama del derecho no existe un mecanismo similar al de la ley, pues carece de aquel vehículo y también de una fuente del derecho similar. En aquella realidad legal, no existe un parlamento y tampoco existe el principio de representatividad ni democrático. Todo ello hace que aquel principio sea solo parcialmente

comisión del delito.” Además, se encuentra reconocido por el artículo 7.1 del Convenio Europeo de Derechos Humanos, el mismo que indica a la letra: “Nadie podrá ser condenado por una acción o una omisión que, en el momento en que haya sido cometida, no constituya una infracción según el derecho nacional o internacional. Igualmente no podrá ser impuesta una pena más grave que la aplicable en el momento en que la infracción haya sido cometida.”; y por el artículo 7.2 de la Carta Africana sobre los Derechos Humanos y de los Pueblos, el cual señala: “Nadie puede ser condenado por un acto u omisión que no constituya una ofensa legalmente punible, en el momento en que se cometió. No se puede infligir pena alguna por una ofensa contra la que no existe ninguna disposición en el momento de ser cometida. Las penas son personales y sólo pueden ser impuestas al transgresor.”

⁶¹⁵ Artículo 7.2. del Convenio Europeo de Derechos Humanos del 4 de noviembre de 1950 y en vigor en 1953.

aplicable en el Derecho Internacional pero aun así las partes del mismo están recogidos porque encuentran vinculación con ideas más básicas, como es el de justicia y equidad.

Por ello, hacer aplicable una norma penal de forma retroactiva o para actividades no lo suficientemente dañosas en la sociedad son reputados injustos en el Derecho Internacional. Por ello, en esta rama legal también es materia de controversia la aplicación retroactiva de las normas penales, aun cuando el sentido político de aquel principio sea ajeno a esta rama legal. Pero en este punto se encuentra algo fundamental: en el Derecho Internacional, dicho principio –que llegara codificarse después de los horrores de la guerra y después por la asunción de los derechos humanos– encontró reconocimiento y desarrollo fundamentalmente como un derecho de la persona frente al poder. Por ello, no recoge ni pareciera probable que recogiera el sentido político del mismo. Esto genera una serie de complicaciones, especialmente por la forma cómo se lleva a cabo el proceso de determinación legal internacional.

Como hemos indicado previamente, aquel proceso involucra efectuar la generalización de una figura jurídica, es decir, se tendrá en cuenta la forma como los estados han venido tratando domésticamente aquella institución y de ahí se tomará su sentido común (o el más próximo a ello). Este proceso llega a niveles de cuasi-parálisis si la figura en mención no tiene un sentido mínimamente homogéneo. Entonces, en aquella obscura circunstancia, los tribunales internacionales ingresarán toda serie de excepciones y condicionamientos a la institución en su afán de ajustarla a las necesidades de un caso en concreto y con miras a que refleje el entendimiento común.

Lo cierto es que en ese proceso se habrán de colar innumerables excepciones a la regla, generándose un abanico de posibilidades, en donde el principio de legalidad podrá ser obviado, siendo sacrificado si es acorralado por argumentos de justicia. Los tribunales de derechos humanos son los lugares más claros en donde esta tendencia se produce, pues guiados por su intento de llegar a soluciones justas es probable que

sacrifiquen el elemento político del principio. Dice mucho al respecto el hecho de que "(...) un recorrido por la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos, al tratar el principio de tipicidad (...) de la ley penal, nos lleva a la conclusión de que en todas las sentencias el TEDH ha acabado desestimando la violación del principio de tipicidad."⁶¹⁶ Esto implica que el Tribunal Europeo de Derechos Humanos (TEDH) ha fallado de forma absoluta en favor de las posiciones de los Estados, en el sentido de que el principio de legalidad no fue afectado o que su relativización era necesaria debido a las circunstancias del caso. Entonces, ¿Qué podemos esperar de los órganos internacionales en lo respectivo a la formulación política del principio de legalidad, cuando ésta les es extraña y cuando aquello que le es más cercano es la ponderación de las instituciones?

Por ello, "(s)e habla de una crisis o un colapso en la concepción tradicional del principio de legalidad (...). Es innegable que hoy en día no es posible razonar en general partiendo de las premisas del principio de legalidad decimonónico; éste ha perdido el carácter absoluto que tuvo. El derecho internacional de los derechos humanos -normas y jurisprudencia- introdujo cambios apreciables en esta materia."⁶¹⁷ Y esto se debería a que: "El algunos sectores se percibe que la crisis de vinculación de la administración a la ley previa, deriva de la superación, por parte del aparato del Estado, de su función prevalentemente garantizadora y de la asunción de tareas de gestión."⁶¹⁸

Creemos que el deterioro que se produce respecto a la noción de la legalidad penal al interior de los estados impacta finalmente en la noción que los operadores internacionales tienen de los mismos. Y es que una noción sumamente fragmentada a nivel doméstico solo puede generar una noción desestructurada en la esfera internacional. Nosotros creemos que esto que es propio de la realidad de aquellos órganos internacionales

⁶¹⁶ DE VICENTE MARTÍNEZ, Rosario. *El Problema de Legalidad Penal*. Valencia - Tirant lo Blanch, 2004. p. 192.

⁶¹⁷ GARCÍA RAMÍREZ, Sergio y MORALES SÁNCHEZ, Julieta. *Consideraciones sobre el Principio de Legalidad Penal en la Jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos*. En *Cuestiones Constitucionales - Revista Mexicana de Derecho Constitucional* N° 24, Ene-Jun. 2011, p. 201.

⁶¹⁸ *Idem*.

puede volverse peligroso cuando los casos que pudiesen llegar a estos ya no traten sobre violaciones clásicas al principio de legalidad penal (como la aplicación retroactiva de una norma penal o la ampliación de un tipo penal vía una creación analógica), sino cuando involucren la discusión de la legitimidad de los tribunales nacionales (y especialmente sus máximos tribunales) para poder modificar normas penales o incluso crear nuevos supuestos, que serán aplicados retroactivamente, como hemos visto en los capítulos previos.

En estos casos: ¿El mismo criterio de justicia servirá a los tribunales internacionales para entender que un tribunal puede emitir una norma penal, ampliarla o desfigurarla? Aquí encontramos un peligro en ciernes, pues aquellos tribunales –que están acostumbrados a la ponderación de los principios en pos de lograr justicia– bien podrán encontrar legítimo relativizar el principio de legalidad en su vertiente técnico-legal sin entrar a considerar otros fines básicos intrínsecos al mismo, como la separación de poderes. Producido ello, poco es lo que podrá efectuar un Estado para verse excluido de semejante conclusión, pues la interpretación de un tribunal de derechos humanos será vinculante para todos los demás. En ese caso, estaríamos presenciando la entronización de la disolución del principio de legalidad, ya no solo en su sentido penal jurídico, sino en su sentido político y, por ende, asistiendo a la modificación del sistema democrático establecido en nuestras constituciones.

2. LA NECESIDAD DE RECONOCER LÍMITES EXPLÍCITOS A LA ACTUACIÓN DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

2.1. De los límites implícitos y explícitos en el ejercicio del poder del Tribunal Constitucional

Como a estas alturas resulta claro, la interrogante esencial que involucra la exposición realizada corresponde a cuáles son los límites que tiene el Tribunal Constitucional cuando ejerce sus atribuciones al analizar materia penal.

Al respecto, es claro que el Tribunal Constitucional –como entidad constituida– encuentra sus atribuciones delimitada.⁶¹⁹ Esto implica que el Tribunal Constitucional, si bien tiene como tarea resolver casos que involucran la posible violación de derechos fundamentales (lo que en muchos casos requiere ponderar bienes y principios constitucionales, en contradicción), dicho ejercicio no puede efectuarse de forma arbitraria ni mucho menos, de forma tal que conlleve a derogar secciones de la Constitución consideradas partes elementales de nuestra norma básica.

Y es que solo el poder constituyente tiene la habilidad de crear el contenido esencial de la Constitución, mientras que todo órgano o poder del Estado establecido (el poder constituido) no obstante las atribuciones que pudiese tener, deberá regirse por los limitantes establecidos en la Carta Fundamental, siendo aquellas inderogables. Bien ha indicado el Tribunal Constitucional lo siguiente: “La existencia de límites formales, en los términos descritos, permite considerar que el rol cumplido por el Poder de Reforma Constitucional, no es, ni puede ser, el mismo que el del Poder Constituyente, que es por definición plenipotenciario. Se trata, por consiguiente, de un órgano constituido y, como tal, potencialmente condicionado. (...) Los límites materiales se refieren a los contenidos de la Constitución. Con ellos no se indica la presencia de condicionamientos de tipo procedimental, **sino algo mucho más trascendente; esto es, la presencia de parámetros de identidad o esencia constitucional, inmunes a toda posibilidad de reforma. (...) Los límites materiales, entonces, están constituidos por aquellos principios supremos del**

⁶¹⁹ En palabras de Morales Arroyo y Gómez Corona (mencionando el caso de España): “Los límites de las funciones ejercidas por el Tribunal Constitucional se encuentran, como en el resto de los órganos superiores del Estado, en la Constitución española y la interpretación razonable de sus normas y, por supuesto, en el respeto del correcto ejercicio que de sus competencias realicen los demás órganos constitucionales. En este contexto, uno de los eternos problemas de la justicia constitucional y sus límites se localiza en la legitimidad del órgano y la repercusión que ello tiene sobre el fluido ejercicio de sus funciones. (...) Toda intervención conlleva el riesgo de entrar en conflicto con órganos que, desde una perspectiva democrática, se encuentran conectados de una forma más directa con la voluntad de los ciudadanos. (...) Los problemas comienzan cuando se pasa de la construcción general al análisis de su relevancia en el ejercicio de tareas concretas como el control de constitucionalidad. La Ley parlamentaria procede del órgano elegido directamente a partir del voto ciudadano y en el juicio de inconstitucionalidad se trata de hacer prevalecer sobre criterios técnicos una interpretación del texto constitucional que desplaza a una norma legal de origen democrático.” En MORALES ARROYO, José María y GÓMEZ CORONA, Esperanza. *Manual de Derecho Constitucional*. Edit, Tecnos. 5ta Ed. 2014. pp. 346-248.

ordenamiento constitucional que no pueden ser tocados por la obra del poder reformador de la Constitución.⁶²⁰ (Énfasis y subrayado agregado).

Esta explicación del Tribunal Constitucional (respecto a la posibilidad de reforma de la Constitución) es importante para los efectos de esta investigación, pues reconoce que todo poder constituido (al igual que todo órgano constituido) –por más que tenga un rol trascendente en la validez y la vigencia de la Constitución– se encuentra igualmente vinculada por ella, no pudiendo ésta sufrir derogaciones arbitrarias por aquellos órganos. En palabras de Sieyes, “(u)na Constitución supone ante todo un poder constituyente. Los poderes comprendidos en el establecimiento público están todos sometidos a leyes, reglas, formas, que ellos no son dueños de cambiar... Así como no han podido constituirse por sí mismos, tampoco pueden cambiar su constitución (...).”⁶²¹ Aún más, incluso los mecanismos de reforma de la Constitución previstos en ésta se encuentran sujetos por sus principios básicos, pues de modificarse aquellos principios estaríamos dejando de hablar del modelo asumido por el poder constituyente en un punto histórico de la vida de la nación para pasar a uno diferente, acto que solo el pueblo lo tiene y nunca unos de sus poderes o entidades creadas en aquel momento.

Dicho aquello, es claro que el Tribunal Constitucional, al efectuar su labor como intérprete máximo de la Constitución, no puede derogar los límites que ésta le impone y, por el contrario, debe hacer despliegue de su capacidad de autolimitación⁶²² en base a la Constitución (y no a sus

⁶²⁰ Tribunal Constitucional del Perú. Exp. N° 014-2002-AI/TC. Caso Colegio de Abogados del Cusco del 21 de enero de 2002. Para. 73-75.

⁶²¹ Citado por: SÁNCHEZ, VIAMONTE, Carlos. *Los Derechos del Hombre en la Revolución Francesa*. México: UNAM. 1956. p. 121.

⁶²² Son importante las palabras de Zúñiga Urbina en este punto. Este autor indica que: “En la posición del Tribunal Constitucional la autolimitación de su poder se logra a través de comodines como la «deferencia» hacia los poderes públicos, en especial los dotados de legitimidad democrática y admitiendo la no justiciabilidad de las «cuestiones políticas» duras. De este modo la guarda de la Constitución se verifica principalmente mediante un control abstracto de constitucionalidad, destinado a heterocomponer conflictos de poder cuyo derecho material es el Derecho de la Constitución, y en tal misión esta Judicatura es un «tribunal», no la aristocracia togada defensora de una ideología o sistema material de valores. En este contexto, el Tribunal Constitucional no es un poder moderador o árbitro del sistema político institucional, sino una pieza clave del engranaje de balance de poder de esa gran máquina que es el Estado. (...)” Véase: ZÚÑIGA URBINA, Francisco. *Tribunal Constitucional. Problema de Posición y Legitimidad en una Democracia Constitucional*. En

propios criterios).⁶²³ Aquellos principios materiales, como bien ha indicado el Tribunal Constitucional, pueden ser tanto expresos como implícitos: siendo el primero de aquellos "(...) llamados también cláusulas pétreas, (los cuales) son aquéllos en los que la propia Constitución, expresamente, determina que ciertos contenidos o principios nucleares del ordenamiento constitucional están exceptuados de cualquier intento de reforma."⁶²⁴

Por su parte, los límites implícitos, "(...) son aquellos principios supremos de la Constitución contenidos en la fórmula política del Estado y que no pueden ser modificados, aun cuando la Constitución no diga nada sobre la posibilidad o no de su reforma, ya que una modificación que los alcance sencillamente implicaría la destrucción de la Constitución. Tales son los casos de los principios referidos a la dignidad del hombre, soberanía del pueblo, Estado democrático de derecho, forma republicada de gobierno y, en general, régimen político y forma de Estado."⁶²⁵ Aquí podría existir el riesgo de pensar que estos límites implícitos comprenden solo aquellos a los que hace referencia el Tribunal Constitucional en la cita, con lo cual otros principios no serían de aquel nivel y, por lo tanto, podrían ser objeto de derogación o relativización.

¿Es el principio de legalidad uno de aquellos? Al respecto, debemos indicar que independientemente de una posible respuesta, lo cierto es que

Pensamiento Constitucional. Año XIV N° 14. p. 262. Aquel criterio es reconocido como herramienta por parte de nuestro máximo tribunal: "Este Tribunal ha establecido que no cabe dictar precedentes vinculantes "sobre temas que son más bien polémicos y donde las posiciones valorativas pueden dividir a la opinión pública" (STC 3741-2004 AA/TC, fundamento 46). Igualmente, aunque aquí no se esté considerando la emisión de un precedente vinculante, del espíritu de esa autolimitación del Tribunal Constitucional puede rescatarse que no puede acogerse una tesis como la del recurrente (...)" Véase: Tribunal Constitucional del Perú. Exp. N° 00139 2013-PA/TC-SAN MARTIN del 18 de marzo de 2014, fundamento 29.

⁶²³ Como bien indica Mellinghoff: "Tomando como referencia la jurisprudencia de la Corte Suprema de los Estados Unidos, a veces se menciona el principio de autolimitación judicial (...) para conjuga el peligro de un Estado Jurisdiccional bajo la dirección del Tribunal Constitucional. Sin embargo, este término general y sin matices sirve apenas para describir el problema, y no permite una delimitación de los cometidos de la jurisdicción y la legislación. Cualquier limitación por mandato propio no contaría con un fundamento constitucional ni reflejaría el cometido del Tribunal Constitucional. (...) Por lo tanto, los límites de la jurisdicción constitucional deben ser definidos a partir de la propia Constitución." Véase: MELLINGHOFF, Rudolf. *Los Tribunales Constitucionales entre la Autolimitación Judicial y a Injerencia Político-Constitucional*. En Anuario de Derecho Constitucional Latinoamericano. Año XVII. 2011. p. 495.

⁶²⁴ Tribunal Constitucional del Perú. Exp. N°014-2002-AI/TC. op. cit., fundamento 76.

⁶²⁵ *Idem*.

uno de los fines que persigue el principio de legalidad lo es y, se encuentra expresado por el mismo máximo tribunal, que ha expresado lo siguiente: “Aunque toda Constitución se caracteriza por ser un cuerpo normativo integral, donde cada disposición cumple un determinado rol, **ciertas cláusulas asumen una función que resulta mucho más vital u omnicompreensiva que las del resto. Se trata de aquellos valores materiales y principios fundamentales que dan identidad o que constituyen la esencia del texto constitucional (la primacía de la persona, la dignidad, la vida, la igualdad, el Estado de Derecho, la separación de poderes, etc.)**.”⁶²⁶ (Énfasis y subrayado agregado)

Es decir, la separación de poderes es uno de aquellos valores fundamentales que encarnan la esencia del texto constitucional y representa un fin que habrá de efectivizarse mediante una serie de instituciones y garantías constitucionales. En palabras de nuestro máximo tribunal (al referirse al principio de separación de poderes): “(...) conforme a los artículos 3° y 43° de la Constitución, la República del Perú se configura como un Estado Democrático y Social de Derecho, y su gobierno se organiza según el principio de separación de poderes. La existencia de este sistema de equilibrio y de distribución de poderes, con todos los matices y correcciones que impone la sociedad actual, sigue constituyendo, en su idea central, una exigencia ineludible en todo Estado Democrático y Social de Derecho. La separación de estas tres funciones básicas del Estado, limitándose de modo recíproco, sin entorpecerse innecesariamente, constituye una garantía para los derechos constitucionalmente reconocidos e, idénticamente, para limitar el poder frente al absolutismo y la dictadura.”⁶²⁷

Puesto que el principio de legalidad –en su manifestación de reserva de ley– busca que se garantice la distribución del poder para evitar la posibilidad de abusos, entendemos que el principio de legalidad (y en particular el principio de legalidad penal) constituye un principio básico de

⁶²⁶ *Idem*, fundamentos 73-75.

⁶²⁷ Tribunal Constitucional del Perú EXP. N.º 004-2004-CC/TC-LIMA del 31 de diciembre de 2004, fundamento 23.

la Constitución, por lo que no es posible su modificación (o su reinterpretación arbitraria y total) sin que esto atente con la Constitución misma.⁶²⁸

En ese sentido, toda adopción (o decisión) efectuada por un órgano estatal, que afecte el Principio de Legalidad, deberá ser restrictivo y solo será válido en tanto no afecte el sentido básico del mismo y siempre que no implique su derogación. De no ser así, en palabras del Tribunal Constitucional, "(...) aquella reforma que no observara dichos límites, o simplemente los ignorara, resultaría ilegítima en términos constitucionales."⁶²⁹ Estas palabras dirigidas a la modificación constitucional lo es aún más aplicable para la labor del Tribunal, que ni siquiera tiene la competencia de reformar la Constitución⁶³⁰ (y posiblemente tampoco el poder de controlar la reforma constitucional)⁶³¹, sino que –por el contrario– tiene la tarea específica de interpretar adecuadamente la misma y expulsar las normas de rango infra-constitucional que la vulneren. Por ende, aquel requisito le es aplicable con más razón.

En caso el propio Tribunal Constitucional decidiese inaplicar un principio esencial del ordenamiento, como es el principio de legalidad –vulnerando

²⁸ Como recuerda Belda: "Los poderes constituidos, que realizan sus funciones bajo el mandato de una norma constitucional, derivan su fuerza de un código de comportamiento concreto que se otorgaron en su día, que aunque pueda evolucionar o ser reinterpretado, y desde luego reformado, constituye por sí mismo un modo de organización perfilado y completo. Esta estructura puede ser demolida para construir otra distinta, pero no subvertirse alterando sus bases más sustanciales. Esos pilares básicos, nacidos del proceso constituyente son derecho positivo reflejado en la norma constitucional, y desde una lectura estrictamente jurídica de toda ella se puede advertir (probablemente en algunos casos, con problemas) cuándo sostienen la arquitectura constitucional, y cuándo pueden ser removidos en atención a la necesidad adaptativa que exige la institución de la reforma, que a su vez es otro de esos pilares del edificio normativo." Véase: BELDA PÉREZ-PEDRERO. *Los Límites a la Reforma Constitucional ante Propuestas más Propias de una Revolución*. En *Teoría y Realidad Constitucional* – UNED. N° 29, 2012. p. 262.

²⁹ Véase: RUBIO CORREA, Marcial. *La Interpretación de la Constitución según el Tribunal Constitucional*. Fondo Editorial PUCP Lima, 1ra Ed. 2005. p. 388 y sgtes.

³⁰ Véase: WIELAND CONROY, Hubert. *¿Puede una Ley de Reforma Constitucional ser Objeto de una Acción de Inconstitucionalidad?*. En: *PALESTRA - Portal de Asuntos Públicos de la PUCP* Disponible en: http://repositorio.pucp.edu.pe/index/bitstream/handle/123456789/11950/puede_ley_reforma_Wieland.pdf?sequence=1. Consultada el 22 de setiembre de 2015.

