

**UNIVERSIDAD DE CASTILLA - LA MANCHA
FACULTAD DE CIENCIAS JURÍDICAS Y SOCIALES DE
TOLEDO**

**MÁSTER UNIVERSITARIO OFICIAL EN DERECHO
CONSTITUCIONAL**



**“Criterios de delimitación del control constitucional de las
leyes penales”**

ASESOR

Prof. Dr. Francisco Javier Díaz Revorio

MASTERANDO

Jorgeluis Alan Romero Osorio

Sede Lima

2017

A Jehová Dios por proteger mi existencia terrenal e iluminar mi mente en su infinita sabiduría.

A mis padres que me dieron la existencia y me enseñaron a caminar por la vida.

A mi esposa Miriam Elizabeth Zegarra Minaya, quien con sus sabios consejos y paciencia permitió que ocupara una parte de mi tiempo dedicada a ella a la consecución del presente trabajo.

*“Para que cada pena no sea una violencia de uno o de muchos
contra un ciudadano privado, debe ser esencialmente pública,
rápida, necesaria, la menor de las posibles en las
circunstancias dadas, proporcionada a los delitos, dictada por
las leyes”*

(Cesare Beccaria, De los delitos y de las penas, 1764)

ÍNDICE

| | |
|--|----|
| INTRODUCCIÓN | 6 |
| CAPÍTULO I | |
| LA RELACIÓN ENTRE EL DERECHO CONSTITUCIONAL Y EL DERECHO PENAL | 11 |
| 1. CONSTITUCIÓN Y DERECHO PENAL | 11 |
| 2. CONSTITUCIÓN Y PRINCIPIOS DEL DERECHO PENAL | 12 |
| 3. DERECHO CONSTITUCIONAL Y DOGMÁTICA PENAL | 13 |
| 4. ARGUMENTACIÓN CONSTITUCIONAL Y DERECHO PENAL | 18 |
| CAPÍTULO II | |
| INTERPRETACIÓN CONSTITUCIONAL Y DERECHO PENAL | 20 |
| 1. INTERPRETACIÓN CONSTITUCIONAL | 20 |
| 2. RASGOS DIFERENCIADORES DE LA INTERPRETACIÓN CONSTITUCIONAL CON LA INTERPRETACIÓN JURÍDICA EN GENERAL | 22 |
| 3. MÉTODOS DE LA INTERPRETACIÓN CONSTITUCIONAL | 23 |
| 3.1 Métodos generales | 24 |
| 3.2 Métodos específicos | 27 |
| 4. PRINCIPIOS DE INTERPRETACIÓN CONSTITUCIONAL | 29 |
| 5. INTERPRETACIÓN CONFORME A LA CONSTITUCIÓN | 32 |
| 6. INTERPRETACIÓN ORIENTADA A LA CONSTITUCIÓN | 35 |
| 7. INCONSTITUCIONALIDAD DE NORMAS | 36 |
| 8. RELACIÓN ENTRE INCONSTITUCIONALIDAD, INTERPRETACIÓN CONFORME A LA CONSTITUCIÓN E INTERPRETACIÓN ORIENTADA A LA CONSTITUCIÓN | 39 |
| 9. LÍMITES DE LA INTERPRETACIÓN CONSTITUCIONAL | 39 |
| CAPÍTULO III | |
| PRINCIPIOS CONSTITUCIONALES QUE DELIMITAN EL CONTROL CONSTITUCIONAL DE LAS LEYES PENALES | 43 |
| 1. FUNCIÓN DE LOS PRINCIPIOS EN EL CONTROL CONSTITUCIONAL DE LAS LEYES | 43 |
| 2. PRINCIPIO DE INTERDICCIÓN DE LA ARBITRARIEDAD DE LOS PODERES PÚBLICOS | 43 |
| 3. PRINCIPIO DE PROPORCIONALIDAD EN SENTIDO AMPLIO O DE PROHIBICIÓN DE EXCESO | 45 |
| 3.1 El principio de proporcionalidad como adecuación de los principios penales al ámbito constitucional | 45 |
| 3.2 Elementos definitorios del principio de proporcionalidad | 47 |
| 3.3 Presupuestos | 48 |
| 3.4 Ubicación constitucional | 49 |
| 3.5 Sub principios | 52 |
| 3.5.1 Examen de idoneidad | 53 |
| 3.5.2 Examen de necesidad | 55 |
| 3.5.3 Examen de proporcionalidad en sentido estricto | 59 |
| 3.6 Críticas a la aplicación del principio de proporcionalidad en el control de constitucionalidad de las leyes penales | 62 |
| CAPÍTULO IV | |
| LÍMITES DEL CONTROL CONSTITUCIONAL DE LAS LEYES PENALES | 73 |
| 1. CONTROL DE CONSTITUCIONALIDAD DE LAS LEYES PENALES | 73 |

| | |
|--|----------------|
| 1.1 Control constitucional de la observancia del principio de legalidad | 73 |
| 1.2 Control constitucional de la tipificación penal | 74 |
| 2. LÍMITES AL CONTROL CONSTITUCIONAL DE LAS LEYES PENALES | 76 |
| 2.1 El principio de proporcional como criterio racional en el control constitucional de las leyes penales | 76 |
| 2.2 Modelo racional de la actividad legislativa penal (control ex ante) aplicada al control constitucional de las leyes penales (control ex post) | 81 |
| CAPÍTULO V | |
| JURISPRUDENCIA CONSTITUCIONAL RELATIVA A LA APLICACIÓN DEL PRINCIPIO DE PROPORCIONALIDAD EN LA DELIMITACIÓN DEL CONTROL CONSTITUCIONAL DE LAS LEYES PENALES | 89 |
| 1. CASO PERUANO: CONSTITUCIONALIDAD DEL DELITO DE APOLOGÍA AL TERRORISMO | 89 |
| 1.1 Intensidad de la intervención | 90 |
| 1.2 Finalidad constitucionalmente legítima | 90 |
| 1.3 Relación entre el objetivo que se busca conformar y el fin que se persigue alcanzar | 92 |
| 2. CASO PERUANO: CONSTITUCIONALIDAD DEL DELITO DE VIOLACIÓN SEXUAL DE MENORES DE EDAD ENTRE 14 A 18 AÑOS | 93 |
| 3. CASO ESPAÑOL: CONSTITUCIONALIDAD DEL DELITO DE MALTRATO OCASIONAL | 96 |
| 3.1 Fundamentos de la cuestión de inconstitucionalidad | 97 |
| 3.2 Alegaciones del Fiscal General del Estado | 99 |
| 3.3 Alegaciones del Abogado del Estado | 99 |
| 3.4 Fundamentos jurídicos de la sentencia | 100 |
| 3.4.1 Aplicabilidad y relevancia del precepto cuestionado | 100 |
| 3.4.2 Adecuación constitucional del artículo 153.1 del Código Penal desde la perspectiva del artículo 14 de la Constitución española | 101 |
| 3.4.3 Examen de finalidad discernible y legítimo | 102 |
| 3.5 Fundamentos jurídicos del voto particular del magistrado Don Vicente Conde Martín de Hijas | 106 |
| 3.6 Fundamentos jurídicos del voto particular del magistrado Don Javier Delgado Barrio | 106 |
| 3.7 Fundamentos jurídicos del voto particular del magistrado Don Jorge Rodríguez Zapata Pérez | 107 |
| 3.8 Fundamentos jurídicos del voto particular del magistrado Don Ramón Rodríguez Arribas | 108 |
| CONCLUSIONES | 109 |
| BIBLIOGRAFÍA | 113 |
| APÉNDICE | 119 |

INTRODUCCIÓN

La ausencia de determinación de criterios que delimiten el control constitucional de las leyes penales constituye un problema actual. Así lo ha advertido Lothar Kuhlen, al señalar que “los criterios jurídico-constitucionales en los que se basa el juicio sobre la conformidad con la Constitución o inconstitucionalidad de determinadas interpretaciones de la ley, se revelan frecuentemente como ‘oscilantes’; los derechos fundamentales especialmente importantes en este caso son, debido a las ponderaciones a las que obligan, con frecuencia poco fértiles como criterio de examen; y además el principio de determinación (artículo 103 parágrafo 2 de la Ley Fundamental Alemana), relevante para la valoración de las leyes penales y de su interpretación, es, por su parte, muy indeterminado”¹. En consecuencia, en el presente trabajo se pretenderá establecer dichos criterios, teniendo como baremo el principio constitucional de proporcionalidad.

Históricamente a nivel de la jurisprudencia comparada, el Tribunal Constitucional Federal Alemán en sendos pronunciamientos ha tenido como objeto predominantemente normas del Derecho penal material². Entre las cuales dominan los *tipos penales* que se encuentran en diversas leyes (incluyendo los tipos de infracciones administrativas y contravencionales). Pese

¹ Kuhlen, Lothar, *La interpretación conforme a la Constitución de las leyes penales*, Marcial Pons, Madrid, 2012, pág. 35.