³¹ Al respecto, véase: GARCÍA BELAUNDE, Domingo. *Sobre el Control de la Reforma Constitucional*. En *Reforma de la Constitución y Control de Constitucionalidad* (Coord. Javier Celis Gómez). Pontificia Universidad Javeriana Bogotá 2005. p. 545 y sgtes.

el principio de representatividad y de separación de poderes—, estaríamos ante el uso ilegítimo del derecho. Aún más, estaremos ante la reforma ilegal del orden constitucional y, por lo tanto, ante la eliminación del sistema político adoptado por el pueblo. Esto, como bien nota Carpizo, tiene efectos importantes:

“Si contestamos que el titular del poder constituyente debe ser y es el pueblo, tenemos la base para construir un derecho constitucional de la libertad y para la libertad. Si la respuesta es cualquier otra que la anterior, estamos construyendo una estructura constitucional, pero no un derecho constitucional y para la libertad. Es decir, que todo Estado tiene una Constitución y existe una norma superior a la cual se imputa la validez de todo el orden jurídico; pero sólo las ordenaciones que parten del principio de que el pueblo debe ser y es el titular del poder constituyente tienen derecho constitucional y lo importante de este principio es que cuando el pueblo no decidió su Constitución, cuando la función y el acto constituyentes no están en sus manos, nacen el derecho y la obligación de tratar de adecuar la realidad al debe-ser, de romper las cadenas que no le permiten tener un derecho constitucional, sino únicamente una estructura constitucional que él no decidió.”⁶³²

En ese contexto: ¿Qué legitimidad podría tener el Tribunal Constitucional nacional para variar uno de los principios básicos de la Constitución nacional?

Esta pregunta es compleja y se adentra en los requerimientos que debe adoptar nuestro máximo tribunal al momento de ponderar los principios de la Constitución. Lo cierto es que existen —como hemos visto previamente— límites de orden material e implícitos proveniente de los principios fundamentales de la Constitución⁶³³; siendo en la existencia y función de

⁶³² CARPIZO, Jorge. *Algunas Reflexiones sobre el Poder Constituyente*. En Estudios en Homenaje al Doctor Héctor Fix-Zamudio en sus Treinta Años como Investigador de las Ciencias Jurídicas. UNAM. Tomo I. 1ra. Ed. 1988. p. 148.

⁶³³ Límites que incluso restringen la reforma constitucional, el cual es un poder mayor que la sola interpretación de nuestra carta fundamental cuya titularidad la tiene el Tribunal Constitucional. Al respecto, véase: RAMÍREZ CLEVES, Gonzalo. *Los Límites a la Reforma Constitucional y las Garantías - Límites del Poder Constituyente: Los Derechos*

los principios que encontraremos una respuesta. En palabras de Ruiz (al comentar las correctas palabras de Dworkin): "(...) la tesis de la discrecionalidad judicial, según la cual cuando ninguna norma es aplicable a un caso concreto el juez es libre de ejercer su discreción para llegar a una solución, debe ser también rechazada a juicio de Dworkin por dos razones. Primero, porque supone una violación del principio de separación de poderes, ya que se le reconoce al poder judicial una capacidad de dictar normas que es exclusiva del poder legislativo; y, en segundo lugar, porque si esto fuera así, permitiría legislar ex post facto, ya que desde el momento en que se reconoce que el juez, en el ejercicio de su discrecionalidad, puede crear normas aplicables a un caso que no tiene una solución normativa por parte del sistema de fuentes, se está admitiendo la aplicación de una norma con carácter retroactivo, pues se trata de una norma que no existe en el momento en que se produjo el hecho (violándose, así, el principio *nullum crimen sine lege praevia*). **Ambos problemas pueden ser solucionados si se reconoce la existencia de los principios jurídicos. En efecto, la existencia de éstos demuestra que el juez no goza de discrecionalidad ni siquiera en aquellos casos en los que hay oscuridad, vaguedad o ausencia de reglas aplicables, ya que siempre va a poder recurrir a un principio del ordenamiento jurídico. De este modo, no existe discreción judicial, sino que para cualquier caso que se plantee, el sistema jurídico, compuesto por reglas y principios, ofrece una respuesta correcta.**"⁶³⁴ (Énfasis agregado)

La claridad de lo indicado nos exime de dar mayores comentarios. Baste indicar que lo indicado resuelve, además, uno de los problemas generados por el activismo del Tribunal Constitucional, como es el problema de la desfiguración del sistema de fuentes. Y es que, si el juez constitucional encuentra dentro de los principios jurídicos los límites para el ejercicio de su "actividad creadora" para resolver problemas ahí donde

Fundamentales como Paradigma. Instituto de Estudios Constitucionales Carlos Restrepo Piedrahita. Univ. Externado de Colombia. 2003. pp. 81 y sgtes.

⁶³⁴ RUIZ RUIZ, Ramón. *La Ponderación en la Resolución de Colisiones de Derechos Fundamentales. Especial Referencia a la Jurisprudencia Constitucional Española*. En *Revista Telemática de Filosofía del Derecho*. N° 10, 2006. p. 55-56.

no existe una regulación sobre la materia (y donde pesa una necesidad de defender un interés constitucional), entonces podremos dar cuenta del ejercicio de aquella atribución del juez constitucional dentro del marco de las fuentes del derecho reconocidas en nuestro sistema; fuente, directriz y límite -a su vez- del ejercicio que el juez constitucional habrá de efectuar. Como bien lo ha indicado Landa: "(l)a Constitución peruana, si bien es la fuente de fuentes del Derecho, en la actualidad se encuentra en una crisis de falta de legitimidad constitucional, dado el carácter puramente formal de la legalidad constitucional que utilizan sus operadores, al vaciar los valores y principios constitucionales que aseguran la defensa y desarrollo de los derechos fundamentales de la persona como el control y balance de poderes, en su actividad legislativa. En este sentido, la ley ha quedado desvinculada de la Constitución material y, por el contrario, se encuentra a merced del voluntarismo parlamentario y presidencialista"⁶³⁵ no obstante lo expresado por este autor, esto no puede significar que el juez constitucional se eleve a nivel de creador de ley, ni mucho menos sin límites ni criterios que delimiten aquella posible actividad creadora.⁶³⁶

Todo esto nos lleva a tener que entender la naturaleza de los principios del Derecho, cómo deben ser entendidos en clave constitucional y las estrategias que debe de ejercer nuestro máximo tribunal con el fin de no desvirtuar el modelo político nacional, en su intento por evitar situaciones de impunidad. Veamos ello a continuación.

2.2. Los principios del derecho y los principios constitucionales del Derecho

⁶³⁵ LANDA, César. *Tribunal Constitucional y Estado Democrático*. PUCP. Lima, 1999. p. 475.

⁶³⁶ Como bien indica Zúñiga Urbina: "El Tribunal Constitucional no es un «supra poder» o «poder del Estado», no injiere directamente en la dirección política del Estado, se limita a ejercer un control de constitucionalidad concerniente a los «poderes» del Estado, en especial Gobierno y Congreso Nacional. Las decisiones del Tribunal Constitucional se sitúan en el campo de las decisiones jurisdiccionales caracterizadas con fineza por Montesquieu como expresión de un poder de impedir (*pouvoir d'empêcher*), y no un poder de estatuir (*pouvoir d'établir*)." Véase: ZÚÑIGA URBINA, Francisco *op. cit.*, p. 271.

Los principios del derecho constituyen parte de la producción normativa del Estado.⁶³⁷ La diferencia esencial entre los principios del derecho y las otras normas (por ejemplo, la ley o la costumbre) se centra en tres puntos: i) La generalidad intensa que tiene uno de ellos (los principios) sobre el otro (la ley o la costumbre) dado por el hecho de que los principios se encuentran enunciados en términos amplios y generales; y ii) La especificidad que tiene una de ellas (ley o costumbre) sobre la otra (principios) para resolver casos específicos. Esto se da por cuanto la ley es excluyente, es decir, es aplicable o no (al caso específico) en contraste con ello, los principios no necesariamente son la norma que resuelve el caso por su enunciado, sino por la derivación que se haga de su contenido.⁶³⁸ Esto implica, como bien ha indicado Robert Alexy (recordando lo indicado por Dworkin), que:

“(...) las reglas son aplicables en la forma todo o nada (*all or nothing fashion*), pero en cambio los principios no. Si se da el supuesto de hecho de una regla, existen sólo dos posibilidades. O la regla es válida, y entonces deben aceptarse las consecuencias jurídicas, o no es válida, y entonces no cuenta para nada en la decisión. En cambio los principios, aun cuando según su formulación sean aplicables al caso, no determinan necesariamente la decisión, sino que solamente proporcionan razones que hablan en favor de una u otra decisión.”⁶³⁹

iii) La capacidad de exclusión que tienen las reglas (ley y costumbre) a diferencia de los principios. Esto se da así, pues los principios se concretizan caso por caso; en ese sentido, si un juez determina la primacía de una de ellas frente a otra, esto no implica invalidar la

⁶³⁷ PRIETO SANCHÍS, Luis. *Ley, Principios, Derechos*. - Cuadernos Bartolome de las Casas Dykinson. 1998. PATTARO, Enrico. *Al Origen de la Noción Principios Generales del Derecho - Lineamiento Histórico Filosófico*. En Boletín Mexicano de Derecho Comparado Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM. México. D.F. N° 59. 1987. pp. 525-563. DEL VECCHIO, Giorgio. *Los Principios Generales del Derecho*. (Trad. Juan Ossorio Morales). 3ra. Ed. Bosch-Barcelona. 1971. HEGEL, Georg *Principios de la Filosofía del Derecho o Derecho Natural y Ciencia Política* (Trad. Juan Luis Vermal) Editorial Sudamericana Buenos Aires. 2012.

⁶³⁸ Véase: AARNIO, Aulis. *Reglas y Principios en el Razonamiento Jurídico*. En Anuario da Facultade de Dereito da Universidade da Coruña N° 4. 2000. p. 594.

⁶³⁹ ALEXY, Robert, *Sistemas Jurídicos, Principios Jurídicos y Razón Práctica*. En Doxa: Cuadernos de Filosofía del Derecho N° 5. 1988. 2012. p. 141.

desplazada. En palabras de Robert Alexy: "(...) los principios tienen una dimensión que las reglas no exhiben, es decir, una dimensión de peso (...) que se muestra en las colisiones entre principios. Si colisionan dos principios, se da un valor decisorio al principio que en el caso de colisión tenga un peso relativamente mayor, sin que por ello quede invalidado el principio con el peso (...) menor. En cambio, en un conflicto entre reglas que sucede, por ejemplo, cuando una regla manda algo y otra prohíbe lo mismo, o que una regla establezca una excepción para la otra, al menos una debe siempre ser válida."⁶⁴⁰

Los principios generales cumplen una triple función: constituyen herramientas que resuelven los casos en los que se generan conflictos normativos (conflicto de reglas – leyes, ordenanzas, reglamentos, etc., entre sí); representan una herramienta para los jueces cuando se enfrentan lagunas del sistema (pues permite que el juez concluya la existencia de alguna regla implícita en un principio general)⁶⁴¹; o bien permiten ambos ejercicios en un mismo caso. Son los principios del derecho los que permiten al Derecho tener la flexibilidad necesaria para brindar soluciones a la vida constantemente cambiante. Sin este recurso, el Derecho caería constantemente en desuso y constantemente brindaría "soluciones injustas". Como lo ha expresado García de Enterría: "La autonomía de esa supuesta voluntad de la ley respecto de su autor y el hecho de su movilidad en el tiempo no podría explicarse si la ley misma no fuese vista como expresión de algo sustancial y más profundo, lo cual, por serlo, es capaz de someter y relativizar lo que no es más que una simple manifestación o formalización suya; aquí aparecen ya los famosos principios generales del Derecho (...) sin cuya realidad todo ese proceso esencial de la traducción de la ley en vida jurídica efectiva y su incesante movilidad no tendrían explicación posible; -sería, en rigor, una

⁶⁴⁰

Idem.

⁶⁴¹

ALEXY, Robert. *Teoría de los Derechos Fundamentales*. Madrid - Centro de Estudios Políticos y Constitucionales. 2001. VAN HOECKE, Marck. *El Uso de Principios Jurídicos No Escritos por los Tribunales*. En DOXA. Cuadernos de Filosofía del Derecho N° 19. 1996. pp. 421-433. GALINDO GARFIAS, Ignacio. *Estudios de Derecho Civil*. 2da Ed. Editorial Porrúa. México 1994

arbitrariedad de los intérpretes sin norte posible (...)”⁶⁴² De aquí que, como mencionáramos antes, debe buscarse en los principios del derecho y, especialmente, en aquellos principios básicos de nuestro ordenamiento los límites a la actividad “creativa” del juez constitucional.

Con ello no queremos decir que basta identificar la existencia de un principio para que éste no pueda ser modificado o alterado, sino todo lo contrario: la función misma de los principios (frente a las reglas) se encuentra en estar formuladas en términos generales y abstractos. En ese sentido, es normal que los principios sufran una suerte de ponderación cuando se encuentran en manos del juez. El juez hará que aquel principio adquiera (sin tergiversar su significado esencial) el sentido más apropiado para un caso en concreto según las exigencias sociales en aquel momento. En palabras de Leguina (que recordaba a Heller), “Dado que los principios generales del Derecho expresan y articulan técnicamente los valores centrales, las representaciones jurídicas generales o las opciones básicas de cada sistema jurídico -en feliz frase de Heller, son la puerta por donde la realidad social valorada positivamente penetra a diario en la normalidad estatal (...)”⁶⁴³

Si bien aquel ejercicio es esencial en los ordenamientos modernos, dicho ejercicio no puede realizarse para efectuar la supresión (o modificación completa) de ciertos límites materiales implícitos existentes en la Constitución como es el principio de separación de poderes protegido por el principio de legalidad (por una supuesta necesidad de proteger fines constitucionales tutelables). ¿Implica ello, que el principio de legalidad (y específicamente, el principio de legalidad penal) es intocable por parte del juez constitucional? ¿Qué sucede cuándo aquel principio colisiona con otro principio de igual importancia, como el principio de dignidad humana o el principio de justicia?

⁶⁴² GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo. *Reflexiones sobre la Ley y los Principios Generales del Derecho en el Derecho Administrativo*. En Revista de Administración Pública N° 40, 1963. p. 193.

⁶⁴³ LEGUINA VILLA, Jesús. *Principios Generales del Derecho y Constitución*. En Revista de Administración Pública. Vol. 114, 1987. p. 8.

Para poder responder a estas preguntas, lo primero a tener en cuenta es lo que ha explicado el Tribunal Constitucional nacional: "Sin embargo es necesario señalar, reiterando el criterio ya expuesto por este Tribunal, que ningún derecho fundamental ni principio constitucional es absoluto. En efecto por alta que sea su consideración dogmática y axiológica, ningún derecho fundamental tiene capacidad de subordinar, en toda circunstancia, el resto de derechos, principios o valores a los que la Constitución también concede protección. Los principios interpretativos de unidad de la Constitución y de concordancia práctica permiten considerar a las distintas disposiciones constitucionales como un complejo normativo armónico, coherente y sistemático. Toda tensión entre ellas debe ser resuelta "optimizando" la fuerza normativo-axiológica de la Constitución en conjunto; de ahí que, en estricto, los derechos fundamentales reconocidos por la Constitución y los límites que en su virtud les resulten aplicables, forman una unidad."⁶⁴⁴

En ese sentido, el principio de legalidad no es absoluto en la totalidad de su contenido.⁶⁴⁵ **Ni tan siquiera el principio de separación de poderes que se encuentra protegido por ciertas manifestaciones del principio de legalidad constituye un principio absoluto.** Ya ha tenido el Tribunal Constitucional oportunidad de indicar aquello al señalar que: "Sin embargo, la separación de poderes que configura nuestra Constitución no es absoluta, porque de la estructura y funciones de los Poderes del Estado regulados por la Norma Suprema, también se desprende el principio de colaboración de poderes. El principio de separación de poderes persigue pues asegurar que los poderes constituidos desarrollen sus competencias con arreglo al principio de corrección funcional; es

⁶⁴⁴ Tribunal Constitucional del Perú EXP. N.º 0019-2005-PI/TC del 21 de julio de 2005. Fundamento 12.

⁶⁴⁵ Tal y como lo ha indicado la Corte Constitucional de Colombia, en los siguientes términos: "Para la Corte Constitucional, por su parte, los tipos en blanco responden a la necesidad de regulación de fenómenos dinámicos cuya volatilidad escapa a una descripción estricta del tipo y exige una actualización normativa permanente. **Para la Corporación, la figura jurídica descansa sobre el reconocimiento de que el principio de legalidad no es absoluto** y que la obligación de ofrecer una descripción típica de los delitos va hasta donde la naturaleza de las cosas lo permite. En respuesta a dicha limitante, impuesta por la misma realidad de las cosas y por la evidente complejidad del fenómeno delictivo, el legislador admite que otras disposiciones complementen la descripción legal." Véase: Corte Constitucional de Colombia. Sentencia C-605/06 del 1 de agosto de 2006, punto 6.

decir, sin interferir con las competencias de otros, pero, a su vez, entendiendo que todos ejercen una función complementaria en la consolidación de la fuerza normativa de la Constitución, como Norma Suprema del Estado (artículos 38º, 45º y 51º).⁶⁴⁶ (Énfasis agregado)

Entonces: ¿En qué casos principios tan importantes como el principio de separación de poderes o el principio de legalidad penal, deberán aceptar excepciones? Este es el punto central de la investigación y el mayor déficit teórico existente en el Derecho constitucional nacional en la materia. Si bien nuestro máximo tribunal ha tenido incontables ocasiones para revisar materia penal en el contexto de un análisis constitucional, no ha brindado criterios que estructuren el campo en que su ejercicio habrá de desarrollarse. A continuación, nosotros trataremos de brindar aquellos criterios.

2.3. El principio constitucional de legalidad penal, los peligros de su ponderación y los criterios exigibles al juez constitucional

Creemos que el primer elemento a tenerse presente es que para la relativización de aquellos principios, debe establecerse un “**requisito de excepcionalidad - integridad**”. Es decir, siendo aquellos principios estructurales del sistema legal nacional, no son pasibles de ser reconstruidos en su totalidad ni su contenido básico podrá ser eliminado pues aquello solo le corresponde al pueblo a través de los mecanismos constitucionalmente establecidos para ello (y hasta el punto que aquellos principios no queden suprimidos).

Además, debe tenerse siempre en mente que cualquier modificación del principio de legalidad penal tendrá un impacto en todo el sistema criminal nacional. Como bien indica Fernández Carrasquilla “(...) los principios de que se trata sirven para determinar (y detectar) la orientación ideológica y funcional del sistema penal y para manejar las normas penales y controlar

⁶⁴⁶ Tribunal Constitucional del Perú EXP. N.º 0004-2004-CC/TC del 31 de diciembre de 2004. Fundamento N.º 24 y EXP. N.º 0030-2005-AI/TC del 02 de febrero de 2006, fundamento N.º 51.

su alcance, racionalidad y legitimidad. Manejando de modo coherente los principios jurídico penales sabemos de dónde provienen las instituciones penales, hacia dónde va la práctica del derecho penal, cuál es su orientación del sistema penal (del que hace parte del derecho penal positivo), qué es lo que verdaderamente pretenden las normas penales, y, sobre todo, cuál es el marco de referencia dentro del cual forzosamente ha de moverse cualquier interpretación de las normas subordinadas.⁶⁴⁷ Es por la importancia de los principios en general (y de los principios penales en particular) que toda manipulación de los mismos debe efectuarse de forma adecuada y, sobre todo, razonablemente. La excepcionalidad para entrar a tallar en su restricción es un ejercicio oportuno que el juez constitucional siempre debe tener presente dado los peligros enormes que una interpretación mal formulada podría tener para todo el sistema legal penal.

En segundo lugar, el juez constitucional debe ser capaz de contextualizar la naturaleza del principio de legalidad cuando éste esté vinculado a materia penal ("**requisito de contextualización**"). Al respecto, debe recordarse que cuando un principio es ponderado, esto se produce como resultado de que el caso bajo análisis le exige al tribunal dar prioridad a un principio sobre otro, pues uno de ellos sirve más a las necesidades de justicia.⁶⁴⁸ En ese sentido, el máximo tribunal debe indicar qué principio se está buscando proteger y cuál es el que lleva a restringir el principio de legalidad penal. De poco sirve para el Derecho que el Tribunal Constitucional restrinja el principio de legalidad por simple necesidad, sin señalar metodológicamente qué otros principios del sistema le obligan a ello.

¿Qué principios podrían verse envueltos en una ponderación del principio de legalidad penal? Los principios que podrían verse involucrados son inagotables. Sin embargo, los principios que compiten naturalmente con el

⁶⁴⁷ FERNÁNDEZ CARRASQUILLA, Juan. *op. cit.*, p. 7.

⁶⁴⁸ Véase: DIEZ GARGARI, Rodrigo. *Principio de Proporcionalidad, Colisión de Principios y el Nuevo Discurso de la Suprema Corte*. En *Cuestiones Constitucionales - Revista Mexicana de Derecho Constitucional* N° 26. 2012. pp. 65-106. DWORKIN, Ronald. *Los Derechos en Serio*. Ariel, Barcelona. 1984.

principio de legalidad penal son aquellos igualmente estructurales para el sistema, como el principio de correcta administración de justicia o la lucha contra la impunidad (vinculados ambos con el principio de justicia). En aquellos casos, como lo ejemplifican los casos de Bedoya de Vivanco o la Sentencia del máximo tribunal alemán (Sentencia BVerfGE 25)⁶⁴⁹, los tribunales ven necesario relativizar el principio de legalidad para evitar circunstancias de impunidad.

La pregunta que habría que plantearnos es: ¿Cómo se llega a determinar que un principio básico debe ceder frente a otro principio básico? Sin duda la respuesta no puede ser tajante, pues las circunstancias del caso son las que llevarán a determinar qué principio deberá ser priorizado.⁶⁵⁰ Sin embargo, lo que sí puede efectuar el Tribunal Constitucional es un ejercicio de “**estricto alcance**”. Ello implica que la interpretación del Tribunal Constitucional en casos que involucren la relativización del principio de legalidad debería quedar expresamente limitado al caso en concreto y no a una interpretación general. Esto especialmente cuando la interpretación efectuada no está vinculada a instituciones puramente constitucionales, sino cuando involucra instituciones penales que deberían mantener como materia exclusiva la interpretación de los tribunales penales ordinarios.