² Es el caso de la Sentencia del Tribunal Constitucional Federal (tomo 17 pág. 155) del año de 1963, donde se resolvió que la interpretación del artículo 129 del Código Penal (delito de Asociaciones terroristas), en el sentido que abarcaba en la interpretación amplia que resultaba plausible según el tenor literal del precepto también a los partidos políticos, conducía a una infracción del artículo 21 de la Ley Fundamental (partidos políticos). Por esta razón, el Tribunal consideró que el tipo tenía que ser “interpretado” conforme a la Constitución “entendiendo que los partidos no son asociaciones en el sentido de este precepto.” Otra sentencia relevante, es la sentencia dictada en 1977 (tomo 45, pág. 187), referida a la pena de privación perpetua de libertad, en esta ocasión del Tribunal Constitucional Federal declaró que el artículo 211 del Código Penal solamente es conforme a la Constitución “en una interpretación restrictiva, orientada al principio jurídico-constitucional de proporcionalidad”, en especial, de los elementos del asesinato “alevosía”, así como “intención de encubrimiento”. Finalmente, mediante Sentencia del Tribunal Constitucional Federal (tomo 73 pág. 206) del año de 1986, se afirmó que el concepto amplio de violencia de la jurisprudencia de los tribunales penales era, ciertamente, conforme a la Constitución, pero exigió, en contra de la praxis que había tenido lugar hasta el momento, una interpretación conforme a la Constitución del artículo 240 parágrafo 2 del Código Penal (delito de Coacciones), según la cual “la afirmación de violencia coactiva” en los casos de bloqueos mediante sentada “no es necesariamente un indicio de la antijuricidad del hecho”. Citado en Kuhlen, Lothar, *La interpretación conforme...*, ob. cit., págs. 43, 44 y 46.

a toda la diversidad de estos tipos, en cada uno de ellos la cuestión es su *restricción* conforme a la Constitución³.

En el ámbito del Derecho penal, José Fernández Cruz⁴ sostiene que existen tres caminos a la hora de fundamentar la constitucionalidad de una norma penal. El primero, es acudir a la dogmática de los principios, garantías y límites penales; el segundo es concurrir a la dogmática (general) de los derechos fundamentales elaborada por la doctrina constitucional y la teoría del derecho; y, el tercero, reside en elaborar una propuesta sobre el control de constitucionalidad de las leyes penales, que integre la doctrina general sobre el control de constitucionalidad, y los límites y principios penales reconocidos por las ciencias penales. Es por ello, que uno de los principales desafíos que debe abordar las ciencias penales reside en la elaboración de una Dogmática de los principios y límites al *ius puniendi* aplicable al control de constitucionalidad de las leyes penales.

Sin embargo, precisa el citado autor, que buena parte de las argumentaciones jurídicos penales no habían tenido en cuenta la dogmática de los derechos fundamentales, especialmente, la referida al principio de Proporcionalidad en sentido amplio o juicio constitucional de Proporcionalidad, a pesar de que su contenido y postulados esenciales (finalidad constitucionalmente legítima, necesidad e idoneidad, y proporcionalidad en sentido estricto) poseen una estrecha relación con límites materiales del Derecho penal como son, por ejemplo, los principios de exclusiva protección de bienes jurídicos, de lesividad, utilidad, fragmentariedad, subsidiariedad y proporcionalidad de las penas, entre otros⁵.

Esto ha supuesto, concluye el citado autor, que la dogmática de los principios y límites al *ius puniendi* ha adolecido de una falencia estructural a la hora de relacionarlos con los mecanismos de concreción de los derechos fundamentales. Asimismo, la mayor parte de

³ Kuhlen, Lothar, *La interpretación conforme...*, ob. cit., pág. 74.

⁴ Fernández Cruz, José Ángel, "Principialismo, garantismo, reglas y derrotabilidad en el control de constitucionalidad de las leyes penales", en *Revista Nuevo Foro Penal de la Universidad EAFIT - Medellín*, Vol. 11, N° 85, [julio-diciembre], 2015, pág. 55.

⁵ Fernández Cruz, José Ángel, "Principialismo, garantismo,...", ob. cit., pág. 57.

estos límites o principios penales no se encuentran expresamente reconocidos en los textos constitucionales. Por tanto, una de las principales tareas de una dogmática penal integrada en el control de constitucionalidad de las leyes penales reside en identificar o concretar qué límites y principios penales forman parte del acervo constitucional⁶.

Fue así, tal como refiere Juan Lascuraín⁷, que el Tribunal Constitucional Español ha venido interpretando a la Constitución como comprensiva de ciertos principios limitadores del legislador penal en cuanto garante de valores constitucionales básicos, y ha dibujado con cierto rigor su contenido en el marco de dicha interpretación.

No obstante, el citado autor afirma que cierta doctrina constitucionalista entiende que el control material de las leyes penales era ajeno al Tribunal Constitucional, a excepción, los relativos a que la conducta típica no podía ser ejercicio de un derecho fundamental y a que la pena no podía ser inhumana ni degradante; y el muy abstracto atinente a la interdicción de la arbitrariedad⁸.

Sin embargo, el citado autor afirma que el Tribunal Constitucional Español al momento de emitir pronunciamiento respecto al control constitucional de las leyes penales, ha mantenido una actitud deferente ante el legislador penal de un modo consciente y por razones de legitimación democrática. Así lo afirmado en sus sentencias, en las que son recurrentes las afirmaciones atinentes al amplísimo campo de decisión de que goza el legislador en el desarrollo de la política criminal y, correlativamente, a la prudencia de que propone revestirse el Tribunal a la hora de fijar su juicio de conformidad constitucional⁹.

Así lo ha venido entendiendo dicho alto Tribunal al señalar que corresponde en exclusiva al legislador el diseño de la política criminal: la determinación de los bienes penalmente protegidos, los comportamientos penalmente reprobables, el tipo y la cuantía de las sanciones

⁶ Fernández Cruz, José Ángel, "Principialismo, garantismo,...", ob. cit., pág. 58.

⁷ Lascuraín, Juan Antonio, "El control constitucional de las leyes penales", en *Derecho Penal y Constitución*, (dir. F. Velásquez), Universidad Sergio Arboleda, Bogotá, 2014, pág. 21.

⁸ Lascuraín, Juan Antonio, "El control constitucional...", ob. cit., pág. 23.

⁹ Lascuraín, Juan Antonio, "El control constitucional...", ob. cit., pág. 29.

penales, y la proporción entre las conductas que pretende evitar y las penas con las que intenta conseguirlo¹⁰.

Esta configuración supone “un complejo juicio de oportunidad” para el que el legislador, con excepción de la sujeción a “*pautas elementales que emanan del Texto constitucional*”, dispone “*de plena libertad*”. Es por ello, por lo que la labor de la jurisdicción constitucional ha de ser “muy cautelosa”: consiste sólo en determinar el “*encuadramiento constitucional*” de la norma, sin que comporte ninguna evaluación de calidad o perfectibilidad, siquiera en términos de valores constitucionales: con ello, la desestimación de un recurso o una cuestión no supone “*ningún otro tipo de valoración positiva en torno a la norma*” (STC 55/1996, F. J. 6; también: SSTC 161/1997, F. J. 9; 59/2008, F. J. 6; 45/2009, F. J. 7; 127/2009, F. J. 8; 41/2010, F. J. 5; 60/2010, F. J. 7)¹¹.

Sin embargo, un interesante contrapunto a esta “doctrina de la deferencia” lo encontramos en la reciente STC 60/2010, F. J. 7¹² sobre la pena de alejamiento, al señalar como el Derecho penal es constitucionalmente más intromisivo afecta de modo peculiar a bienes y derechos constitucionales, por tanto, han de ser más intensos sus límites y más exigente la labor de control de la jurisdicción constitucional.

Por su parte el Tribunal Constitucional peruano en la Sentencia del Pleno Jurisdiccional del 12 de diciembre del 2012 recaída en el Expediente N° 00008-2012-PI/TC Lima [fundamentos 15, 25, 44 y 76], ha analizado si la disposición penal contenida en el artículo 173, inciso 3) del Código Penal¹³ constituye una intervención injustificada en el ámbito constitucionalmente protegido del derecho al libre desarrollo de la personalidad contenido en el artículo 2 inciso 1) de la Constitución. Concluyendo, que los menores de edad entre 14 a 18 años de edad pueden ser titulares el derecho a la libertad sexual y no a la indemnidad sexual como se venía

¹⁰ SSTC 55/1996, F. J. 3; 59/2008, F. J. 6; 45/2009, F. J. 3; y, 127/2009, F. J. 3.

¹¹ Lascuraín, Juan Antonio, “El control constitucional...”, ob. cit., pág. 29.