Ahora bien, estos son los criterios previos a tener en cuenta antes de entrar a ponderar el principio de legalidad. Cabe cuestionarse: ¿Implica que el método en sí por el que el máximo tribunal decide la primacía de

⁶⁴⁹ Sentencia BVerfGE 25, 269. Sentencia de la Sala Segunda de 26 de febrero de 1969–2 BvL 15, 23/68. *op. cit.*,

⁶⁵⁰ Véase: DWORKIN, Ronald. *El Imperio de la Justicia*. Gedisa – Barcelona. 1988. Como recuerda Bernal Pulido para el caso de España: “Asimismo, la ponderación se ha utilizado como el más determinante criterio estructural para la solución de las colisiones entre derechos fundamentales. El Tribunal Constitucional ha declarado que ningún derecho fundamental es absoluto. Por lo tanto, las colisiones entre derechos fundamentales no pueden resolverse mediante un orden lexicográfico de los mismos 31, sino por medio de la ponderación. La jurisprudencia constitucional exige que cada sentencia de la jurisdicción ordinaria que deba resolver una colisión entre derechos fundamentales lleve a cabo una ponderación 32. Finalmente, el Tribunal Constitucional exige que, para ser conformes con el derecho fundamental a la tutela judicial efectiva del artículo 24.1 CE, las intervenciones del poder judicial en los derechos fundamentales —en especial aquellas de índole procesal— deben fundamentarse de manera expresa mediante una ponderación.” Véase: BERNAL PULIDO, Carlos. *Los Derechos Fundamentales y la Teoría de los Principios. ¿Es la Teoría de los Principios la Base para una Teoría Adecuada de los Derechos Fundamentales de la Constitución Española?* En DOXA Cuadernos de Filosofía del Derecho N° 30. 2007. p. 277.

un principio sobre otro, no presenta límite alguno? En principio eso es correcto: el Tribunal Constitucional tiene la potestad para determinar – según sus propios criterios– qué principio debe tener prioridad sobre otro en un caso concreto.⁶⁵¹ Sin embargo, como ya hemos indicado, esto no significa que su ejercicio pueda vaciar el contenido de uno de ellos y, aun menos, que estos puedan quedar como precedente obligatorio para los tribunales inferiores. El núcleo duro de los principios involucrados –y que el Tribunal debe ponderar– constituye un límite natural a aquel ejercicio. Esto implica una serie de limitantes, por lo que debemos indicar claramente que ese ejercicio no implica simplemente dar preferencia a un principio sobre otro. Creemos que ese es un error en el que normalmente cae el Tribunal Constitucional y en una doble dimensión:

- a) Cuando el Tribunal Constitucional da prioridad a un principio, bien o fin constitucional, por encima del principio de legalidad penal, pareciera olvidar que aquel principio no solo se encuentra vinculado a una serie de derechos fundamentales del ciudadano en sus dimensiones de derecho al debido proceso o garantía penal, sino que está vinculado a la forma de gobierno general del Estado. Aquí existe una deficiencia por parte del máximo tribunal relativo a entender que otros principios, como el principio de separación de poderes, o el principio de estado democrático de derecho, están igualmente salvaguardados por el principio de legalidad.

Entonces, aunque resulta claro que el principio de legalidad penal no es absoluto, así como tampoco lo son el principio de separación de

⁶⁵¹ Se habla del ejercicio de la “ponderación” en caso de producirse la colisión de principios constitucionales. Sin embargo, como Bernal Pulido recoge, esto ha sido criticado: “La primera objeción señala que la ponderación no es más que una fórmula retórica o una técnica de poder, carente de un concepto claro y de una estructura jurídica determinada. La objeción mantiene que no existen criterios jurídicos que garanticen la objetividad de la ponderación, que sean vinculantes para el juez y que puedan utilizarse para controlar las decisiones judiciales en donde se ponderan principios 46. Desde este punto de vista, la ponderación es una estructura vacía, que se completa únicamente con apreciaciones subjetivas del juez, de carácter empírico y normativo. Las apreciaciones subjetivas del juez constituyen la balanza con la que se pondera. Como consecuencia, la ponderación no puede ofrecer una única respuesta correcta para los casos en que se *aplica*.” Ver: BERNAL PULIDO, Carlos *op. cit.*, p. 279. Igualmente, véase: GUASTINI, Riccardo. *Ponderación: Un Análisis de los Conflictos entre Principios Constitucionales*. En Palestra del Tribunal Constitucional. Año 2, N° 8. 2007. pp. 631-637.

poderes o el principio democrático, también es cierto que el espacio de interpretación de estos principios por naturaleza es estrecho. Debemos preguntarnos: ¿Cuán habitual es (o puede ser) cuestionar la separación de poderes del Estado o nuestro sistema democrático, para así lograr otros fines constitucionalmente relevantes? Creemos que es poco habitual. Pero aun así podría suceder y en este caso: ¿Hasta qué punto pueden ser restringidos principios como estos frente a otros?

Son preguntas complejas pero creemos que esto requiere de nuestro máximo tribunal el ejercicio de criterios de autocontrol. Un criterio importante a tener en cuenta es el **“criterio de necesidad imperiosa de preferencia”**. Es decir, el Tribunal Constitucional debe demostrar claramente la existencia de una necesidad imperiosa de que un principio prevalezca sobre otro. Esto implica, a su vez, que no haya otra solución, salvo la relativización de uno de aquellos principios. Así pues, los vehículos por los cuales normalmente se lleva a cabo aquel ejercicio de ponderación extrema (como son las sentencias interpretativas del Tribunal Constitucional), cuando recaiga sobre materia penal, deben ser activados excepcionalmente. Como indica Gálvez, recordando una variedad jurisprudencial del máximo tribunal sobre la materia: “Sólo resultan legítimas en la medida de que este Colegiado argumente debidamente las razones y los fundamentos normativos constitucionales que, a luz de lo expuesto, justifiquen su dictado; tal como, por lo demás, ha ocurrido en las contadas ocasiones en las que este Tribunal ha debido acudir a su emisión (...). De este modo, su utilización es excepcional, pues, como se dijo, sólo tendrá lugar en aquellas ocasiones en las que resulten imprescindibles para evitar que se desencadenen inconstitucionales de singular magnitud.”⁶⁵²

Este requisito evitaría muchos de los problemas generados por la jurisprudencia del Tribunal Constitucional. Como cuestionamos en el caso Bedoya de Vivanco y en el caso de Peculado de Uso: ¿Era

⁶⁵² GÁLVEZ VILLEGAS, Tomás *op. cit.*, p. 836-837.

realmente necesaria la decisión del máximo tribunal cuestionando el principio de legalidad? Ambos casos demuestran –como expusimos en su momento– que la respuesta era negativa, pues el máximo tribunal contaba con una serie de atribuciones para articular la cooperación de los poderes del Estado y así evitar circunstancias dañinas para el Estado de Derecho. Aquello se basaba en el principio de cooperación, sobre el que el Tribunal Constitucional ha indicado lo siguiente: “(e)l principio de separación de poderes no sólo resulta un parámetro del Estado destinado a distribuir atribuciones y competencias a cada poder que lo conforma, sino que, de acuerdo con su evolución, actualmente también implica la colaboración entre cada uno de ellos en búsqueda de un mejor y eficaz ejercicio de sus funciones.”⁶⁵³ El Tribunal Constitucional tendría que encontrarse en una situación prácticamente imposible de resolver (sea desde el Derecho o de la cooperación con otros órganos del Estado) para pasar a relativizar un principio básico del Estado como el principio de legalidad.

- b) Cuando el Tribunal Constitucional da preferencia a un fin constitucionalmente relevante a costa de la vigencia del principio de legalidad penal puede estar vulnerando la **“técnica legal mínima criminal”** si es que éste no lo hace adecuadamente y si no brinda las razones que lo llevan a su decisión de forma expresa. ¿A qué nos referimos?

En ciertos casos, es cierto que el Tribunal Constitucional podría verse en la obligación de sacrificar cierto contenido del principio de legalidad, como podría ser la regla de no retroactividad de la norma penal o el principio de publicidad de la sanción penal. Como hemos dicho, esto debe ser excepcional, con la sola justificación de salvaguardar un principio esencial del orden social. Y si esto se produce, el Tribunal Constitucional debe efectuar dicho ejercicio de forma técnica. Indicamos esto porque –como hemos visto, en los casos en los capítulos previos– nuestro máximo tribunal ha efectuado la ampliación

⁶⁵³ Tribunal Constitucional del Perú EXP. N° 0005-2006-PI/TC del 26 de marzo de 2007, fundamento 15.

del tipo penal (o bien lo ha restringido) sin efectuar un análisis sobre el cumplimiento de los requisitos necesarios para dar legitimidad a una nueva sanción penal. Por ejemplo, en el caso de colusión ilegal, el Tribunal Constitucional indicó que: "(...) **el legislador no tiene una discrecionalidad absoluta** para establecer conductas que puedan resultar punibles o los límites máximos o mínimos de la pena, pues debe respetar las garantías materiales previstas en la Constitución."⁶⁵⁴

Lo expresado por el Tribunal Constitucional para indicar que ciertas tipificaciones penales insuficientemente amplias podían ser declaradas inconstitucionales por omisión. Es decir, el Tribunal consideró que puede declarar inconstitucional la falta de criminalización de ciertas conductas, razón por la cual, en el caso en mención, pasa a eliminar ciertas frases del tipo penal (que hacía necesario que la colusión ilegal estuviese vinculada a un elemento patrimonial para configurarse). Con la eliminación de un término (que es parte de su rol de legislador negativo), el tribunal genera una tipificación mayor (legislador positivo) en sede jurisdiccional y, lo que es aún más grave, la hace aplicable retroactivamente. Aun considerando que este ejercicio fuese absolutamente necesario, no existe una sola línea del Tribunal Constitucional analizando la forma como debía insertarse la ampliación de este tipo penal en el orden legal nacional.

Y esto es necesario, pues aquella actividad implica la creación de una norma penal, lo cual requiere el cumplimiento de una serie de principios criminales para que sea legítimo. Alguno de aquellos principios son: el principio fragmentario del Derecho Penal, el principio de que el Derecho Penal es de hecho y no personal, el principio de igualdad, el principio de exclusiva protección de bienes jurídicos, principio de publicidad o el principio de intervención mínima o ultima ratio de la ley penal.

⁶⁵⁴ Sentencia del Tribunal Constitucional del Perú. Exp. N° 00017-2011-PI/TC-Lima del 3 de mayo de 2012, fundamento 4.

Por ejemplo, en el caso del alcalde de Chiclayo (Roberto Torres), tal y como tuvimos ocasión de analizar, como el juez constitucional no tenía justificación posible para hacer aclaraciones a la norma penal, por dos razones: en primer lugar, la norma penal era clara e, igualmente clara fueron las razones expuestas por el tribunal penal ordinario sobre no aplicar la cláusula de excepción, lo que finalmente llevó a que la interpretación del Tribunal Constitucional se apartara de la literalidad de la norma, convirtiendo su interpretación expansiva en una sección normativa de creación judicial; en segundo lugar, porque el tipo penal de peculado de uso –tal y como estaba redactado–, si bien era estricto pues en algunos casos razonables ciertos individuos podían verse criminalizados por el tipo penal en cuestión, establecía claramente cuál era la actividad prohibida.

Con la interpretación del Tribunal Constitucional ingresan elementos variables en la descripción del delito (los elementos de exclusividad y sistematicidad) que antes no se encontraban en el tipo penal ni en la cláusula de excepción. Recordemos que esta cláusula indicaba que: “No están comprendidos en este artículo los vehículos motorizados destinados al servicio personal por razón del cargo.”⁶⁵⁵ Con la sentencia del Tribunal Constitucional dicha disposición deberá leerse conjuntamente con lo dispuesto por el Colegiado, en el sentido de que es necesario para configurarse el tipo “un uso exclusivo y sistemático del vehículo oficial por personas distintas del funcionario (...)”.⁶⁵⁶ Esta ampliación del tipo penal fue “hecha a la medida de la necesidad del procesado” y desafía abiertamente el principio de legalidad como el principio de igualdad del Derecho Penal.

Y como el caso en mención ejemplifica, el juez constitucional no ofreció ni una línea de su interpretación (a la carta) para analizar si esta decisión podía generar efectos negativos no solo en el principio de legalidad penal, sino también en otros principios penales. Esto hace de su decisión una

⁶⁵⁵ Sentencia del Tribunal Constitucional del Perú. Exp. N° 04298-2012-PA/TC. *op. cit.*, fundamento 15.

⁶⁵⁶ *Idem.*, fundamento 18.

con potenciales efectos negativos, así se busque la razonabilidad del fallo. Por ejemplo, a pesar de que el tribunal indique que su interpretación legal solo tiene efectos para el caso en concreto (sin efectos generales para el sentido de la norma penal), no obstante ello, esto genera problemas. ¿Cómo podrían los tribunales inferiores dejar de seguir los criterios del máximo tribunal frente a casos con funcionarios en similares circunstancias (o no tan similar circunstancias) sin violar el principio de igualdad? ¿Acaso la interpretación creativa del máximo tribunal solo es relevante para los funcionarios públicos de mayor rango y no para los demás? Este argumento es imposible de sostener, pues como recuerda Fernández Carrasquilla:

“El rompimiento de la regla de igualdad se puede admitir únicamente en cuanto no vaya más allá de “la causa objetiva que lo justifique”. Conviene sí distinguir entre la regla de igualdad, en atención a la cual la ley no puede disponer discriminaciones odiosas, injustificadas, desproporcionadas o excesivas, y la igualdad de medida que prohíbe al juez aplicar la ley con criterios o raseros distintos para resolver los múltiples casos que se le presentan. Esta última se torna ciertamente muy problemática frente a cambios frecuentes y sorpresivos de jurisprudencia frente a la misma ley y a la multiplicidad de criterios individuales de los jueces para resolver casos similares en condiciones similares.”⁶⁵⁷

Entonces, el Tribunal Constitucional -al no ofrecer análisis alguno para contextualizar su decisión- abre un amplio campo de indeterminación. Algunos podrían indicar que este problema no es privativo del juez constitucional, pues también sucede con la jurisprudencia de los tribunales penales ordinarios.⁶⁵⁸

⁶⁵⁷ FERNÁNDEZ CARRASQUILLA, Juan. *op. cit.*, p. 81.

⁶⁵⁸ Un ejemplo lo podemos observar en el Acuerdo Plenario sobre el Delito de Desaparición Forzada. En aquella oportunidad, la Corte Suprema, en su V Pleno Jurisdiccional de las Salas Penales Permanentes y Transitorias, analizó el tipo penal de desaparición forzada con el fin de establecer criterios homogéneos respecto a su tratamiento en sede judicial. En la reunión, el Pleno recordó que el tipo penal de desaparición forzada adopta contornos en la regulación internacional de la materia (tanto de la protección de derechos humanos como la del Derecho Penal Internacional), y que el tipo penal nacional contaba con una deficiencia referido al sujeto activo del delito. Según menciona el Pleno, el sujeto activo establecido en el tipo penal nacional es muy estrecho, pues se limita a sancionar a aquel que cometiera el delito y fuese

Pero creemos, sin duda alguna, que aquel es un riesgo existente en sede de los tribunales ordinarios, pero la violación del principio de legalidad por aquellos puede ser resuelta por el superior jerárquico o bien mediante un recurso ante el máximo tribunal. En contraste con ello, cuando el Tribunal Constitucional resuelve como en este caso, su decisión es inapelable, con impactos que fuerzan al juez ordinario a seguir sus criterios (para todo caso de funcionario público involucrado en peculado en uso) haciendo que el juez penal aplique una norma creada en sede judicial, o bien obligándolo a que se desligue del criterio jurisprudencial del Tribunal Constitucional, pero colisionando en ese ejercicio con el principio de igualdad del procesado en cuestión.

Por lo tanto, la intervención del Tribunal Constitucional genera una serie de paradojas en el sistema jurídico nacional que deben evitarse. Al

funcionario o servidor público. El Pleno se explaya en explicar que aquello no se corresponde con la forma como es entendido en el Derecho Internacional, pues en aquella rama legal también son considerados como autores los sujetos que formen parte de organizaciones privadas. A decir del pleno: *“El delito de desaparición forzada de personas es un delito especial propio. Sólo puede ser perpetrado por un agente estatal competente para informar sobre el paradero o situación jurídica del afectado –aquí reside, como ha quedado expuesto, el principal defecto de la legislación nacional, censurada por la CIDH, puesto que el Derecho Internacional Penal también comprende a una organización política, sin que necesariamente pertenezca a la estructura estatal.”* En ese sentido, el Pleno es de la opinión que el tipo penal de desaparición forzada formulada en nuestro ordenamiento interno es insuficiente si es analizado a la luz de las obligaciones a las que está sujeto el Estado. Ahora, si bien pudiese argumentarse aquello, lo cierto es que la tipificación penal vigente era clara respecto a los sujetos activos del delito en cuestión, debido a que existe jurisprudencia de la Corte Interamericana entendiendo esa política normativa, era inconsistente con la Convención Americana de Derechos Humanos. Entendemos que el Estado peruano debía corregir lo antes posible por las vías adecuadas el mencionado tipo penal. Si bien esa era la respuesta institucional adecuada, el Pleno prefirió, mediante Acuerdo Plenario, modificar de facto el tipo penal, pues señala que: *“Establecer como doctrina legal, los criterios expuestos en los fundamentos jurídicos 6° al 16°.”* Como es claro, lo indicado por el Pleno no corresponde a una interpretación de la norma, es decir no recae su decisión respecto a la primacía de una posible interpretación, sino que recae sobre un agregado inexistente y, por lo tanto, se produce la creación legal de una norma penal en sede judicial. Por si esto no fuese poco, establece que los fundamentos 6 al 16 serán doctrina legal, lo cual resulta dañino en tanto el razonamiento expuesto por el Pleno en su Acuerdo Plenario es extremadamente sinuoso y poco claro, obscureciendo la norma penal y, violando igualmente la obligación de publicidad de la norma penal, pues con el Acuerdo por sí mismo se expande el tipo penal mencionado. Al respecto, véase: Corte Suprema de Justicia de la República. V Pleno Jurisdiccional de las Salas Penales Permanentes y Transitorias - Acuerdo Plenario N° 9-2009/CJ-116. Asunto: Desaparición Forzada. 13 de noviembre de 2009. Otro caso similar, lo podemos observar en ciertas decisiones de la Corte Suprema de Justicia. Véase al respecto: Corte Suprema de Justicia – Sala Penal Permanente. R.N. N° 4216-2009-LIMA del 25 de abril de 2011.

respecto, nuestro máximo tribunal no puede señalar lo imprevisible del impacto de sus sentencias en los tribunales ordinarios, pues este tipo de situaciones son comunes en los sistemas judiciales, tal como lo atestigua el voto disidente del Dr. Rodolfo Barra en el caso Albornoz dictado por la Corte Suprema de Argentina⁶⁵⁹, en la que el magistrado expresa: "Que esta Corte ya tuvo oportunidad de señalar que decisiones suyas que alteran sustancialmente la inteligencia de la legislación deben equipararse a cambios en ésta a fin de asegurar que la defensa en juicio sea una realidad en la República (...), porque de lo contrario se daría una grave violación sustancial al privilegio de igualdad ante la ley y al derecho de defensa, análoga a la que procuró evitar esta Corte cuando admitió que aprovecharan a los apelantes recursos interpuestos por terceros, a los efectos de evitar el escándalo jurídico que supondría que quienes son autores de hechos de similar naturaleza, reciban un tratamiento por completo diferente (...)."660

Siendo ello así, el Tribunal Constitucional peruano debe evitar utilizar fórmulas generales en sus sentencias que solo hagan referencia a la necesidad de obtener justicia o razonabilidad, pues el requisito de mínima fundamentación y motivación de las decisiones judiciales que ha señalado como indispensable para los jueces ordinarios también debe cumplirlo éste. Por ello, creemos que el máximo tribunal debe analizar profundamente qué principios del Derecho Penal podrían verse comprometidos por sus decisiones, especialmente cuando ello impacte en la interpretación que otros estamentos del Estado se vean obligados a realizar.

Otro ejemplo claro de esta falta de "técnica legal mínima criminal" del Tribunal Constitucional se produjo en el caso del proceso de inconstitucionalidad en contra de la norma modificatoria del tipo penal de colusión ilegal. La interrogante principal en aquel caso era: ¿Qué hacer

⁶⁵⁹ Corte Suprema de la Nación (Argentina). Sentencia del 10.03.1992. Fallo: 315:276. Caso "Albornoz".

⁶⁶⁰ Voto disidente del Sr. Vicepresidente Segundo Dr. Don Rodolfo C. Barra. Véase: GULLCO, Hernán. *Principios de la Parte General del Derecho Penal – Jurisprudencia Comentada*. Ed. Del Puerto, Buenos Aires, 2006. p. 81.

cuando se emite una norma penal que tiene como finalidad crear impunidad? ¿Qué sucede si aquella norma penal ha producido efectos retroactivos benignos ilegítimos y ha beneficiado un número importante de procesados? ¿Qué sucede si el Tribunal Constitucional declara la inconstitucionalidad de aquella norma? La nueva norma establecida por las atribuciones de legislador negativo del Tribunal Constitucional ¿será retroactiva?