¹² Lascuraín, Juan Antonio, “El control constitucional...”, ob. cit., pág. 30.

¹³ Artículo modificado por la Ley N° 28704, que establece en caso de los delitos de violación sexual de menores, que si la víctima tiene entre 14 y 18 años de edad, la pena será no menor de 25 ni mayor de 30 años independientemente de que se manifieste consentimiento en dichas relaciones.

sosteniendo hasta la actualidad (sin tener en consideración el consentimiento de la víctima); por tanto, las relaciones sexuales sostenidas con dichos menores con su consentimiento, no constituye delito, deviniendo en inconstitucional dicho precepto penal.

Para determinar los criterios que delimiten el control constitucional de las leyes penales, en el presente trabajo se planteará cinco objetivos: el primero, referido a establecer la relación existente en el Derecho constitucional y el Derecho penal; el segundo, será analizar la cuestión de la interpretación constitucional y establecer cuál sería el método de interpretación más propio para el control constitucional de las leyes penales y los límites del mismo; en tercer lugar, será establecer cuáles son los principios constitucionales aplicables al control constitucional de las leyes penales, destacándose al principio de proporcionalidad; en cuarto lugar, será verificar los diversos criterios de delimitación propuestos a dicho control constitucional y con ello verificar qué función cumplen los principios del Derecho penal en dicha delimitación; y, finalmente, se analizarán dos sentencias del Tribunal Constitucional peruano y una del Tribunal Constitucional español, en las cuales se determinará la aplicación del principio de proporcionalidad en el control constitucional de las leyes penales, utilizando como criterios de delimitación de dicho control a los principios del Derecho penal. Objetivos, que como se podrá notar con el índice del presente trabajo, se relacionan directamente con cada uno de los capítulos a desarrollarse en el presente trabajo.

CAPÍTULO I

RELACIÓN ENTRE EL DERECHO CONSTITUCIONAL Y EL DERECHO PENAL

1. CONSTITUCIÓN Y DERECHO PENAL

Ramiro Ávila Santamaría considera que: “El poder punitivo del Estado es una de las formas de intervención en el ejercicio de los derechos humanos, que se justifica sólo cuando es estrictamente necesario y cuando se atenta contra bienes jurídicos que están constitucionalmente protegidos. Es así, que los tipos penales no pueden proteger bienes jurídicos que no tengan sustento en principios y derechos humanos reconocidos constitucionalmente. Ahora bien, esta afirmación no implica que todo derecho humano reconocido en la Constitución deba tener un tipo penal, pero sí que todo tipo penal tenga sustento constitucional”¹⁴. En consecuencia, el Derecho penal, como cualquier otro sistema de normas, desde la perspectiva garantista de Luigi Ferrajoli, es una de las garantías a los derechos, con la que cuenta el Estado.

Sin embargo, Ramiro Ávila Santamaría¹⁵ precisa que esta garantía hay que tomarla con pinzas, porque al usarla necesariamente restringimos derechos de las personas objeto [preferimos el término sujetos] del poder penal. De este modo, Cobo y Vives Antón aseveran que la relación entre Constitución y Derecho Penal se acrecienta, frente a la que existe con otras ramas del derecho, en la medida en que, al ser la pena, la principal consecuencia del delito y erigirse en el último recurso del poder del Estado, generalmente se contempla en los

¹⁴ Ávila Santamaría, Ramiro, “El principio de legalidad vs. El principio de proporcionalidad (Reflexiones sobre la constitucionalidad de las leyes penales y el rol de los parlamentos y los jueces)”, en *El principio de proporcionalidad y la interpretación constitucional*, (edit. Miguel Carbonell), Ministerio de Justicia y Derechos Humanos, Quito, 2008, pág. 318.

¹⁵ Ávila Santamaría, Ramiro, “El principio de legalidad vs. El principio de proporcionalidad...”, ob. cit., págs. 318 y 319.

textos constitucionales, desprendiéndose de esa regulación consecuencias en lo que respecta a su concepto y finalidad¹⁶.

En conclusión, se puede afirmar que el Derecho penal es la rama del ordenamiento jurídico que más ligada se encuentra a la Constitución, si tenemos en cuenta además que es la que afecta en mayor medida a los individuos y a sus derechos fundamentales tales como la libertad¹⁷.