Nosotros creemos que -efectivamente- pueden producirse casos en que el Tribunal Constitucional deberá expulsar una norma por haber sido emitida con el fin de generar impunidad o casos en que se verá forzado a admitir la relativización del principio de legalidad por la misma razón.⁶⁶¹ Este es el caso de las normas de amnistía para casos de violaciones sistemáticas de los derechos humanos, o normas penales que buscan eliminar la responsabilidad de un conjunto de personas. En aquellos casos, como bien ha indicado el Tribunal Constitucional, una norma penal inconstitucional no puede generar efectos retroactivos benignos para los procesados, por lo que nuevamente su enjuiciamiento es posible nuevamente para determinar sus responsabilidades criminales.

⁶⁶¹ Como indica el magistrado Álvarez Miranda: “En el presente caso, como consta en autos, el juez penal no ha determinado porque se configuran los elementos del delito de lesa humanidad, no satisfaciendo así la concurrencia de los elementos de sistematicidad que implicaría la comisión de una multiplicidad de actos conforme a un plan o política preconcebidos como parte de la política estatal antiterrorista del régimen de ese entonces; que el autor haya dado muerte a uno o más personas; y finalmente que el agente haya tenido conocimiento de que su conducta era parte de un ataque generalizado o sistemático. Dicho de otro modo, el juez penal conforme consta en los actuados judiciales (...) califica al delito en cuestión como delitos contra los “Derechos Humanos”, que según los tratados de Derechos Humanos se revelarían como delitos de lesa humanidad y por tanto imprescriptibles sin mayor sustentación. **No obstante, estos hechos deben ser investigados, procesados y sancionados a fin de que no queden impunes pues, si bien no configuran delitos de lesa humanidad al no haber determinado el juez penal los elementos del tipo; ello no le resta su calidad de graves violaciones a los derechos humanos.** Tal como se ha expuesto en las consideraciones previas, las graves violaciones de derechos humanos pueden prescribir conforme al derecho internacional de los derechos humanos, sin embargo, con acuerdo con el fallo en mayoría que considera que la prescripción de la acción penal supone la defensa del individuo contra los excesos del ius puniendi estatal, pero en ningún caso puede ser utilizada con la finalidad de avalar el encubrimiento que el Estado ha realizado frente a los excesos cometidos durante la época del conflicto armado en el Perú.” (Énfasis agregado) Véase: Tribunal Constitucional del Perú. Sentencia Exp. N° 03693-2008-PHC/TC-JUNIN del 5 de mayo de 2011. Voto singular del magistrado Álvarez Miranda, punto 24-26.

Sin embargo, en ciertos casos -como el de colusión- el Tribunal Constitucional no deja establecidas las razones por las que la norma modificatoria del tipo penal de colusión ilegal genera una situación de impunidad. Y es que, el agregado efectuado en aquel tipo penal (el término "patrimonialmente") se efectuó para dotarlo de contornos claros sobre el bien jurídico tutelado, no siendo por sí mismo claro que fuese arbitrario ni irracional, pues la exigencia de un efecto patrimonial en la acción penal venía siendo requerida por los tribunales ordinarios.

Habría sido diferente si el máximo tribunal hubiese contextualizado su decisión en el marco de los otros principios criminales de nuestro ordenamiento. Debe recordarse que toda criminalización requiere cumplir, además del principio de legalidad, con el principio de última *ratio* o carácter fragmentario del Derecho Penal. ¿Habría podido el Tribunal Constitucional argumentar -de forma contundente- la necesidad de penalizar toda acción que supusiese un acto de colusión (como acto de concertación) sin la necesidad del perjuicio patrimonial? Para esto, recordemos que el principio de última *ratio* indica que: "En un Estado social y democrático de Derecho (...) -se afirma- el Derecho penal debe aparecer como la *ultima ratio*, debe encontrarse siempre en último lugar y entrar en juego tan sólo cuando resulta indispensable para el mantenimiento del orden jurídico y de la paz ciudadana. Por la dureza de sus sanciones, que afectan a los bienes más preciados de la persona y son las más drásticas con que cuenta el ordenamiento (...)."662

Si el Tribunal Constitucional hubiese pensado en este principio, ¿habría concluido tan rápidamente que toda acción de concertación debía ser criminalizada? Tal vez sí -o no-, pero lo que sí hubiese sucedido es que nuestro máximo tribunal hubiese tenido que reconocer que la dogmática penal tiene dos formas de entender aquel delito: como un delito de mero peligro o como un delito con efectos patrimoniales concretos. Cada uno de estos explica lo que debe involucrar la acción del imputado para ser considerado responsable del delito, y qué situaciones -aunque cercanas

⁶⁶² FERNÁNDEZ CARRASQUILLA, Juan. *op. cit.*,

al mismo- no lo son, pues no están vinculados al bien jurídico protegido y no son merecedores de punibilidad por el principio de última *ratio* del Derecho Penal. Y si ello hubiese ocurrido, lo más probable es que el Tribunal Constitucional hubiese reconocido que constitucionalmente aquella materia –puramente criminal–, en principio, no correspondía ser definida en sede constitucional.

En ese sentido, si el máximo tribunal consideraba que el agregado “patrimonialmente” restringía, inconstitucionalmente la tipificación del delito de colusión ilegal, la ampliación del tipo habría tenido que ser justificado de forma más técnica. No basta, pues, que el máximo tribunal considere que un tipo penal es poco criminalizador para así pasar a modificarlo. El Tribunal Constitucional, además del principio de legalidad, debe tener presente una serie de principios criminales que son aplicables a la actividad creadora de normas penales.

Lo cierto es que aquellos principios le son extraños al Tribunal Constitucional, pues su función original no es la de construir normas penales, sino la de controlar constitucionalmente aquella actividad constructora efectuada por los órganos competentes, como el Parlamento.

Al aceptar que el máximo tribunal puede reformular normas penales (agravando la criminalización de su tipificación) se genera la concertación de competencias: la de creador normativo y la del controlador constitucional en una sola entidad. Y el peor efecto de ello es que ante el error (o ejercicio abusivo de competencias del órgano jurisdiccional) no habrá fórmula alguna de corrección a nivel interno. Con el fin de evitar todo esto, creemos que el máximo tribunal no solo debe respetar el principio de legalidad, sino que –en el caso en que viese absolutamente necesario relativizarlo- deberá explicar cómo su intromisión cumple con cada uno de los principios criminales que le son exigidos al Parlamento nacional; principios que -entre los indicados- incluyen también a los principios de culpabilidad, de publicidad y de humanidad, entre otros.

Finalmente, es importante exigir que el máximo tribunal, –en caso fuese a relativizar el principio de legalidad– cumpla con un “requisito de transparencia y coherencia”. A lo que aludimos con este requisito es que el Tribunal no puede entrar a modificar materia penal como legislador positivo subrepticamente. Esta situación se produce cuando el máximo tribunal efectúa añadiduras normativas mediante sentencias interpretativas, manipulativas o, incluso, cuando resuelve recursos de amparo o *habeas corpus*.

Como hemos indicado, la interpretación se inicia desde la literalidad de la norma, no sobre la base de la reconstrucción o ampliación de la ley. Con ello no queremos decir que el juez deba de regresar al papel de mero expositor de la ley⁶⁶³, sino que su interpretación tiene límites que surgen del orden constitucional en que se enmarca el ejercicio de sus atribuciones. Un ejemplo de la vulneración de esto la hemos podido observar en el caso de Bedoya de Vivanco, caso en el que el Tribunal Constitucional, apartándose de la literalidad de la norma, introduce el concepto de “ejercicio de facto” de la función pública para que pueda configurarse la comisión del delito de peculado. Lo más peligroso de este ejercicio es que no es efectuado en un proceso de inconstitucionalidad o mediante el establecimiento de un precedente (lugares donde tendría que haberse sustentado de forma más clara su posición), sino en un proceso de *habeas corpus* al denegarle el recurso al procesado. Como hemos indicado en su momento, bastaba que el máximo tribunal indicara que el recurso no era amparable debido a que el juez ordinario realizó una interpretación razonable de la norma. Sin embargo, el tribunal entra a dar su opinión respecto al sentido de la norma penal en cuestión. Como bien indicó la magistrada Revoredo: “(...) la usurpación de funciones públicas no convierte al usurpador en funcionario público y que el Artículo 387 del

⁶⁶³ Como recuerda Fontán: “Una vez sancionada la ley penal, es necesario interpretarla, lo cual es tanto como comprender lo que ella dice en abstracto, para ser aplicada al caso concreto (...) Es indudable que cuando a ley se aplica, por la obra de la labor psicológica del juez que la interpreta, la operación se integra con un subjetivismo inevitable. Sin embargo, esta necesidad no fue reconocida en todo tiempo, siendo negada y aun proscripta la labor interpretativa (...). El temor de que esa participación del intérprete pudiera llevar la aplicación de la ley penal más allá de sus verdaderos límites, dio lugar a tesis que propugnaban la prohibición de interpretarla.” Véase: FONTÁN BALESTRA, Carlos. *Tratado de Derecho Penal* – Tomo I (Parte General) 2da. Edición. Ed. Abeledo Perrot. Buenos Aires. p. 235.

Código Penal exige textualmente que el funcionario administre bienes públicos por razón de su cargo. Interpretar lo contrario es apartarse del texto claro, expreso y literal de la ley penal y rozar analogías prohibidas por la Constitución”.⁶⁶⁴

Coincidimos plenamente con aquella opinión porque –además de entrometerse el Tribunal Constitucional, en la competencia exclusiva del juez penal– establece un criterio que, dado el principio de igualdad en la aplicación de la ley penal, los jueces ordinarios tendrán que seguir obligatoriamente frente a casos semejantes. Sin embargo, el problema se genera cuando el Tribunal Constitucional opina sobre el sentido general de la norma penal, lo que hace que su decisión (así no esté enmarcada en una sentencia que establezca un precedente) genere efectos *erga omnes* para todos los operadores judiciales. Lo que importa en este momento es indicar que el Tribunal Constitucional no puede ingresar a modificar sentidos criminales de forma subrepticia. Haberlo efectuado en un proceso de amparo o *habeas corpus* no solo conlleva a una violación al principio de legalidad⁶⁶⁵, sino también una actividad peligrosa y poco transparente. Y es que lo que pareciera ser una simple interpretación normativa de la ley penal (para el caso concreto) se convierte en una extensión analógica de la misma, con efectos generales, dada la problemática que conlleva las interpretaciones generales de las normas

⁶⁶⁴ Tribunal Constitucional del Perú. Sentencia del Exp. N° 2758-2004-HC/TC-Lima. Voto singular de la magistrada Revoredo Marsano. Sentencia. *idem*,

⁶⁶⁵ Téngase en cuenta la opinión del magistrado Urviola respecto a la ampliación de una norma por medio del proceso de amparo: “Asimismo, si bien soy de la opinión de que las sentencias de los procesos constitucionales requieren de mecanismos idóneos para lograr su plena eficacia, tales instrumentos son los previstos en el artículo 22° del Código Procesal Constitucional. Debe recordarse que en el Anteproyecto del Código Procesal Constitucional se previó, en efecto, la medida coercitiva de prisión, pero el legislador finalmente decidió no incorporarla en el artículo antes mencionado. De ahí que resulta cuestionable que, por vía interpretativa, se pretenda reconocer una facultad a los jueces que el legislador, en su momento, decidió no establecer. Resulta, a mi juicio, por ello, bastante arriesgado reconocer, por “vía interpretativa”, esta facultad a los jueces, sin que el Tribunal Constitucional en pleno haya debatido reflexivamente una cuestión tan delicada y de relevancia innegable. El hecho de omitir precisar, por ejemplo, bajo qué parámetros o criterios formales y sustantivos puede dictarse este tipo de medida coercitiva, en los hechos puede resultar contraproducente y dar lugar al ejercicio irrazonable de esta facultad y a privaciones de la libertad arbitrarias. Debo poner de relieve que, a tenor del artículo 2°-24-b de la Constitución, “No se permite forma alguna de restricción de la libertad personal, salvo en los casos previstos en la ley”. Véase: Tribunal Constitucional del Perú. Sentencia Exp. N° EXP. N.° 01152-2010-PA/TC del 3 de octubre de 2012. Voto del magistrado Urviola Hani, punto 3 y 4.

penales. Bien ha indicado Mir Puig sobre los límites de la interpretación y la analogía: “La diferencia entre interpretación (siempre permitida) y analogía (prohibida si perjudica al reo) es la siguiente: mientras que la interpretación es búsqueda de un sentido del texto legal que se halle dentro de su sentido literal posible, la analogía supone la aplicación de la ley penal a un supuesto no comprendido en ninguno de los sentidos posibles de su letra, pero análogo a otros sí comprendidos en el texto legal. La interpretación es lícita aunque resulte extensiva de delitos o penas, o restrictiva de eximentes o atenuantes. Con ello no se sobrepasa el límite de garantía representado por la letra de la ley, porque toda interpretación se mueve dentro de este límite (el sentido literal posible). En cambio, como la analogía traspasa esta frontera no será admisible si perjudica al reo (...).”⁶⁶⁶

Si se produce esto, es decir, si se efectúa la interpretación analógica sobre una disposición penal por parte del Tribunal Constitucional en un proceso de *habeas corpus*, se cae en una actividad poco transparente y finalmente se atenta con otro principio penal vital, como es principio de publicidad de la norma penal, la cual debe ser capaz de ser captada por los individuos para que tenga el efecto intimidatorio que la norma penal debe ejercer. En ese sentido, el Tribunal Constitucional, aun cuando pudiese creer que existe falta de tipificación penal al tratar de solucionar aquello por sí mismo y de forma poco transparente, colisiona con un principio estructural del Derecho Penal, como es la prohibición de la analogía y, como consecuencia, viola el principio de publicidad de la norma penal, y esta, sin cumplimiento, se torna en inefectiva.

A decir de Antolisei: “(p)rescindiendo de toda indagación estrictamente política del problema, discusión que, por lo demás, se ha manifestado muy poco concluyente, contra el principio de legalidad y contra la consiguiente prohibición de la analogía se ha observado que beneficia a

⁶⁶⁶ MIR PUIG, Santiago *op. cit.*, p. 95-96. Agrega el autor: “Cuando favorezca al reo (analogía in bonam partem) no chocará, en cambio, con el sentido de límite garantizador que posee el texto legal: dicho límite sólo persigue garantizar al ciudadano que no podrá verse afectado por una pena que no se halle prevista por la letra de la ley, y no que no pueda ser castigado menos o incluso eximido de pena sino lo prevé literalmente la ley.”

quienes actúan al margen de la ley y saben aprovecharse sus imperfecciones. Son individuos muy peligrosos, que, habiendo encontrado nuevos caminos para delinquir, llegan a cometer acciones socialmente perjudiciales, y se escapan de las redes del Código. Se ha sostenido, en cambio, que la prohibición de la analogía es una consecuencia necesaria de los principios fundamentales que informan el derecho penal, ya que la pena no puede ejercer la eficacia intimidatoria que es inherente a su conminación si la ley no indica clara y taxativamente los hechos prohibidos.”⁶⁶⁷

Por todo ello y por otras razones que por falta de espacio no profundizaremos, el Tribunal Constitucional debe abstenerse de emitir decisiones con efectos normativos “empaquetados” en el marco de una “interpretación común”. Cuando el juez constitucional –dejando de lado el principio de legalidad penal– decide emplear una analogía en base a una norma penal, no debe ocultar el carácter normativo de ello. Todo lo contrario, debe hacerlo por medio de las vías institucionales adecuadas, lugar en donde tendrá que efectuar un análisis riguroso de su necesidad y el impacto de aquella opción en el ordenamiento legal en general.

Ahora bien, esto no implica que pensemos que está totalmente prohibido el recurso a la analogía por parte del juez constitucional. Como hemos indicado, la prohibición del recurso a la analogía en materia penal deriva del principio de legalidad, que no es absoluto. Los casos en donde se tenga que dejar atrás aquella prohibición podrán existir excepcionalmente. Sin embargo, es imposible prever de ante mano los supuestos en los que esta prohibición básica podría ser obviada.

Como Antolisei indica: “A nuestro modo de ver, el problema no se puede resolver en el plano jurídico, sino exclusivamente en el terreno de la oportunidad práctica. Desde este punto de vista la abolición de la prohibición de la analogía presenta la ventaja de evitar que quede impune algún hecho que la conciencia social conceptúa merecedor de penal, pero

⁶⁶⁷ ANTOLISEI, Francesco. *Manual de Derecho Penal – Parte General*. 8va Edición. Edit. Temis. Bogotá. 1988. p. 45.

tiene el inconveniente de aumentar los poderes del juez, que en ocasiones también han llegado a hacerse demasiado amplios. ¿Será cosa de dar un paso más, y desvincular al juez también del principio de legalidad estricta? A nosotros nos parece que a esta pregunta no se le puede dar una respuesta válida para todos los tiempos y lugares. La solución dependerá de las condiciones particulares de cada país en cada época (...).⁶⁶⁸

No solo es difícil determinar cuándo puede (y cuando no puede) efectuarse una analogía de la norma penal, sino también diferenciar la actividad interpretativa del juez de una labor analógica. García Caveró lo ha indicado de forma precisa:“(...) interpretación y analogía no constituyen dos conceptos diferenciados, sino que finalmente resultan siendo lo mismo. Por lo tanto, no se trata de establecer los límites entre una interpretación conforme al tenor de la ley y analogía más allá de dicho tenor, sino que ahora se habla, más bien, de una analogía permitida y de una analogía prohibida.”⁶⁶⁹ Aunque no creemos que ambos constituyan conceptos análogos, definitivamente tienen un punto en común, que es la actividad interpretativa. Solo que en un caso la interpretación legal se delimita dentro del texto de la norma (es decir, aunque pueda encontrarse sentidos más allá de la literalidad de la provisión, esta se inicia dentro de los términos usados por la norma) mientras que, en el otro, se incluyen nuevos elementos y términos para crear una norma antes inexistente.

La dificultad de diferencias entre ambos ejercicios (o cualquier ejercicio que rebase los límites interpretativos del juez) no implica que no existan criterios que delimiten las acciones de los mismos. El mismo Tribunal Constitucional ha tenido la oportunidad de dar ciertas luces al respecto. Así, en un caso de Violación Sexual de Menor de Edad⁶⁷⁰, visto por el Tribunal Constitucional en el año 2012, nuestro máximo tribunal se vio obligado a fallar sobre la constitucionalidad de la Ley N° 28704, norma que modificó el artículo 173, inciso 3) del Código Penal. La modificación

⁶⁶⁸ *Idem.*, p. 46.

⁶⁶⁹ GARCÍA CAVERO, Percy *op. cit.*, p. 167.

⁶⁷⁰ Tribunal Constitucional. Exp. N° 00008-2012-PI/TC del 12 de diciembre de 2012.

ivo entre otros fines, penalizar cualquier tipo de relación sexual sostenida con adolescentes con prescindencia del consentimiento de estos. El artículo 1 de la Ley N° 28704 establecía lo siguiente:

Modifícase los artículos (...) 173 (...) del Código Penal, cuyo texto en lo sucesivo será el siguiente:

(...)

Artículo 173.- Violación sexual de menor de edad.

El que tiene acceso carnal por vía vaginal, anal o bucal o realiza otros actos análogos introduciendo objetos o partes del cuerpo por alguna de las os primeras vías, con un menor de edad, será reprimido con las siguientes penas privativas de libertad.

(...)

3. Si la víctima tiene entre catorce años de edad y menos de dieciocho, la pena será no menor de veinticinco ni mayor de treinta años.

(...)⁶⁷¹

Según los argumentos del demandante, "(...) una forma correcta de proteger la indemnidad sexual sería penalizar las relaciones no consentidas, incluso con penas gravísimas, pero que en ningún caso debe incidirse innecesariamente en el ejercicio libre de la sexualidad."⁶⁷² El Tribunal Constitucional tuvo que determinar si la disposición penal en cuestión constituía una intervención injustificada en el derecho al libre desarrollo de la personalidad. Dentro de todos los puntos analizados por el máximo tribunal, el de interés para nosotros es el argumento del defensor del Estado, en el sentido de que existiría una interpretación que podría evitar la declaración de inconstitucionalidad de la disposición penal cuestionada. Esto implicaría un ejercicio que permitiría cambiar el bien jurídico tutelado, desde la "indemnidad sexual" a la "libertad sexual", caso

⁶⁷¹ Ley 28704 - Ley que Modifica Artículos del Código Penal Relativos a los Delitos contra la Libertad Sexual y Excluye a los Sentenciados de los Derechos de Gracia, Indulto y Conmutación de la Pena.

⁶⁷² Tribunal Constitucional. Exp. N° 00008-2012-PI/TC. *op. cit.*

en el que se podría aceptar el consentimiento del agraviado como eximente de responsabilidad.

Este argumento abrió la puerta al máximo tribunal para pronunciarse sobre ciertos puntos de interés para nuestra investigación. En especial, lo siguiente:

“Asumir que el legislador penal sea el órgano competente para determinar discrecionalmente las conductas punibles y las respectivas sanciones no implica admitir que la discrecionalidad (...) sea absoluta pues, como ya se ha mencionado, se encuentra limitado, al igual que todo poder constituido, mediante los principios constitucionales penales contenidos en la Norma Fundamental (...)

El control jurisdiccional de la estricta observancia del respeto a dichos límites se encuentra a cargo del Tribunal Constitucional (...) así como también del Poder Judicial. (...) En cuanto a los tipos de decisiones que pueden expedir tales órganos, en la actualidad se ha superado la clásica distinción entre decisiones estimatorias y desestimatorias, para dar a lugar a una clasificación que, sin dejar de lado las ya mencionadas, ha identificado las denominadas decisiones “interpretativas” en general. Mediante tales sentencias, los tribunales constitucionales evitan crear vacíos y lagunas de resultados funestos. (...)

Esta actividad interpretativa de la jurisdicción respecto de la legislación penal no está exenta de peligros. El mayor de ellos es desnaturalizar o remplazar en todo, vía interpretativa, el contenido normativo establecido por el legislador (...) al dictar una determinada disposición penal, pues ello no solo afectaría el principio de legalidad penal (...) sino que también afectaría el principio democrático representativo (...) así como el principio de corrección funcional (...).⁶⁷³

(Énfasis y subrayado agregado)

⁶⁷³ Tribunal Constitucional. Exp. N° 00008-2012-PI/TC del 12 de diciembre de 2012, fundamentos. 56-58.

Como bien indica el Tribunal Constitucional, el Parlamento, así como todo poder constituido, se encuentra limitado por los principios constitucionales penales. Esto implica que la labor del Tribunal Constitucional como órgano constituido, también se encuentra vinculada por aquel principio. Esto es exactamente lo que hemos indicado líneas arriba. Pero no solo eso: el Tribunal Constitucional señala correctamente que la actividad interpretativa jurisdiccional de la legislación penal no está exenta de peligros, siendo el mayor de estos, desnaturalizar o remplazar en todo la norma penal. Por anecdótico que pudiera parecer, el Tribunal Constitucional, mediante sus sentencias "interpretativas", ha efectuado más de una vez modificaciones substanciales de la norma penal (reemplazando en todo o en parte el sentido propio de la norma), alejándose así de su actividad interpretativa para ingresar a crear normas. El método más común que ha empleado el Tribunal para ello es el analógico.

En ese sentido, la analogía se encuentra lejos de una interpretación común.⁶⁷⁴ Como bien indica García Caveró: "(l)a ley, como sabemos, tiene un nivel de generalización y deja al juez la tarea de especificar en el caso concreto los elementos del tipo penal. El juez no puede, por tanto, realizar una mayor generalización de los elementos del tipo penal, de manera que amplíe el ámbito de aplicación de la ley penal, para un supuesto concreto. Si el juez penal generaliza más los conceptos utilizados por la ley penal con la finalidad de incluir un determinado hecho concreto en el ámbito de regulación de la ley penal, entonces habrá realizado una analogía prohibida por el Derecho Penal."⁶⁷⁵ Creemos que es correcto lo indicado por este autor: es posible diferenciar una interpretación de una analogía y, por lo tanto, diferenciar la primera de la creación de una norma que antes no existía. Pero como hemos indicado,

⁶⁷⁴ Véase: SÁNCHEZ FERRO, Susana. *Analogía e Imperio de la Ley*. En Anuario de Filosofía del Derecho. Vol. XIV 1997. pp. 651-676. GUASTINI, Riccardo *Estudios sobre la Interpretación Jurídica* (Trad. Marina Gascón y Miguel Carbonell) Universidad Nacional Autónoma de México. Ciudad de México. 1999. ATIENZA, Manuel. *Algunas Tesis sobre la Analogía en el Derecho*. En DOXA. N° 2 1985. pp. 223-229.

⁶⁷⁵ GARCÍA CAVERO, Percy, *op. cit.*, p. 169.

esta actividad prohibida podrá ser ejercida en situaciones límite cuando se requiera que el principio de legalidad admita una excepción.

Sin embargo, aquel ejercicio no puede realizarse subrepticamente ni mucho menos de forma poco técnica. Aún más, no solo la analogía desfavorable al reo en sede judicial, sino todo acto de creación normativa por parte del Tribunal Constitucional, deberá ser excepcional, técnicamente idónea y transparente, por lo que es importante que el máximo tribunal verifique todos los principios constitucionales y penales que pudiesen ser afectados con su decisión. Solo teniendo en cuenta ello podrá determinar si la excepción aplicable al principio de legalidad penal es legítima desde el punto de vista de nuestra norma fundamental. Esto se desprende del funcionamiento de nuestro ordenamiento constitucional y ha sido reconocido por el Tribunal Constitucional en el caso antes mencionado (Violación Sexual de Menor de Edad) en los siguientes términos: “Ciertamente la argumentación que utiliza el principio de interpretación favorable al reo puede y debe ser utilizada en materia argumentativa penal, pero no por ello se legitima cualquier decisión interpretativa que adopte la jurisdicción. En general, antes de aplicar dicho principio de favorabilidad entre dos posiciones normativas es indispensable verificar que dichas posiciones sean compatibles con la Constitución.”⁶⁷⁶

Si lo indicado por el Tribunal Constitucional es aplicable para el ejercicio interpretativo “normativo” favorable al reo, lo es aún más cuando aquel ejercicio le sea desfavorable. Como es claro, lo previamente indicado debe ser obligatorio no solo para los jueces ordinarios, sino también para la actividad del juez constitucional. Por ello, señalamos que uno de los requisitos que el Tribunal Constitucional debe cumplir al momento de exceptuar el principio de legalidad es cumplir con el “requisito de coherencia”, es decir, el máximo tribunal debe cumplir los propios criterios que éste ha establecido respecto a la actividad interpretativa penal en sede ordinaria.

⁶⁷⁶ Tribunal Constitucional del Perú. Sentencia Exp. N° 00008-2012-PI/TC del 12 de diciembre de 2012, fundamento. 59.

Por todo lo explicado en esta sección, creemos que las sentencias interpretativas provenientes del Tribunal Constitucional deben ser restrictivas y excepcionales. Lo que indicamos no constituye una exageración y es posible defenderlo legalmente, pues el mismo tribunal ha indicado que: “En materia penal, las decisiones interpretativas de la jurisdicción se enfrentan con uno de sus límites constitucionales más claros: el principio de legalidad penal. (...) En ese sentido, *prima facie*, la jurisdicción en su actividad de control e interpretación de las leyes penales no puede: i) crear nuevos delitos vía interpretativa; ii) identificar sentidos interpretativos que cambien por completo o desnaturalicen el contenido normativo establecido por el legislador en la disposición penal o cambien el bien jurídico tutelado por el legislador penal; iii) identificar sentidos interpretativos *in malam partem*, salvo que previamente se haya determinado que el único sentido interpretativo identificado, que impidió la declaratoria de inconstitucional de la disposición, sea conforme con la Constitución (...). En materia penal, en el caso de las decisiones aditivas, el principio de legalidad penal tiene un mayor peso axiológico frente a la actividad jurisdiccional de creación normativa complementaria propia de este tipo de decisiones. En ese sentido, el Tribunal Constitucional considera que, *prima facie*, la jurisdicción no puede emitir decisiones aditivas cuando controle leyes penales pues ello afectaría el principio de legalidad penal, al relegar al legislador penal como órgano competente en la formulación de la política criminal del Estado (...).”⁶⁷⁷

No entendemos qué hizo que el máximo tribunal dejara de lado su propia jurisprudencia constitucional, cuestión que plantea la asunción del auto-

⁶⁷⁷ Tribunal Constitucional del Perú. Sentencia Exp. N° 00008-2012-PI/TC del 12 de diciembre de 2012. Fundamento. 67-69. Lo indicado por el máximo tribunal es aplicable así mismo para el caso de las sentencias sustitutivas. El tribunal indica: “Por su parte, una decisión sustitutiva es aquella en que el órgano jurisdiccional declara la inconstitucionalidad parcial de una ley y, simultáneamente, incorpora un reemplazo o relevo del contenido normativo expulsado del ordenamiento jurídico; vale decir, dispone una modificación o alteración de una parte literal de la ley. (...) En materia penal, sucede algo similar al tratamiento de las decisiones aditivas, por lo que son de aplicación las mismas consideraciones expresadas con relación a aquellas, quedando, *prima facie*, restringida la posibilidad de que la jurisdicción emita decisiones sustitutivas cuando controle leyes penales, toda vez que ello afectaría el principio constitucional de legalidad penal.” Véase: Fundamentos 70-71 de la misma sentencia.”

precedente y la forma como puede desvincularse el máximo tribunal de sus propias decisiones.⁶⁷⁸

Sea como fuese, queda claro que la excepcionalidad del recurso interpretativo (aditivo) por parte de los tribunales ha sido establecida. Pero es igualmente claro que solo en *prima facie*, lo cual implica que podrían existir casos en que esas limitantes podrían ceder frente a las necesidades de justicia que un caso podría plantearle al máximo tribunal. En aquellos casos, una correcta manera de delimitar la actividad interpretativa (y normativa) del Tribunal Constitucional (especialmente para los casos que involucran la adición o eliminación de secciones de una norma bajo análisis, sea por analogía u otro mecanismo similar) será que este verifique los requisitos antes indicados: i) Requisito de Excepcionalidad - Integridad, ii) Requisito de Contextualización, iii) Requisito de Estricto Alcance, iv) Requisito de Criterio de Necesidad Imperiosa de Preferencia, v) Requisito de Técnica Legal Mínima Criminal y vi) Requisito de Transparencia y Coherencia.

Creemos que aquellos criterios y la forma cómo se vinculan con los principios penales generales de nuestro ordenamiento, son la principal contribución de la presente investigación.

⁶⁷⁸ Al respecto, véase: TARUFFO, Michelle. *Precedente y Jurisprudencia*. En *Precedente - Anuario Jurídico* 2007. p. 94. Disponible en: http://bibliotecadigital.icesi.edu.co/biblioteca_digital/handle/10906/2180. Consultada el 20 de octubre de 2015. El autor indica con corrección: “peculiar e interesante de precedente horizontal se encuentra en el llamado auto-precedente, es decir, en los precedentes emanados de la misma corte que decide el caso sucesivo. El problema puede concernir a cualquier juez, sin embargo se presente en particular para las cortes supremas, donde surge la pregunta si dicho auto-precedente es o debe ser en alguna forma vinculante a los mismos precedentes. Una respuesta positiva a esta pregunta parece justificada, esencialmente sobre la base de la necesidad de que casos iguales sean tratados del mismo modo por parte del mismo juez. Una corte que, sobre la misma cuestión, cambiase cada día de opinión tendría escasa influencia y violaría cualquier principio de igualdad de los ciudadanos de cara a la ley.”

CONCLUSIONES

1. La revolución que plantea el paradigma constitucional evidencia el debilitamiento del legislador frente los contenidos que establece la norma fundamental del Estado, y genera por la naturaleza de las normas constitucionales, un mayor protagonismo judicial, especialmente de las Cortes y Tribunales Constitucionales.
2. En el control constitucional se afectan y relativizan principios, que en algún momento fueron considerados absolutos, entre ellos, el principio de legalidad penal, en todos sus alcances (ley previa, ley cierta, ley estricta y ley escrita), así como el principio de reserva legal, íntimamente relacionados con el principio democrático y de representatividad.
3. La intervención de los Tribunales o Cortes Constitucionales con mayores facultades a las que inicialmente se pensaron en defensa de la Constitución, los colocan en posición de legisladores positivos, con intervenciones “activistas” y “creativas” que pueden poner en riesgo al Estado Constitucional, principalmente al afectar el equilibrio de poder, por los conflictos que puede generar con el Ejecutivo, el Legislativo y la Justicia Ordinaria.
4. De acuerdo a los casos analizados, la procedencia y convicciones de los magistrados, así como la evaluación de las consecuencias de su decisión en base a determinado contexto o coyuntura pueden determinar interpretaciones o medidas que no sólo exceden sus facultades sino que distorsionan el sistema jurídico, generando en algunos casos posiciones únicas, rebatibles e imposibles de sostener en situaciones semejantes; y de ese modo afectan la previsibilidad de la justicia y la minan la confianza ciudadana.

5. El principio de legalidad penal está dentro del conjunto de garantías que un Estado Constitucional debe ofrecer a sus ciudadanos y se constituye en un importante límite al poder; sin embargo, el no tomarlo en consideración en sentencias emitidas por los Tribunales Constitucionales de carácter normativo y con contenidos penales (aditivas, reductoras e interpretativas, entre otras) permite evidenciar una grave contradicción en el sistema de control constitucional.
6. En Estados donde la institucionalidad es débil y existen grandes problema de corrupción, el debilitamiento de un principio tan importante como el de legalidad penal, puede conllevar a una situación de descontrol y abuso de poder.
7. Es necesario que como todo poder, el constitucional, también tenga límites, los que se pueden manifestar de modo implícito o explícito, con el fin de que existan espacios en los que la intervención constitucional no sea posible, o sólo en determinados supuestos, o bajo ciertas condiciones.
8. A lo largo de la historia del Derecho se ha observa la relativización del principio de legalidad penal en sus diversos aspectos como ley previa (retroactividad) o ley cierta (diversas interpretaciones por vaguedad o indeterminación del enunciado normativo) sólo cuando sea en beneficio del reo, es decir, ante la presencia del principio de favorabilidad, que nos permite recordar la importancia del ser humano para el Estado y la sociedad; pero también se puede observar el mantenimiento absoluto del principio de reserva legal, esto es, que sólo el legislador pueda establecer los delitos y penas, dada las condiciones de representación, generalidad y publicidad que ofrece la ley, y fueron dadas pensando en el ciudadano y no en el Estado. Actuar de otro modo, sería dejar al ciudadano sin esas garantías que legitiman cualquier intervención punitiva del Estado; salvo que sea como indica el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos para sancionar crímenes "atrocés" para la humanidad.

RECOMENDACIONES

1. Al ser los Tribunales o Cortes Constitucionales poderes constituidos deben tener límites, siendo necesario considerar como uno de los más importantes el principio de legalidad penal, en virtud del cual, o se implementa una proscripción expresa de emitir sentencias normativas en dicha materia, o el control constitucional se realiza de modo preventivo o *a priori*, y en este último caso, se tendría que realizar la reforma constitucional en el Perú, que así lo permita.
2. Los límites para que la Justicia Constitucional no afecte el principio de legalidad penal, de darse en torno a sólo permitir que cumpla una función de legislador negativo, y de ningún modo positivo a través de sentencias normativas o interpretaciones “creativas”, implica el tomar en consideración aspectos propios de la especialidad penal que para adoptar una medida toma en consideración la contextualización, la excepcionalidad, la exclusiva protección de bienes jurídicos, la publicidad e igualdad, así como la técnica legal mínima criminal y el mantener la transparencia y coherencia en el desarrollo del sistema punitivo.
3. De realizarse un control preventivo o previo, con la presencia de los expertos constitucionales y penales, sería posible no dar pasos inciertos en la política estatal tanto para la protección de derechos fundamentales como para criminalización de determinadas conductas. Dicho control preventivo debiera tener como sede el Parlamento a través de una comisión especializada.

BIBLIOGRAFÍA

1. **AARNIO, Aulis.** *Reglas y Principios en el Razonamiento Jurídico.* En Anuario da Facultade de Dereito da Universidade da Coruña Nº 4. 2000. p. 594.
2. **ABANTO VÁSQUEZ, Manuel.**
 - *Acerca de la Teoría de Bienes Jurídicos.* En Revista Penal. Nº 18. 2006.
 - *Autoría y Participación y la Teoría de los Delitos de Infracción del Deber.* En: *Revista Penal* Nº 14. 2004. MAÑALICH, Juan Pablo. *La Malversación de Caudales Públicos y el Fraude al Fisco como Delitos Especiales.* En: *Política Criminal* Vol. 7, Nº 4. 2012. pp. 357-377.
3. **ADRIÁN CORIPUNA, Javier.** *Relaciones entre el Tribunal Constitucional y el Poder Judicial. El valor de la jurisprudencia vinculante.* En Gaceta del Tribunal Constitucional Nº 2. Abril – Junio de 2006.
4. **AFONSO DA SILVA, Virgilio** (2013). *Control del Poder Judicial. Ponderación y Objetividad en la interpretación constitucional.* En: *El control del Poder. Libro Homenaje a Diego Valadés.* Lima, Grijley. Tomo I. Pág. 543.
5. **AGUILÓ, Josep.**
 - *Interpretación Constitucional. Algunas Alternativas Teóricas y una propuesta.* En: DOXA 24. 2001.
 - *La Constitución del Estado Constitucional.* Lima – Bogotá. Palestra-Temis, 2004.
6. **AJA, Eliseo** (1998). Prólogo. En *Las tensiones entre el Tribunal Constitucional y el Legislador en la Europa Actual.* Barcelona. Editorial Ariel. P. XXV.

7. **ALCÓCER POVIS, Eduardo.** *La Autoría y Participación en el Delito de Peculado. Comentarios a partir del Caso Montesinos-Bedoya.* En Obras Portales - Derecho Penal - Université de Fribourg. Disponible en: https://www.unifr.ch/ddp1/derechopenal/obrasportales/op_20110907_01.pdf . Consultado el 20 de agosto de 2015.
8. **ALCÓCER POVIS, Eduardo.** *El Engaño y el Perjuicio en el Delito de Colusión Desleal. ¿Elementos del Tipo Penal?".* En Obras Portales - Derecho Penal - Université de Fribourg. p. 7. Disponible en: https://www.google.com.pe/search?q=ALC&oq=ALC&aqs=chrome..69i57j69i60l2j69i61j69i60j69i61.2783j0j4&sourceid=chrome&es_sm=93&ie=UTF-8. Consultado el 20 de agosto de 2015.
9. **ALDUNATE LZANA, Eduardo.** *La Fuerza Normativa de la Constitución y el Sistema de Fuentes del Derecho.* En Revista de Derecho XXXII. Valparaíso. 2009.
10. **ALEXY, Robert.**
 - *Sistemas Jurídicos, Principios Jurídicos y Razón Práctica.* En Doxa: Cuadernos de Filosofía del Derecho N° 5. 1988. 2012. p. 141.
 - *Teoría de los Derechos Fundamentales.* Madrid - Centro de Estudios Políticos y Constitucionales. 2001.
11. **ALVARADO VELLOSO, Adolfo.** *El Debido Proceso.* Editorial San Marcos y EGACAL. 2010.
12. **ÁLVAREZ CONDE, Enrique.** *Curso de Derecho Constitucional.* Volumen I (El Estado Constitucional, el sistema de fuentes, derechos y libertades) Madrid: Tecnos, 3ª Ed. 1999. p. 138.
13. **ÁLVAREZ GARCÍA, Javier.** *Sobre el Principio de Legalidad.* Tirant lo Blanch. 2009. p. 198.

14. **ÁLVAREZ PÉREZ, Víctor Manuel.** *Alcances y aplicación de los principios de legalidad y de tipicidad en el Derecho Penal y su concordancia con la supremacía constitucional.* En *El Principio de Constitucional de Legalidad y su Aplicación en el Derechos Administrativo, Penal y Tributario* (Varios Autores). Gaceta Jurídica, 1ra Ed. Lima, Perú. 2013.
15. **ANTOLISEI, Francesco.** *Manual de Derecho Penal – Parte General.* 8va Edición. Edit. Temis. Bogotá. 1988. p. 45.
16. **ARAGÓN REYES, M.** *El Juez Ordinario entre Legalidad y Constitucionalidad* AFDUAM I, 1997. p. 191; **GARCÍA RUÍZ, J. y GIRÓN REGUERA, E.** *Sistema Constitucional de Fuentes del Derecho.* En: *Apuntes de Derecho Constitucional I.* 2002. p. 11; **FERMANDOIS VOHRINGE, Arturo.** *op. cit.*, p. 298 y **BASCUÑAN RODRÍGUEZ, Arturo.** *El Principio de distribución de competencia como criterio de solución de conflictos de normas jurídicas.* En *Revista Chilena de Derecho.* Número Especial. 1998. p. 43.
17. **ARAGÓN, Manuel.**
 - *Sobre las nociones de supremacía y supralegalidad.* En *Revista de Estudios Políticos* N° 50. Madrid. 1986.
 - *La interpretación de la Constitución y el carácter objetivado del control jurisdiccional.* En: *Revista Española de Derecho Constitucional* N° 17, mayo – agosto, 1986.
18. **ARMENTA DEU, Teresa.** *El proceso penal: nuevas tendencias, nuevos problemas*
<http://noticias.juridicas.com/areas/55Derecho%20Pnal/10Art%Eculos/200310285515791032279.html> [Consulta: 30/07/14].
19. **ARROJO ZAPATERO, Luis.** *Principio de Legalidad y Reserva de Ley en Materia Penal.* En *Revista Española de Derecho Constitucional* Año 3, N° 8. 1983. pp. 9-10.

20. **ASTUDILLO, César.** *Del control formal al control material de la reforma constitucional.* Madrid. Centro de Estudios Políticos y Constitucionales. 2002.
21. **ATIENZA, Manuel.**
- *Algunas Tesis sobre la Analogía en el Derecho.* En DOXA. N° 2 1985. pp. 223-229.
 - *Analogía y Derecho Penal.* En Diario el País, del 06 de abril de 1989, en sección de opinión; MIR PUIG, Santiago. *Derecho Penal - Parte General.* Barcelona. Séptima Edición. 2004. p.145 y
 - *Argumentación y Constitución.* En [http://www, uah.es/filder/manuel_atienza.pdf](http://www.uah.es/filder/manuel_atienza.pdf). p. 56. Visitada el 09 de mayo de 2013.
 - *Argumentación y Constitución.* En La Ciencia del Derecho Procesal Constitucional. Estudios en Homenaje de Héctor Fix Zamudio (Coord. Eduardo Ferrer Mac-Gregor y Arturo Zaldívar) México: Marcial Pons. 2008. pp. 21-54.
22. **BACHOF, Otto.** *Nuevas reflexiones sobre la jurisdicción constitucional entre derecho y política.* En *Boletín Mexicano de Derecho Comparado.* Año XIX, número 57, UNAM- Instituto de Investigaciones Jurídicas, México, 1986, p. 844-
23. **BACIGALUPO ZAPATER.** *Principios del Derecho Penal.* Cuarta Edición, 1997, p. 44; p. 81
24. **BACIGALUPO, Enrique.** *Manual de Derecho Penal, Parte General* Temis. Bogotá, 1989, p.35;
25. **BALCÁZAR QUIROZ, José.** *El Delito de Peculado de Uso: Comentario a la Sentencia que Condena al Alcalde de Chiclayo Roberto Torres Gonzáles.* En *Gaceta Penal y Procesal Penal.* Tomo 36 – Junio 2012. pp. 137-138.

26. **BALDO LAVILLA, Francisco.** *Estado de Necesidad y Legítima Defensa.* Barcelona, 1994. p. 382.
27. **BARATTA, Alessandro.** *La Jurisprudencia y la Ciencia Jurídica como Fuente del Derecho.* En *Las Fuentes del Derecho* (Ed. A. Baratta; D. Grimm y F. Rubio Llorente) Anuario de la Facultad de Derecho. Estudi General de Lleida. Barcelona. 1983. p.p. 49-50.
28. **BARROSO, Luís.** *O triunfo tardio do Direito Constitucional no Brasil.* En *Consultor Jurídico.* [www. Conjur.com.br](http://www.Conjur.com.br). publicado 26 de abril de 2006.
29. **BASSIOUNI, Cherif.** *Crimes Against Humanity: Historical Evolution and Contemporary Application.* Cambridge University Press - Cambridge. 2011. p. 297.
30. **BECCARIA, C.** *De los delitos y de las penas.* Torino, EINAUDI. 1981.
31. **BELDA PÉREZ-PEDRERO.** *Los Límites a la Reforma Constitucional ante Propuestas más Propias de una Revolución.* En *Teoría y Realidad Constitucional – UNED.* Nº 29, 2012. p. 262.
32. **BERNAL CANO, Natalia.** *Algunas Reflexiones sobre el Valor de la Jurisprudencia como Fuente Creadora de Derecho.* En *Cuestiones Constitucionales - Revista Mexicana de Derecho Constitucional.* Nº 28. 2013. pp. 365-383.
33. **BERNAL PULIDO, Carlos.** *Los Derechos Fundamentales y la Teoría de los Principios. ¿Es la Teoría de los Principios la Base para una Teoría Adecuada de los Derechos Fundamentales de la Constitución Española?* En *DOXA Cuadernos de Filosofía del Derecho* Nº 30. 2007. p. 277.
34. **BERNALES BALLESTEROS, Enrique.** En *El enfoque de los derechos humanos en las políticas públicas.* Comisión Andina de Juristas. Lima, 2004.

35. **BERTHELEMY, Duez.** *Traité Elémentaire de droit constitutionnel.* París. 1933. p. 74;
36. **BETEGON, Jerónimo, GASCÓN Marina, DE PÁRAMO, Juan Ramón, PRIETO, Luis.** *Lecciones de Teoría del Derecho.* Madrid: McGraw-Hill. 1997. p. 285.
37. **BIDART CAMPOS, Germán**
- *Ciencia Política y Ciencia del Derecho Constitucional. ¿Unidad o Dualidad?* Buenos Aires, Ediar. 1982.
 - *La interpretación y el control constitucional en la jurisdicción constitucional.* Buenos Aires. EDIAR, 1987. p. 31.
38. **BISCARETTI DI RUFFIA, P.**
- *Diritto Costituzionale.* Décimo Cuarta Edición. Nápoles. 1986.
 - *Derecho Constitucional.* Madrid, Editorial Tecnos. Nº 67. 1987.
39. **BLANCO VALDÉS, Roberto.** *El Valor de la Constitución* Madrid. Editorial Alianza. 2006. p. 245 y
40. **BOIX REIG, Javier.** *El Principio de Legalidad en la Constitución.* En Cuadernos de la Facultad de Derecho. 1983, Vol. 4. p. 9.
41. **BREWER CARÍAS, Allan R.** *Los Aportes de la Revolución Francesa al Constitucionalismo Moderno y su Repercusión en Hispanoamérica a comienzos del siglo XIX.* En *Ars Bonit et aequi* Nº 2. 2011. p. 128.
42. **BUENDÍA VALENZUELA, Juan Paulino.** *Revista RAE Jurisprudencia.* Tomo. 20 - Febrero 2010, Año II. Edición Caballero Bustamante. pp. 187-195. Disponible en: <http://blog.pucp.edu.pe/blog/juanbuendiavalenzuela/2011/01/27/el-delito-colusion-desleal/>.
43. **BURDEAU, George.** *Derecho Constitucional e Instituciones Políticas.* Madrid. Editorial Nacional, 1981. p. 163.

44. **BUSTOS R., Juan.** *Introducción al Derecho Penal.* Temis. Bogotá, 1986, p. 62 y
45. **BUSTOS RAMÍREZ, Manuel.** *Derecho Penal – Parte General,* p. 71. CERESO MIR, José, *Curso de Derecho Penal Español* Madrid. 1981. p. 221;
46. **CABALLERO BRUN, Felipe.** *Derecho Penal Sustantivo y Efectos en el Tiempo de la Sentencia del Tribunal Constitucional que Declara la Inconstitucionalidad de un Precepto Legal.* En Revista de Derecho. Vol. XIX, N° 2. 2006. pp. 161-185.
47. **CÁCERES ARCE, Jorge Luis.** *El Tribunal Constitucional y su Desarrollo Constitucional.* En Revista Pensamiento Constitucional. Vol. 19, N° 19. 2014. pp. 231-249.
48. **CALANDRINO, Guillermo.** *Reforma Constitucional.* En Curso de Derecho Constitucional. Buenos Aires. La Ley. 2001.
49. **CANÇADO TRINDADE, Antonio.** *Reflexiones sobre los Tribunales Internacionales Contemporáneos y la Búsqueda de la Realización del Ideal de la Justicia Internacional* Cursos de Derecho Internacional y Relaciones Internacionales de Vitoria-Gasteiz 2011. pp. 17-96. PÉREZ LEÓN, Juan Pablo. *El Individuo como Sujeto de Derecho Internacional. Análisis de la Dimensión Activa de la Subjetividad Jurídica Internacional del Individuo.* En Anuario Mexicano de Derecho Internacional. Vol. VIII. 2008. pp. 599-642.
50. **CANOSA USERA, Raúl.** *La interpretación constitucional como modalidad de control del poder.* En: Libro Homenaje a Diego Valadés. El Control del Poder. Lima, Editorial Grijley, 2012, Volumen I.
51. **CAPELLETTI, Mauro.**
 - *Necesidad y legitimidad de la justicia constitucional.* En: AA.VV. Tribunales Constitucionales Europeos y Derechos Fundamentales. Madrid, 1984

- *Renegar de Montesquieu, la expansión y la legitimidad de la justicia constitucional.* En Revista Española de Derecho Constitucional N° 17, 1986.
 - *Cours Constitutionnelles.* p. 463. Citado por Louis Favoreu. *Los Tribunales Constitucionales.* Barcelona, editorial Ariel. 1994.
52. **CARBONELL MATEU, Juan Carlos.** *Reflexiones sobre el Abuso del Derecho Penal y la Banalización de la Legalidad.* En Homenaje al Dr. Marino Barbero Santos in Memoriam. Ediciones de la Universidad Castilla - La Mancha. Ediciones Universidad Salamanca. 2001. p. 131.
53. **CARBONELL, Miguel y GARCÍA JARAMILLO, Leonardo.** *El Canon Neoconstitucional.* Universidad de Externado de Colombia. Primera Edición. 2010.
54. **CARDENAS, Jaime.** *Acerca de la Legitimidad Democrática del Juez Constitucional.* <http://biblio.juridicas.unam.mx/libros/6/2559/9.pdf>. Visita realizada el 09 de mayo de 2013. p. 82.
55. **CARPIZO, Jorge.**
- *Algunas Reflexiones sobre el Poder Constituyente.* En Estudios en Homenaje al Doctor Héctor Fix-Zamudio en sus Treinta Años como Investigador de las Ciencias Jurídicas. UNAM. Tomo I. 1ra. Ed. 1988. p. 148.
 - *El Tribunal Constitucional y el Control de Reforma Constitucional.* Instituto de Investigaciones Jurídicas de UNAM. México.
 - *Reformas Constitucionales al Poder Judicial Federal y a la jurisdicción constitucional.* En Boletín Mexicano de Derecho Comparado. N° 83, México. 1994.
 - *El Tribunal Constitucional y sus Límites.* Lima. Editorial Grijley, 2009.

6. **CASTILLO CORDOVA, Luis** (2011). *Las exigencias de racionalidad del Tribunal Constitucional como controlador de la Constitución*. Lima, Gaceta Jurídica. Tomo 39. p. 23.
7. **CERRINA FERONI, Ginebra**. *Giustizia Costituzionale e Legislatore nella Repubblica Federal Tedesca. Tipologie decisionarie e Nachbesserungspflicht nel controllo di costituzionalità*. Turín, Giappichelli, 2002.
8. **CHIRINOS SOTO, Enrique y Francisco** (1994). *Constitución de 1993, lectura y comentario*. Lima, Nerman S.A. P. 452.
9. **COBO DEL ROSAL, Manuel y VIVES ANTON, Tomas**. *Derecho Penal – Parte General*, Valencia, 1987. p. 63;
10. **COMISIÓN DE CONSTITUCIÓN Y REGLAMENTO DEL CONGRESO CONSTITUYENTE DEMOCRÁTICO (1993) –Debate Constitucional de 1993 – Diario de Debates**. Tomo I – IV, Congreso de la República.
51. **COVIÁN ANDRADE, Miguel**. *El Control Constitucional en el Derecho Comparado*. México Centro de Estudios de Ingeniería Política Constitucional. 2001.
62. **CUEVA, ZAVALETA, Jorge**. *Colisión de la Ley Penal y la Costumbre en los delitos de violación sexual de menores de edad cometidos por los integrantes de las comunidades nativas de la cuenca del Amazonas*. En Revista Oficial del Poder Judicial 1/2. 2007. p. 171.
63. **CURY URZUA: Enrique**. *La ley penal en blanco*. Temis, Bogotá. 1988. p. 69.
64. **D’AMATO, Anthony**. *The Concept of Special Custom in International Law*. En *American Journal of International Law* N° 63. 1969. pp. 211-223.

65. **DALLA VÍA, Alberto Ricardo.** *Modelos, Tribunales y Sentencias Constitucionales.* México, Instituto de Investigaciones Jurídicas de UNAM. p. 459.
66. **DE AZCARATE, Patricio.** *Obras Completas de Platón.* Madrid, Medina y Navarro Editores. 1872. p. 9;
67. **DE CABO MARTÍN, Carlos.** *Sobre el concepto de la Ley* Madrid. Editorial Trotta. 2000. p. 16 y
68. **DE MIRANDA BURITY, Tarcisio.** *La Teoría de las Fuentes del Derecho en Kelsen y su Concepto Democrático del Estado.* En *Jurídica.* Anuario del Departamento de Derecho de la Universidad Iberoamericana. N° 22. 1993. pp. 537-551.
69. **DE OTTO, Ignacio.** *Estudios sobre el Poder Judicial* Ministerio de Justicia - Secretaría General Técnica. Madrid. 1989. pp. 46-47.
70. **DE SILVA, Carlos.** *El Acto Jurisdiccional.* En: *ISONOMÍA: Revista de Teoría y Filosofía del Derecho* N° 21. 2004. pp. 182-183.
71. **DE TOLEDO Y UBIETO, Emilio.** *Función y Límites del Principio de Exclusiva Protección de Bienes Jurídicos.* En *Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales.* Tomo 43, N° 1. 1990. pp. 5-28.
72. **DE VICENTE MARTÍNEZ, Rosario.** *El Problema de Legalidad Penal.* Valencia - Tirant lo Blanch, 2004. p. 192.
73. **DEGAN, Vladimir.** *On the Sources of International Criminal Law.* En *Chinese Journal of International Law.* Vol. 4, N° 1. 2005. pp. 45-83; VAN
74. **DEL VECCHIO, Giorgio.** *Los Principios Generales del Derecho.* (Trad. Juan Ossorio Morales). 3ra. Ed. Bosch-Barcelona. 1971.
HEGEL, Georg *Principios de la Filosofía del Derecho o Derecho Natural y Ciencia Política* (Trad. Juan Luis Vermal) Editorial Sudamericana Buenos Aires. 2012.

75. **DEL VECCHIO, Giorgio.** *Los Principios Generales del Derecho.* 3ra. Edición. Barcelona: Bosch. 1979. p. 54.
76. **DIAS VARELLA, Marcelo.** *Internationalization of Law - Globalization, International Law and Complexity* Springer Verlag. Berlín - Heildelberg. 2014.
77. **DÍAZ REVORIO, Francisco Javier.** *La Constitución Abierta y su Interpretación.* Lima, Palestra Editores. 2004. p. 21).
78. **DÍAZ, Elías.**
- *El Puente de la Constitución.* En el diario El País. Madrid, 4 de diciembre de 1999.
 - *Las sentencias interpretativas del Tribunal Constitucional.* Valladolid. Editorial Lex Nova. 2001.
79. **DÍAZ, Elías.** *Estado de Derecho y Sociedad Democrática.* Madrid, Taurus. 1998. p. 29. Véase: igualmente: GARCÍA PELAYO, Manuel. *Estado Legal y Estado Constitucional de Derecho.* En *Revista de la Facultad de Ciencias Jurídicas y Políticas* (Universidad Central de Venezuela) N° 82. 1991. pp. 32-45 y ÁVILA SANTAMARÍA, Ramiro. *Del Estado Legal de Derecho al Estado Constitucional de Derecho y Justicia.* En *Anuario de Derecho Constitucional Latinoamericano Año XV.* 2009. pp. 775-793.
80. **Diccionario de la Real Academia de la Lengua Española.** XXI Edición. Madrid. 1992. p. 1667.
81. **DIETRICH, Jesch.** *Ley y Administración. Estudio y evolución del principio de legalidad* Madrid. Instituto de Estudios Administrativos. 1978. p. 96).
82. **DIEZ GARGARI, Rodrigo.** *Principio de Proporcionalidad, Colisión de Principios y el Nuevo Discurso de la Suprema Corte.* En *Cuestiones Constitucionales - Revista Mexicana de Derecho*

Constitucional N° 26. 2012. pp. 65-106. DWORKIN, Ronald. *Los Derechos en Serio*. Ariel, Barcelona. 1984.

83. **DIEZ PICAZO, Luis y PONCE DE LEÓN.** *Constitución, Ley y Juez*. En Revista Española de Derecho Constitucional N° 15. 1985. p. 9.
84. **DIPPEL, Horst.** *Contitucionalismo Moderno. Introducción a una Historia que Necesita ser Escrita*. En *Historia Constitucional* N° 6. 2005. pp. 181-199.
85. **EGUIGUREN PRAELI, Francisco.** *Las Sentencias Interpretativas o Manipulativas y su Utilización por el Tribunal Constitucional Peruano*. En *La Ciencia del Derecho Procesal Constitucional. Estudios en Homenaje a Héctor Fix-Zamudio en sus Cincuenta Años como Investigador del Derecho*. Tomo V. Juez y Sentencia Constitucional (Coord. Eduardo Ferrer Mac-Gregor y Arturo Zaldívar Lelo de Larrea) Marcial Pons. México. 2008. p. 333.
86. **EGUIGUREN, Francisco** (1990). *Derechos y garantías constitucionales en el Perú*. En *Los retos de una democracia insuficiente*. Lima, p. 61.
87. *El Derecho de la Constitución y su fuerza normativa*. EDIAR, 1995.
88. **ERNST-WOLFGANG BÖCKENFÖRDE** (1999) *Vier Thesen zur Kommunitarismus – Debatte*. En Peter Siller & Bertram Keller. Baden – Baden: Nomos. p. 85
89. **FERMANDOIS VOHRINGER, Arturo.** *La Reserva Legal: Una Garantía Sustantiva que Desaparece*. En *Revista Chilena de Derecho*. Vol. 28, N° 2. 2001. p. 288.
90. **FENÁNDEZ CARRASQUILLA, Juan.**
 - *Concepto y Límites del Derecho Penal – La Nueva Visión Político Criminal*. Ed. Temis, Santa Fé de Bogotá. 1992. p. 44.
 - *Derecho Penal Fundamental*. Bogotá, Grupo Editorial Ibáñez, 2004. p.194.

91. FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, Dolores.

- *Los Límites de Ius Puniendi*. En Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales (Madrid). Tomo XLVII. 1994. p. 91.
- *Los Límites del Ius Puniendi*. En Anuario de Derecho Penal y Ciencias Políticas. Tomo XLVII – Fascículo III. Sep-Dic. 1994. p. 89, p. 91

92. FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, José Julio. *La inconstitucionalidad por omisión. Teoría General, Derecho comparado y caso español*. Madrid, Editorial Civitas. 1998.

93. FERNÁNDEZ SEGADO, Francisco

- (1999). *El Control de Constitucionalidad en Latinoamérica*. Lima. En: Derecho. PUCP. N° 52. p. 413).
- *El Tribunal Constitucional Español como Legislador Positivo*. En Pensamiento Constitucional Año XV N° 15. pp. 169-170.
- *La Evolución de la Justicia Constitucional*. Dykinson – Madrid. pp. 961-962.
- *Los Overruling de la Jurisprudencia Constitucional*. En: *Foro* (Nueva época) N° 3. 2006. pp. 27-92.

94. FERNÁNDEZ, Lucía. *Programa de Fortalecimiento del Congreso de la República. Mecanismos del control político*. Lima, 2003.

95. FERRAJOLI, Luigi.

- *Constitucionalismo Principialista y Constitucionalismo Garantista*. En *Doxa - Cuadernos de Filosofía del Derecho* Vol. 34. 2011. pp. 15-53.
- *Derecho y Garantías - La Ley del Más Débil*. Madrid, Editorial Trotta, Cuarta Edición, 2004. p. 19.

- *Derecho y Razón - Teoría del Garantismo Penal* Roma. Editorial Laterza. 1989. pp. 94 - 107 y FIANDACA, Giovanni. *La legalità penale negli equilibri del sistema político – costituzionale*. En Foro Italiano. Roma, 2000. p. 137.
 - *Los fundamentos de los derechos fundamentales*, traducción de A. de Cabo y G. Pisarello, AA.VV, Trotta, Madrid, 2001.
 - *Pasado y Futuro del Estado de Derecho*. En Revista Internacional de Filosofía Política Nº 17. 2011. p. 34.
96. **FERRER MAC-GREGOR, Eduardo.** *Ensayos sobre Derecho Procesal Constitucional*. México, Porrúa y CNDH, 2004.
97. **FERRERES COMELLA, Víctor y MIERES MIERES, Luis.** *Algunas Consideraciones Acerca del Principio de la Legalidad Penal*. En Revista Española de Derecho Constitucional. Año 19, Nº 55. 1999. p. 311.
98. **FERRERS, Victor y XIOL, Juan Antonio.** *El Carácter Vinculante de la Jurisprudencia*. 2da Ed. Fundación Coloquio Jurídico Europeo. Madrid. 2009.
99. **FILMER, Robert.** *El Patriarca y el Poder Natural de los Reyes*. 1680. Capítulo III;
100. **FIORAVANTI, Maurizio.**
- *La Constitución desde la antigüedad hasta nuestros días*. Madrid. Editorial Trotta. 2007.
 - *Los Derechos Fundamentales. Apuntes de Historia de la Constituciones*. Editorial Trotta. Sexta Edición. Madrid. 2009.
101. **FIX – ZAMUDIO, Héctor.**
- *Introducción al Estudio de la defensa de la Constitución en el Ordenamiento Mexicano*. México, UNAM, 1998.

- *Estudio de la Defensa de la Constitución en el ordenamiento mexicano*. México, Editorial Porrúa. UNAM. 2005.
- 102. **FLETCHER, George**. *From Rethinking to Internationalizing Criminal Law*. En *Tulsa Law Review*. Vol. 39. N° 4. 2004. pp. 979-994 y
- 103. **FONTÁN BALESTRA, Carlos**. *Tratado de Derecho Penal – Tomo I (Parte General)* 2da. Edición. Ed. Abeledo Perrot. Buenos Aires. p. 235.
- 104. **FREIXES SANJUAN, Teresa**. *La Legislación Delegada*. En: *Revista Española de Derecho Constitucional* Año 10, N° 28. 1990. p. 120.
- 105. Fundamentos 2-3 de la STC. N° 0004-2004-CC/TC.
- 106. **GALIANO MARITAN, Grisel y GONZÁLES MILIÁN, Deyli**. *La Integración del Derecho ante las Lagunas de la Ley. Necesidad Ineludible en Pos de Lograr una Adecuada Aplicación del Derecho*. En *Dikaion*. Vol. 26, N° 2 (Universidad de La Sabana). 2012. p. 436.
- 107. **GALINDO GARFIAS, Ignacio**. *Estudios de Derecho Civil*. 2da Ed. Editorial Porrúa. México 1994
- 108. **GÁLVEZ VILLEGAS, Tomás**. *Nuevo Orden Jurídico y Jurisprudencia. Penal, Constitucional Penal y Procesal Penal*. *Jurista* Lima, Edit. 2012. p. 825-826.
- 109. **GARCÍA AMADO, Juan Antonio**.
 - *Teorías de la Tópica Jurídica*. Universidad de Oviedo – Servicio de Publicaciones. Madrid. 1988. pp. 275-276.
 - (2007). *Derechos y pretextos: elementos de crítica al Neoconstitucionalismo*. En *Teoría del Constitucionalismo*. Madrid/México. Editorial Trotta/UNAM. p. 237.
- 110. **GARCÍA AMADO, Juan**. *Estudio Preliminar en Kelsen, Hans, El Estado como Integración: Una Controversia de Principio*. Madrid. Tecnos. 1997.

111. GARCÍA BELAUNDE, Domingo

- (1989). *Teoría y Práctica de la Constitución peruana*. Lima, Editorial y Distribuidora de Libros S.A. p. 94.
- (1993). *El Tribunal de Garantías Constitucionales*. En *Teoría y Práctica de la Constitución Peruana*. Lima, Tomo II. P. 209 y GARCÍA BELAUNDE, Domingo (1991). *El llamado Tribunal de Garantías*. En *Constitución y Política*. Lima, Segunda Edición. Pág. 191)).
- (2003). *Nota sobre el control de Constitucionalidad en el Perú*. En *Revista Electrónica de Historia Constitucional*. N^o 4. Pág. 2.
- *Constitución y Política*. Lima, Biblioteca Peruana de Derechos Constitucional. 1981.
- *Sanción y promulgación de la Constitución de 1979*. En *Lecturas sobre temas constitucionales*, N^o 4, CAJ, Lima, 1990.
- *Sobre el Control de la Reforma Constitucional*. En *Reforma de la Constitución y Control de Constitucionalidad* (Coord. Javier Celis Gómez). Pontificia Universidad Javeriana Bogotá 2005. p. 545 y sgtes.

112. GARCÍA BELAUNDE, Domingo y EGUIGUREN PRAELI, Francisco. *La Evolución Político – Constitucional del Perú 1976-2005*. En *Estudios Constitucionales*. Año 6. N^o 2, 2008.

113. GARCIA BELSUNCE, Horacio. *Temas de Derecho Tributario*. Buenos Aires. Editorial Abeledo Perrot, 1995. p. 79.

114. GARCÍA CANTIZANO, María del Carmen. *Algunos Alcances del Principio de Legalidad en el Ámbito del Ordenamiento Jurídico Peruano*. En *Revista Peruana de Doctrina y Jurisprudencia Penales* N^o 5. 2004. p. 141.

115. GARCÍA CANTIZANO, María del Carmen. *Algunos Alcances del Principio de Legalidad en el Ámbito el Ordenamiento Jurídico*

Peruano. En Revista Peruana de Doctrina y Jurisprudencia Penales. N° 5. 2004. p. 141.

116. **GARCÍA CAVERO, Percy.** *Derecho Penal – Parte General*. 2da Ed. Jurista Editores. Lima, Perú. 2012. p. 140-141.
117. **GARCÍA DE ENTERRÍA, E. y FERNÁNDEZ, T.R.** *Curso de Derecho Administrativo*. Vol. I, 11ª Edición, Editorial Civitas, Madrid. 2002. p. 180 y DE CABO MARTÍN, Carlos. *Sobre el concepto de la Ley*. Madrid. Editorial Trotta. 2000. p. 63.
118. **GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo.** *Reflexiones sobre la Ley y los Principios Generales del Derecho en el Derecho Administrativo*. En: *Revista de Administración Pública* N° 40. 1963. pp. 190-222;
119. **GARCÍA ENTERRÍA, E.** *La Democracia y el lugar de la Ley*. En: *Revista Española de Derecho Administrativo* N° 92. 1996. p 619.
120. **GARCÍA ENTERRÍA, Eduardo.** *La Constitución como norma y el Tribunal Constitucional*. Editorial Civitas. Madrid. 2001.
121. **GARCÍA LAGUARDIA, Jorge Mario** (1994). *La Corte Constitucional (Tribunal Constitucional) de Guatemala. Orígenes y Competencias*. En Cuadernos Constitucionales México – Centroamérica. N° 8, Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM, p. 38)
122. **GARCÍA PELAYO, Manuel.**
 - *Estado Legal y Estado Constitucional de Derecho*. En El Tribunal de Garantías en Debate. Consejo Latinoamericano de Derecho y Desarrollo. Fundación Friedrich Naumann. Lima. 1986.
 - *Derecho Constitucional Comparado*. Madrid. Alianza Editorial. 2000.-
 - *Derecho Constitucional Comparado. En Obras Completas*. Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2009. Volumen I.

123. **GARCÍA RAMÍREZ, Sergio y MORALES SÁNCHEZ, Julieta.** *Consideraciones sobre el Principio de Legalidad Penal en la Jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos.* En *Cuestiones Constitucionales - Revista Mexicana de Derecho Constitucional* N° 24, Ene-Jun. 2011, p. 201.
124. **GARCÍA RICCI, Diego.** *Estado de Derecho y Principio de Legalidad México,* Comisión Nacional de Derechos Humanos. 2011. p. 41.
125. **GASCON ABELLAN, Marina y GÓMEZ CASTAÑEDA.** *La Justicia Constitucional: Entre Legislación y Jurisdicción.* En *Revista Española de Derecho Constitucional.* Año n° 14, N° 41. 1994. p. 67.
126. **GAVIRIA, Vicente.** *La Función Propia del Cargo en los Delitos de Peculado. Un Caso de Jurisprudencia.* En: *Derecho Penal y Criminología* Vol. 12, N° 43. 1991. pp. 117-138.
127. **GODOY ARCAÑA, Oscar.** *Antología de la Política de Aristóteles.* En *Estudios Públicos,* N° 50. 1990. p. 3;
128. **GÓMEZ BORRÁS, Margas.** *El Derecho de las Lenguas y Las Lenguas de los Derechos.* p. 118.
file:///C:/Documents%20and%20Settings/guido/Mis%20documentos/Downloads/RJ_35_I_4.pdf (Visita realizada el 02 de junio de 2014) y RUBIO LLORENTE, Francisco "Il Diritto Mite (Gustavo Zagrebelsky - Einaudi, Turín, 1993)" En: *Revista Española de Derecho Constitucional* Año 14, N° 40. 1994. p. 428.
129. **GORDILLO, Agustín.** *La Creciente Internacionalización del Derecho.* En *Mesa Redonda - Sobre las Perspectivas del Derecho Administrativo en el Siglo XXI - Seminario Iberoamericano de Derecho Administrativo. Homenaje a Jesús González Pérez* (Coord. Jorge Fernández Ruiz) Biblioteca Jurídica Virtual – BJV. 2002. pp. 71-92.
130. **GRACIAS MARTÍN, Luis.** *El Derecho Penal Moderno del Estado Social y Democrático de Derecho.* Suprema Corte de Justicia de la Nación. Disponible en

<http://www.sitios.scjn.gob.mx/cursoderechopenal/sites/default/files/Lecturas/El%20Derecho%20Penal%20Moderno.pdf>. (Consultada el 11 de octubre de 2015).

131. **GRÁNDEZ CASTRO, Pedro** (2007). *Las peculiaridades de Precedente Constitucional en el Perú*. En *Estudios al Precedente Constitucional*. Lima, Palestra. p. 95.
132. **GRÁNDEZ CASTRO, Pedro**. *El Precedente a la Deriva - Diálogo con un Crítico del Tribunal Constitucional*. En *Gaceta Constitucional*. Tomo 19. 2009. pp. 99-114.
133. **GUARNIERI, Carlo y PEDERLOZI, Patricia**. *The power of judges. A comparative study of courts and democracy*. Oxford: English Editory: C.A. Thomas Oxford Social Legal Studies. 2003.
134. **GUASTINI, Ricardo**.
 - *Teoría e Dogmatica delle Fonti*. Milano, Giuffrè. 1998
 - *Estudios de Teoría Constitucional*. Edición y Traducción de Miguel Carbonell. Instituto de Investigaciones Jurídicas. UNAM, México. Primera Edición 2001.
 - *Rigidez Constitucional y límites a la Reforma en el Ordenamiento Italiano*. Traducción de Miguel Carbonell. En *Estudios de Derecho Constitucional*. México. Instituto de Investigaciones Jurídicas. 2001.
 - *Sobre el Concepto e Constitución*. Traducción de Miguel Carbonell. En *Estudios de Derecho Constitucional*. México. Instituto de Investigaciones Jurídicas. 2001.
 - *¿Separación de los poderes o división del poder?* En *Estudios de Teoría Constitucional*. Traducción de BONO LÓPEZ, María. México. Instituto de Investigaciones Jurídicas. 2001.
 - *Nuovi Studi sull'Interpretazione, Col. Studi di Filosofia analítica del Diritto*. Roma, ARACNE 2008, p. 142.

135. **GUASTINI, Riccardo.** *Ponderación: Un Análisis de los Conflictos entre Principios Constitucionales.* En Palestra del Tribunal Constitucional. Año 2, N° 8. 2007. pp. 631-637.
136. **GULLCO, Hernán.** *Principios de la Parte General del Derecho Penal – Jurisprudencia Comentada.* Ed. Del Puerto, Buenos Aires, 2006. p. 81.
137. **GUTARRA FIGUEROA, Edwin.** *Contradicciones en la Jurisprudencia del Tribunal Constitucional.* En Gaceta Constitucional. N° 39. Lima, p. 59.
138. **HABERLE; Peter.**
- *El Estado Constitucional.* Estudio Introductorio de Diego Valadés. Traducción de Fix – Fierro. México. UNAM. 2001.
 - *Constitución como Cultura.* Traducción de Ana María Montoya. Bogotá. Instituto de Estudios Constitucionales Carlos Restrepo. 2002.
139. **HABERMAS, J.** *¿Cómo es posible la legitimidad por la vía de la legalidad?* En Escritos sobre la moralidad y la eticidad. (Introducción y traducción de Jiménez Redondo). Piados, Barcelona.
140. **HABERMAS, Jürgen** (1998). *Factizität und Geltung.* Frankfurt am Main: Suhrkamp. p. 311.
141. **HANSHEINRICH, Jescheck.** *Tratado de Derecho Penal - Parte General.* Granada, Editorial Comares. Granada - España, 1993, p 121.
142. **HANS-RUDOLF HORN** (2013), *Intervenciones Judiciales en controversias políticas.* En Control del Poder Político. Libro Homenaje de Diego Valadés. Lima, Grijley, Tomo I. pág. 279).
143. **HASSEMER, Windfried.** *Fundamentos del Derecho Penal* (Traducción y notas del MUÑOZ CONDE, F. y ARROYO ZAPATERO) Barcelona. 1984. p. 320.

144. **HERNÁNDEZ ISLAS, Juan Andrés.** *Derecho Penal y Filosofía.* Estudios Jurídicos - Tribunal Superior de Justicia en el Distrito Federal. México, UNAM. p. 163;
145. **HERNÁNDEZ VALLE, Rubén.** *Poderes del Juez Constitucional.* En Justicia Constitucional Comparada. Centro de Estudios Constitucionales de México. Instituto de Investigaciones Jurídicas UNAM México. 1993. TROVAO DO ROSARIO, Pedro. *Tribunal Constitucional - ¿Un Legislador Negativo o Positivo?* En Revista de Derecho UNED. N° 16. 2015. p. 734 y sgtes.
146. **HESSE, Konrad.**
- *Escritos de derecho constitucional*, Madrid, Centro de Estudios Constitucionales, 1983. p. 74.
 - *Escritos de Derecho Constitucional.* Traducción de Pedro Cruz Villalón. 2da. Ed. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1992.
147. **HORMAZÁBAL MALARÉE, Hernán.** *Consecuencias Político Criminales y Dogmáticas del Principio de Exclusiva Protección de Bienes Jurídicos.* En Serta in Memoriam Alexandri Baratta. (Ed. Fernando Pérez Álvarez) Ediciones Universidad Salamanca. 2004. pp. 1083-1094.
148. **Instituto de Democracia y Derechos Humanos - IDEHPUCP.**
- Boletín N° 26. Proyecto Anticorrupción. Junio de 2013. Comentario Jurisprudencial. Caso Roberto Torres Gonzáles. pp. 12-17. Disponible en: <http://idehpucp.pucp.edu.pe/wp-content/uploads/2012/07/boletin-26.pdf>. Consultada el 15 de agosto de 2015.
 - Boletín N° 26. p. 17. *Ob. Cit.*, Nota: 81.
149. **JIMENEZ DE ASUA, Luís.** *Tratado de Derecho Penal.* Tomo II. Filosofía y Ley Penal. Buenos Aires, Editorial Lozada, 1950.

150. **JIMÉNEZ MOSTAZO, Antonio** y **ALVARADO RODRÍGUEZ, Pedro**. *Ne Bis In Idem, un Principio Constitucional de Creación Jurisprudencial (III). Formulación Constitucional*. En Anuario de la Facultad de Derecho Vol. XXII. 2005. pp. 349-363.
151. **Justicia Viva**. *La Batalla de los Jueces en Defensa de sus Remuneraciones: De la Negociación al Caballazo*. Disponible en: http://www.justiciaviva.org.pe/webpanel/doc_int/doc19122013-194154.pdf. Consultada el 15 de octubre de 2015.
152. **KAGI, Werner**. *La Constitución como ordenamiento jurídico fundamental del Estado*. En: Investigación sobre las tendencias desarrolladas en el Moderno Estado Constitucional. Madrid. Dykinson. 2005.
153. **KELSEN, Hans**
- (1979), *Teoría General del Derecho y del Estado*. Traducción de García Maynes. México. UNAM. P. 302 a 334.
 - *Teoría Pura del Derecho*. Traducida por Moises Nilve. Buenos Aires, Eudeba, 1981.
 - *Introducción a la Teoría Pura del Derecho*. México. UNAM. Instituto de Investigaciones Jurídicas. 1982.
 - *La garantía jurisdiccional de la Constitución*. Madrid. 1984.
 - *¿Quién es el defensor de la Constitución?* Madrid, Editorial Tecnos, 1995.
154. **KREß, Claus**. *Nulla Poena Nullum Crimen Sine Lege*. En: Max Planck Encyclopedia of Public International Law Heidelberg - Oxford University Press 2010. Disponible en: <http://www.uni-koeln.de/jur-fak/kress/NullumCrimen24082010.pdf>. Consulta realizada el 10 de octubre de 2015.
155. **LANDA AROYO, César**.

- *Interpretación Constitucional y Derecho Penal*. En Anuario de Derecho Penal. 2005, p. 96, p. 103
- (2003). *El establecimiento de la Justicia Constitucional en el Perú*. Lima. Editorial Palestra. P. 61.
- *Del Tribunal de Garantías al Tribunal Constitucional: El Caso Peruano*. En: Pensamiento Constitucional. Lima. Maestría con mención en Derecho Constitucional. Fondo Editorial de la Universidad Católica. 1995.
- *Los precedentes constitucionales*. En Libro Homenaje a Diego Valadés – El Control del Poder. Lima, Editorial Grijley, 2012, Volumen II.

156. LANDA, César

- (1997). *Balance del primer año del Tribunal Constitucional en el Perú*. En Pensamiento Constitucional. Año IV. Nº 4. Fondo Editorial de la PUCP, p. 245.
- (1999). *Tribunal Constitucional y Estado Democrático*. Lima, Pontificia Universidad Católica.
- *Del Tribunal de Garantías Constitucionales al Tribunal Constitucional: el caso peruano*. Ponencia presentada en Congreso Internacional de Derecho Constitucional "Ciudadanos e Instituciones del Constitucionalismo Actual". Alicante. 1995. p. 75.
- *Tribunal Constitucional y Estado Democrático*. PUCP. Lima, 1999. p. 475.

157. LASCURAIN. *Sobre la retroactividad penal favorable*. Madrid. 2000. p. 25.

158. LEGAZ LACAMBRA, Luis. *Filosofía del Derecho* Barcelona – Bosch. 1961. pp. 487 – 488 y PIZZORUSSO, Alessandro. *Las Fuentes del Derecho en el Ordenamiento Jurídico Italiano*. En

Revista del Centro de Estudios Constitucionales. Nº 3. 1989. pp. 269-321.

159. **LEGAZ Y LACAMBRA, Luís.** *Noción de Legalidad.* Ponencias Españolas - Instituto de Derecho Comparado, Barcelona. 1958. p. 8; MONTESQUIEU *El Espíritu de Las Leyes.* Libro XI. Cap. VI; RUBÍO LLORENTE, Francisco. *La igualdad en la aplicación de la Ley.* AFDUAM, 1997. p. 145 y Corte Interamericana de Derechos Humanos. Opinión Consulta 6/86 de fecha 09 de mayo de 1986, fundamento 27.
160. **LEGUINA VILLA, Jesús.** *Principios Generales del Derecho y Constitución.* En Revista de Administración Pública, Nº 114. 1987. pp. 7-37;
161. **LISZT, Franz Von.** *Tratado de Derecho Penal.* traducido por Quintiliano Saldaña/Jiménez de Asúa y adicionado con la historia del derecho penal en España, por Quintiliano Saldaña, Madrid, 1929, Tomo II. p. 455.
162. **LOÑ, Félix R.** *Constitución y Democracia* Buenos Aires, Lerner. 1987. p. 441.
163. **LÓPEZ BARJA DE QUIROGA.** *La Moderna Doctrina del Dolo.* En: *Revista Peruana de Ciencias Penales* Nº 22. 2010. pp. 307-331.
164. **LÓPEZ BETANCOURT, Eduardo y FONSECA, Roberto.** *Legalidad y Discrecionalidad en Materia de Justicia Penal.* En *Iter Criminis – Revista de Ciencias Penales* Nº 8, 5ta Época. 2012. pp. 157-182.
165. **LÓPEZ GUERRA, Luis.**
 - *El Derecho Constitucional Español.* Valencia, Tirant lo Blanch, 2007.
 - *La organización y la posición institucional de la justicia constitucional en Europa.* En *Anuario de Derecho Constitucional Latinoamericano.* N. 20041, año 2004, P. 92).

166. **MACCORMICK, Neil.** *Constitutionalism and Democracy*. En Richard Bellamy (comp.) *Theories and Concepts of Politics: An Introduction*, Manchester, Manchester University Press. 1993.
167. **MAESTRO G.** *Negociación y participación en el proceso legislativo*. En *Revista de Derecho Político* N° 32. 1991.
168. **MALPARTIDA CASTILLO, Víctor.** *Tribunal Constitucional vs. Poder Judicial (A Propósito de un Proceso Competencial)*". En *Revista Oficial del Poder Judicial*. Año 4 - 5, N° 6 y N.º 7. 2010-2011.
169. **MANES, Vittorio.** *Bienes Jurídicos y Reforma de los Delitos contra la Administración Pública*. En: *Revista Electrónica de Ciencias Penales y Criminología* N° 2. (Art. 02-01), 2000. Disponible en: http://criminet.ugr.es/recpc/recpc_02-01.html
170. **MARTÍN URANGA, Amelia.** *La Discusión Actual sobre la Función del Derecho Penal Moderno*. En *Estudios Jurídicos en Memoria de José M. Lidón* (Ed. Juan Ignacio Echano) Universidad de Deusto. 2002. pp. 321-322.
171. **MATA Y MARTÍN, Ricardo.** *El Principio de Legalidad en el Ámbito Penitenciario*. En *Anuario Facultad de Derecho (Univ. de Alcalá)* Vol. IV. 2011. p. 257.
172. **MAYER, O.** *Derecho Administrativo Alemán I*. Buenos Aires. De Palma. 1982.
173. **MAZUELOS COELLO, Julio.** *El delito imprudente en el Código Penal peruano. La infracción del deber de cuidado como creación de un riesgo jurídicamente desaprobado y la previsibilidad individual*. En www.unifr.ch/ddp1/derechopenal/anuario/an_2003_09.pdf. Consultada el 17 de diciembre de 2014. P. 3.
174. **MEAGHER, Dan.** *The Common Law Principle of Legality in the Age of Rights*. En *Melbourne University Law Review* Vol. 35. 2011.

175. **MEIER GARCÍA, Eduardo.** *(Neo) Constitucionalismo e Internacionalización de los Derechos.* En: *Universitas Revista de Filosofía, Derecho y Política.* N° 15. Enero de 2012.
176. **MEJÍA, Luz María.** *El Debilitamiento del Principio de Legalidad Penal en las Decisiones de Control de Constitucionalidad de la Corte Constitucional Colombiana.* En: *Revista Nuevo Foro Penal.* Vol. 7, N° 78. 2012. p. 129.
177. **MELLINGHOFF, Rudolf.** *Los Tribunales Constitucionales entre la Autolimitación Judicial y a Injerencia Político-Constitucional.* En *Anuario de Derecho Constitucional Latinoamericano.* Año XVII. 2011. p. 495.
178. **MIR PUIG, Santiago.** *Derecho Penal – Parte General (Fundamentos y Teoría del Delito).* PPU – Barcelona, 3ra Ed. 1990. p. 101.
179. **MIR PUIG, Santiago.** *Derecho Penal – Parte General* Buenos Aires, Editorial IBdeF. 2005. p.76.
180. **MONROY GÁLVEZ, Juan.** *Poder Judicial vs. Tribunal Constitucional.* En *Revista Ibero-americana de Derecho Procesal Constitucional.* N° 18. Julio – diciembre de 2008. P. 175.
181. **MONTOYA VIVANCO, Yvan.** *Breves Comentarios a la Reforma de los Delitos Contra la Administración Pública.* En: *Obras Portales - Derecho Penal - Université de Fribourg.* p. 3. Disponible en: https://www.unifr.ch/ddp1/derechopenal/tribuna/tr_20110907_02.pdf. Consultado el 10 de agosto de 2015.
182. **MORALES ARROYO, José María y GÓMEZ CORONA, Esperanza.** *Manual de Derecho Constitucional.* Edit, Tecnos. 5ta Ed. 2014. pp. 346-248.
183. **MORALES GODO, Juan.** *Del Tribunal de Garantías Constitucionales al Tribunal Constitucional.* En *Revista de Derecho PUCP.* N° 53, Diciembre 2000.

184. MORENO MILLÁN, Franklin. *La Jurisprudencia Constitucional como Fuente de Derecho*. Bogotá - Ed. Leyer. 2002. p. 33.
185. MORESO, José Juan. *Principio de Legalidad y Causas de Justificación*. En DOXA - Cuadernos de Filosofía del Derecho N° 24. 2001.
186. MORILLAS CUELLAR, Lorenzo y RUÍZ ANTÓN, L. *Manual de Derecho Penal – Parte General*, Editoriales de Derecho Reunidas, Madrid, 1992. p. 5;
187. MORILLAS CUEVA, Lorenzo y RUIZ ANTÓN, L.F. *Manual de Derecho Penal, Parte General*, Editoriales de Derecho Reunidas, Madrid. 1992. p. 5
188. MUÑOZ CONDE, Francisco. *Introducción al Derecho Penal* Barcelona, Bosh, p. 79;
189. NEGRETTO, Gabriel. *Paradojas de la reforma Constitucional en América Latina*. En <http://www.journalofdemocracyenespanol.cl/pdf/negretto.pdf> (visitado en mayo de 2012).
190. NIETO, X. *El Arbitrio Judicial* Barcelona. 2000.
191. NINO, Carlos. *Fundamentos del Derecho Constitucional*. Buenos Aires, Astrea. 1992.
192. NOGUEIRA ALCALÁ, Humberto.
- *Justicia y Tribunales Constitucionales en América del Sur*. Lima. Palestra. 2006.
 - *El Tribunal Constitucional Chileno*. En Una mirada a los Tribunales Constitucionales. Las experiencias recientes.
 - *La integración y estatuto jurídico de los magistrados de los tribunales constitucionales en Latinoamérica*, p. 283.
193. OKENWA, Chukwuemeka. *Has the Controversy between the Superiority of International Law and Municipal Law been Resolved in*

Theory and Practice? En *Journal of Law, Policy and Globalization*.
Vol. 35. 2015. pp. 116-124 y

194. **PALOMINO MANCHEGO, José.** *Los Orígenes de los Tribunales Constitucionales en Iberoamérica (1931- 1979)* p. 50. En biblio.juridicas.unam.mx/libros/5/2218/3.pdf. Visita realizada el 29 de noviembre de 2013.
195. **PAREJA PAZ SOLDAN, José.**
- *Derecho Constitucional Peruano*. Lima, Lumen. 1951.
 - *Derecho Constitucional Peruano y la Constitución de 1979*. Lima, EDDILI.
196. **PATTARO, Enrico.** *Al Origen de la Noción Principios Generales del Derecho - Lineamiento Histórico Filosófico*. En Boletín Mexicano de Derecho Comparado Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM. México. D.F. N° 59. 1987. pp. 525-563.
197. **PECES-BARBA MARTINEZ, Gregorio.** *Reflexiones sobre la Ley y los Principios Generales del Derecho - Comentario al Libro de Eduardo García de Enterría*. En Revista Española de Derecho Constitucional. Año 4, N° 11. 1984. p. 253.
198. **PECES-BARBA, Gregorio.** *Reflexiones sobre la Ley y los Principios Generales del Derecho*. En Revista Española de Derecho Constitucional. Año 4, N° 11. 1984. pp. 249-254;
199. **PEÑA CABRERA, Raúl.** *Tratado de Derecho Penal. Estudio Programático de la Parte General*. Lima – Grijley. 1994, p. 201; entre otros.
200. **PÉREZ ARROYO, Miguel.** *La Evolución de la Jurisprudencia Penal en el Perú*. Tomo II. 2001-2005. p. 1338. Lima, 2006, p.1359.
201. **PÉREZ CARRILLO, Juan Ramón.** *Causas de Indeterminación en el Sistema de Fuentes del Derecho*. En Problema - Anuario de Filosofía y Teoría del Derecho N° 4. 2010. pp. 311-312.

202. **PÉREZ ROYO, Javier.** *Curso de Derecho Constitucional.* Marcial Pons. 2000.
203. **PETERSEN, Niels.** *Deteming the Domestic Effect of Intenational Law Through the Prism of Legitimacy.* En ZAORV N° 722. 2012. pp. 223-259.
204. **PIBERNAT DOMENECH, Xavier.** *La Sentencia Constitucional como Fuente del Derecho.* En *Revista de Derecho Político* N° 24. 1987. p. 69.
205. **PIETRO SANCHIS, Luis.**
- *Neoconstitucionalismo y ponderación judicial.* Anuario de la Facultad de Derecho de la Universidad Autónoma de Madrid. N° 5. 2001.
 - *El Constitucionalismo de los Derechos.* En *Revista Española de Derecho Constitucional* Año 24, N° 71, mayo – agosto de 2004.
206. **PONTARA, G.** *Neoconstitucionalismo, socialismo y justicia internacional.* En *Crisis de la Democracia.* Barcelona, Ariel. 1985.
207. **POZZOLO, Susanna.** *Neoconstitucionalismo, Derecho y Derechos.* Lima, Editorial Palestra. Primera edición, 2011.
208. **PRIETO SANCHÍS, Luis.**
- *El Constitucionalismo de Principios, ¿entre el positivismo y el iusnaturalismo? (A propósito de El Derecho Dúctil de Gustavo Zagrebelsky).* En *Anuario de Filosofía del Derecho* XIII. 1996. pp. 125-158.
 - *Ley, Principios, Derechos.* - Cuadernos Bartolome de las Casas Dykinson. 1998.
209. **QUINTERO A. César.** *El Concepto de delegación en cuanto a la función legislativa.* En *Anuario de Derecho - Universidad de Panamá.* Año I. N° 1. 1955.
210. **QUINTERO OLIVARES, Gonzalo.**

- *Derecho Penal – Parte General*, Barcelona 1986. p. 72.
- *La Justicia Penal en España*. Pamplona. 1998. p. 121 y BECCARIA, Cesare *.De los delitos y de las penas*. Bogotá. Themis. 2005. Capítulos IV y V. p. 12.

211. **QUIROGA LAVIE, Humberto**. *Derecho Constitucional*. Buenos Aires. De Palma, 1987.
212. **QUIROGA LEÓN, Aníbal**. *Control “Difuso” y Control “Concentrado”*. En. P. 215. revistas.pucp.edu.pe/index.php/derechopucp/article/download/.../593
7. Visita realizada el 29 de noviembre de 2013.
213. **RAMÍREZ CLEVES, Gonzalo**. *Los Límites a la Reforma Constitucional y las Garantías - Límites del Poder Constituyente: Los Derechos Fundamentales como Paradigma*. Instituto de Estudios Constitucionales Carlos Restrepo Piedrahita. Univ. Externado de Colombia. 2003. pp. 81 y sgtes.
214. **REÁTEGUI SÁNCHEZ, James**. *El Precedente Judicial en Materia Penal*. Edit. Reforma. Lima. 2010. p. 86.
215. **RESTREPO MEDINA, Manuel Alberto**. *Concepto y titularidad de la iniciativa legislativa*. Bogotá. Universitas. N° 118. 2009.
216. **REYNA ALFARO, Luis**. *Estructura Atípica del Delito de Colusión*. En: *Actualidad Jurídica – Gaceta Jurídica*. Tomo 130. 2004. p. 69.
217. **RIVERA SANTIVÁÑEZ, José Antonio**. *Los Efectos de las Sentencias Constitucionales en el Ordenamiento Jurídico Interno*. En: *Estudios Constitucionales* Año 4, N° 2. 2006. pp. 5598-599.
218. **RIVERA, José Antonio**. *Jurisdicción Constitucional. Procedimientos Constitucionales en Bolivia*. Cochabamba, Editorial Kipus. 2001
219. **RODRÍGUEZ BEREIJO, Álvaro**. *Obra Colectiva. Garantías Constitucionales de los Contribuyentes*. Valencia, Tirant lo Blanch, Segunda Edición. 1998. p. 134.

220. **ROJAS VARGAS, Fidel.** *Delitos contra la Administración Pública.* Edit. Grijley – Lima, 3ra Edición. 2002, pp. 39-40.
221. **ROMERO-FLOR, Luis María.** *La reserva de ley como principio fundamental del derecho tributario.* En: *Derecho y Políticas Públicas* Vol. 15, N° 18. 2013. p. 52.
222. **ROUSSEAU, Dominique.** *La justicia constitucional en Europa,* Madrid, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2002.
223. **ROXIN, Claus.** *Tratado de Derecho Penal. Parte General.* Traducción de LUZÓN PEÑA, Manuel. Civitas, 1997. p. 140.
224. **RUBIO CORREA, Marcial.** *La Interpretación de la Constitución según el Tribunal Constitucional.* Fondo Editorial PUCP Lima, 1ra Ed. 2005. p. 388 y sgtes.
225. **RUBIO LLORENTE, Francisco.**
- *Rango de Ley, Fuerza de Ley y Valor de Ley. Sobre el problema del concepto de Ley en la Constitución.* En Revista de Administración Pública N° 100-102. Madrid. Enero 1983.
 - *Seis tesis sobre la jurisdicción constitucional en Europa.* En Revista Española de Derecho Constitucional N° 35, mayo – agosto de 1992.-
 - *El Principio de Legalidad.* En: *Revista Española de Derecho Constitucional* N° 39. 1993.
226. **RUÍZ ANTÓN, Luís Felipe.** *El Principio de Irretroactividad de la Ley Penal en la Doctrina y Jurisprudencia.* En: *Jornadas de Protección Jurisdiccional de los Derechos Fundamentales y Libertades Públicas* Cáceres, 1989. p. 152.
227. **RUIZ MOLLEDA, Juan Carlos.** *Sentencia del TC ordena nivelar sueldo de los jueces: ¿Intromisión judicial en la economía o control constitucional de decisiones económicas?,* Disponible en:

<http://www.justiciaviva.org.pe/notihome/notihome01.php?noti=908>.

Consultada el 5 de agosto de 2015.

228. **RUIZ ROBLEDO, Agustín.** *El Principio de Legalidad Penal en la Historia Constitucional Española.* En Revista de Derecho Político, N° 42. 1997. pp. 137-169.
229. **RUIZ RUIZ, Ramón.** *La Ponderación en la Resolución de Colisiones de Derechos Fundamentales. Especial Referencia a la Jurisprudencia Constitucional Española.* En Revista Telemática de Filosofía del Derecho. N° 10, 2006. p. 55-56.
230. **SAGÜES NESTOR, Pedro.**
- *La interpretación judicial de la Constitución.* Buenos Aires. Editorial De Palma, 1998.
 - *Derecho Procesal Constitucional.* Buenos Aires, Cuarta Edición. Tomo I. 2002.
231. **SALAZAR UGARTE, Pedro.** *La Democracia Constitucional. Una Radiografía Teórica.* México. Fondo de Cultura Económica. 2006.
232. **SÁNCHEZ FERRO, Susana.** *Analogía e Imperio de la Ley.* En Anuario de Filosofía del Derecho. Vol. XIV 1997. pp. 651-676. GUASTINI, Riccardo *Estudios sobre la Interpretación Jurídica* (Trad. Marina Gascón y Miguel Carbonell) Universidad Nacional Autónoma de México. Ciudad de México. 1999.
233. **SÁNCHEZ GIL, Rubén.** *La presunción de constitucionalidad.* En Estudio de Homenaje a Héctor Fix -Zamudio. UNAM, p. 372-373,
234. **SÁNCHEZ SÁNCHEZ, Julia.** *Efectos de las Sentencias Constitucionales en el Derecho Argentino.* En Cuestiones Constitucionales - Revista Mexicana de Derecho Constitucional. N° 21. 2009. p. 300
235. **SÁNCHEZ, VIAMONTE, Carlos.** *Los Derechos del Hombre en la Revolución Francesa.* México: UNAM. 1956. p. 121.

236. **SÁNCHEZ-OSTIZ, Pablo; ÍÑIGO, Elena y RUIZ DE ERENCHUN, Eduardo.** *Límites del Derecho Penal (II) Ius poenale 1.3 - Materiales docentes para la asignatura de Concepto y Fundamentos del Derecho penal.* Universidad de Navarra. p. 53. Disponible en: <http://www.unav.es/penal/iuspoenale/leccion3.html>. Consultada el 15 de agosto de 2015.
237. **SANTIAGO NINO, Carlos.**
- *La Constitución de la democracia deliberativa.* Barcelona, Editorial GEDISA, Primera Edición. 1997.
 - *La Constitución de la Democracia Deliberativa.* Editorial Gedisa. Barcelona. 2003.
238. **SANTISTEBAN DE NORIEGA, Jorge.** *Supremacía de la Constitución y de las Interpretaciones del Tribunal Constitucional: Límites y Perspectivas a Propósito de la Sentencia Recaída en el Proceso Competencial Incoado por el Poder Ejecutivo (MINCETUR) contra el Poder Judicial.* En: *¿Guerra de las Cortes?. A propósito del proceso competencial entre el Poder Ejecutivo y el Poder Judicial* (Coord. Domingo García Belaunde) Palestra del Tribunal Constitucional - Cuadernos de Análisis y Crítica a la Jurisprudencia Constitucional. Lima 2007. pp. 82-83.
239. **SARMIENTO, Juan Pablo.** *Hacia la Constitucionalización del Precedente Judicial en Colombia, ¿un esfuerzo por controlar a las fuentes del derecho?.* En *Opinión Jurídica.* (Univ. de Medellín) Vol. 11, Nº 2. 2012. p. 67.
240. **SARTORI, G.** *Elementos de la Teoría Política.* Traducción de Alianza Editorial. Madrid. 1996.
241. **SCHAACK, Beth.** *The Principle of Legality in International Criminal Law.* En *American Society of International Law* Vol. 103, Nº 1, 2009.

242. **SCHMITT, C.** *Les Trios Types de la Pense Juridique* PUF. 1995. p. 6. Citado por ISMODES CAIRO, A. *Ensayos de Sociología Jurídica*. Lima, Editorial San Marcos. 1998.
243. **SCHMITT.** *La Teoría de la Constitución*. Madrid. Alianza Editorial. 1982.
244. **SCHWABE, Jürgen.** *Jurisprudencia del Tribunal Constitucional Federal Alemán – Extractos de las Sentencias más Relevantes*. Konrad Adenauer. México DF. 2009 p. 536.
245. **SCOTT, J SHAPIRO.** *El debate entre Hart – Dworkin una breve guía para perplejos*. En Dworkin y sus críticos. *El debate sobre el imperio de la Ley*. Valencia. Tirant lo Blanch, 2012.
246. **SILVA CIMMA, Enrique.** *Tribunal Constitucional de Chile (1971-1973)*. Caracas, Editorial Jurídica Venezolana. 1977.
247. **SILVERO SALGUEIRO, Jorge.** *Las funciones del control jurisdiccional del poder en Latinoamérica*. En *El Control del Poder*. Libro – Homenaje a Diego Valadés. Lima, Editorial Grijley. 2013.
248. **SORÍA, Daniel** (1997). *Los mecanismos iniciales de defensa de la Constitución, en el Perú: el poder conservador y el Consejo de Estado (1839-1855)*. Tesis para optar el Título Profesional de abogado. PUCP, Lima.
249. **SORRENTI, Giusi.** *L'interpretazione conforme a Costituzione*. Milán. Giuffrè. 2006.
250. **SPRIGGS, James y HANSFORD, Thomas.** "Explaining the Overruling of U.S. Supreme Court Precedent" En: *Papers Presented in the Center for the Study of Law and Society Bag Lunch Center for the Study of Law and Society Jurisprudence and Social Policy Program UC Berkeley*. 2012. Disponible en <http://escholarship.org/uc/item/4ht6r11q>. Consultado el 18 de octubre de 2015.

251. **STOLZ DA SILVEIRA, Sheila.** *La Moral Interna del Derecho. La Moral que Complementa la Estructura del Derecho Propuesto por Herbert Hart* disponible en: http://www.ambito-juridico.com.br/site/index.php?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=2273.
252. **SUÁREZ ELOY, Emiliano.** *Introducción al Derecho.* Santa Fe, Universidad Nacional del Litoral, 2004. p. 223.
253. **SUÁREZ LÓPEZ, José María.** *El Tratamiento Penal del Intrusismo.* En Revista Internacional de Doctrina y Jurisprudencia. Dic.-12. pp.1-25. Disponible en: http://www.ual.es/revistas/RevistaInternacionaldeDoctrinayJurisprudencia/pdfs/2012-12/articulos_el-tratamiento-penal-del-intrusismo.pdf. Consultada el 15 de agosto de 2015.
254. **TARUFFO, Michelle.** *Precedente y Jurisprudencia.* En *Precedente - Anuario Jurídico* 2007. p. 94. Disponible en: http://bibliotecadigital.icesi.edu.co/biblioteca_digital/handle/10906/2180. Consultada el 20 de octubre de 2015.
255. **TOMAS Y VALIENTE, Francisco.**
- *El Derecho Penal de la Monarquía Absoluta (siglos XVI, XVII Y XVIII)*, Madrid, 1969.
 - *Escritos sobre y desde el Tribunal Constitucional.* Editorial Centro de Estudios Constitucionales. 1993.
256. **TORRES VÁSQUEZ, Aníbal y MONROY GÁLVEZ, Juan.** *Fundamentos, Problemas y Posibilidades del Precedente Constitucional Vinculante en el Perú.* (Entrevista) En *JUS Constitucional* N° 1 Edit. Grijley. 2008. p. 120.
257. **TRIBE, Lawrence.** *American Constitutional Law.* New York, *The Fondation Press.* 1988.
258. **TROPEL, M.** *La máquina y la norma. Dos modelos de Constitución.* Doxa Cuadernos de Filosofía del Derecho. 22.1999.

259. **VALADÉS, D.**
- *El control del poder*. México, UNAM, 1998.
 - *Palabras de Diego Valadés en la Inauguración*. En *El Estado Constitucional Contemporáneo. Cultura y Sistemas Jurídicos Comparados*. México. 2006.
260. **VAN HOECKE, Marck.** *El Uso de Principios Jurídicos No Escritos por los Tribunales*. En DOXA. Cuadernos de Filosofía del Derecho N° 19. 1996. pp. 421-433.
261. **VANOSSI, Jorge Reinaldo A.** *Teoría constitucional*. Buenos Aires, Depalma, 1ª ed., 1976.
262. **VARGAS HERNÁNDEZ, Clara Inés.** *La Función Creadora del Tribunal Constitucional*. En *Revista de Derecho Penal y Criminología*. Vol. XXXII, N° 92. 2011. p. 18.
263. **VARGAS HERNÁNDEZ, Clara.** *La Función Creadora del Tribunal Constitucional*. En *Derecho Penal y Criminología – Revista del Instituto de Ciencias Penales y Criminológicas*. Vol. XXXII, N° 92. 2011. pp. 13-33.
264. **VERLY, Hernán.** *El Argumento Contramayoritario. Justificación del control judicial constitucional*. En: *Publicación. El Derecho – Diario* el 01 de octubre de 1991. P. 2. En [http://es.scribd.com/doc/151793043/Hernan-Verly-Argumento Contramayoritario](http://es.scribd.com/doc/151793043/Hernan-Verly-Argumento-Contramayoritario). Visita realizada el 28 de noviembre de 2013.
265. **VICENTE VILLARÁN, Manuel.** *Exposición de motivos del Anteproyecto de Constitución de 1931*. Lima, 1962.
266. **VILLAVICENCIO TERREROS, Felipe.** *Lecciones de Derecho Penal - Parte General*. Cultural Cuzco S.A. Editores. Lima. 1990. p.61.
267. **WALDRON, J. A** *Roughs – Based Critique of Constitutional Rights*. Oxford Journal of Legal Studies. 1993.

268. **WIELAND CONROY, Hubert.** *¿Puede una Ley de Reforma Constitucional ser Objeto de una Acción de Inconstitucionalidad?*. En: *PALESTRA - Portal de Asuntos Públicos de la PUCP* Disponible en:
http://repositorio.pucp.edu.pe/index/bitstream/handle/123456789/11950/puede_ley_reforma_Wieland.pdf?sequence=1. Consultada el 22 de setiembre de 2015.
269. **WRÓBLEWSKI, J.** *Constitución y Teoría General de la Interpretación Jurídica*. Cuadernos Civitas, Madrid. 2001.
270. **ZACCARIA, Giuseppe.** *La Jurisprudencia como Fuente del Derecho: Una Perspectiva Hermenéutica*. En *Isonomía* N° 32. 2010. pp. 93-117.
271. **ZACCARIA, Giuseppe.** *La libertad del intérprete: creación y vínculo en la praxis jurídica*. En *Razón Jurídica e Interpretación* (G. Zaccaria). Thomson Civitas, Madrid. 2004, p. 125 y
272. **ZAFARONI, Eugenio y otros.** *Derecho Penal – Parte General*. Buenos Aires, Editorial EDIAR. 2005. p. 116.
273. **ZAFFARONI, Eugenio; ALAGIA, Alejandro y SLOKAR, Alejandro.** *Derecho Penal - Parte General* Ed. Ediar, Buenos Aires. 2000. p. 466.
274. **ZAGREBLESKY**
- *Manuale di diritto costituzionale*. Turín, 1991.
 - *Storia e costituzione*. En *Il futuro della costituzione*. Ed. De G Zgrebelsky y otros. ELNAUDI. Torino 1996.
 - *El Derecho Dúctil. Ley, derechos, justicia*. Madrid Trotta. 2007.
275. **ZAPATA, Patricio.** *La Jurisprudencia del Tribunal Constitucional*. Corporación Tiempo. 2000.
276. **ZUÑIGA URBINA, Francisco.**

- *Control de Constitucionalidad y Sentencia. Cuadernos del Tribunal Constitucional. N° 34. 2006.*
- *Tribunal Constitucional. Problema de Posición y Legitimidad en una Democracia Constitucional. En Pensamiento Constitucional. Año XIV N° 14. p. 262.*