Postura que también comparten Laurence Tribe y Michael Dorf¹⁸ al sostener que desde su creación, la Constitución fue considerada como un documento que buscaba establecer un equilibrio delicado entre el poder del gobierno para lograr los grandes propósitos de la sociedad civil, por un lado, y la libertad individual, por el otro. Entre estos grandes propósitos se encuentra la persecución y sanción del delito, encontrándose de este modo directamente vinculado el Derecho penal con la Constitución.

2. CONSTITUCIÓN Y PRINCIPIOS DEL DERECHO PENAL

Yvan Montoya Vivanco¹⁹ sostiene que la relación entre el Derecho constitucional y el Derecho penal ha estado determinada tradicionalmente por un grupo de principios, que operaban como límites a la potestad punitiva del Estado: legalidad, proporcionalidad de la pena, lesividad, culpabilidad, entre otros. Todos los principios mencionados han operado, en un primer momento, como límites externos a la potestad punitiva del Estado a la manera de

¹⁶ Cobo & Vives, *Derecho Penal. Parte General*, (4ta. ed.), Valencia, 1996, pág. 45. Cfr. inciso 22 del artículo 139 de la Constitución Peruana. Citado en Aguado Correa, Teresa, “El Principio de Proporcionalidad en la jurisprudencia de Tribunal Constitucional Peruano”, en *Derecho Constitucional Penal*, (coord. José Urquiza Olaechea & Nelson Salazar Sánchez), Idemsa, Lima, 2012, pág. 18.

¹⁷ Incluso en la Exposición de Motivos de la ley orgánica a través del cual se aprobó en España el Código Penal de 1995, se afirma que, no sin razón, se ha considerado al Código Penal como una especie de “Constitución negativa”, por el lugar preeminente que ocupa en el conjunto del ordenamiento, al definir los presupuestos de aplicación de la pena, la “forma suprema que puede revestir el poder coactivo del Estado”.

¹⁸ Tribe, Laurence H. & Dorf, Michael C., *Interpretando la Constitución*, Palestra, Lima (2da edición), 2017, pág. 45.

¹⁹ Montoya Vivanco, Yvan, “Aproximaciones a una funcionalización constitucional de la teoría del delito”, en *Revista de Derecho PUCP*, N° 71, 2013/ISSN 0251-3420, pág. 110.

principios político-criminales que orientaban el trabajo del legislador penal. En un segundo momento, con el fenómeno del constitucionalismo o neo constitucionalismo, tales principios han pasado a ser jurídicamente vinculantes al legislador penal para su reconocimiento explícito (legalidad y proporcionalidad) o implícito (culpabilidad y lesividad) en nuestra Constitución²⁰.

En tal sentido, concluye el citado autor que la relación entre los contenidos de la Constitución y del Derecho penal, como puede evidenciarse, estuvo dirigida de manera casi exclusiva a los procesos de criminalización y, por ende, al legislador penal (salvo la prohibición de analogía). La idea central era dotar de normas vinculantes que impidieran, limitaran o racionalizaran el proceso de tipificación de conductas y de adscripción de penas a tales conductas²¹.

3. DERECHO CONSTITUCIONAL Y DOGMÁTICA PENAL

En la actualidad, se evidencia progresivamente una dimensión de operatividad práctica de los principios del Derecho penal y derechos fundamentales en el trabajo dogmático-penal y, como consecuencia de ello, en los contenidos de la propia Teoría del delito. En efecto, no se trata ahora sólo de límites externos a la configuración normativa del Derecho penal, sino de principios y normas fundamentales que configuran también el aparato teórico sobre el cual se asienta la aplicación ordinaria de la ley penal.

Yvan Montoya Vivanco²² sostiene que esta comprensión de impacto del constitucionalismo sobre el Derecho penal ha tenido un mayor desarrollo histórico en la doctrina penal italiana que en la doctrina penal alemana, la cual ha permanecido mucho más centralizada en el

²⁰ Sobre el reconocimiento constitucional de estos principios, ver las Sentencias del Tribunal Constitucional Peruano de fecha 9 de agosto de 2006 (expediente 003-2005) y de fecha 15 de diciembre de 2006 (expediente 0012-2006 PI/TC).

²¹ Montoya Vivanco, Yvan, "Aproximaciones a una funcionalización...", ob. cit., pág. 110.

²² Montoya Vivanco, Yvan, "Aproximaciones a una funcionalización...", ob. cit., pág. 110.

desarrollo sistemático del Derecho penal ajeno al desarrollo constitucional²³. Es así, que Manuel Atienza²⁴ advirtió un vacío en la dogmática penal actual, esto es, la ausencia de subordinación de los elementos descriptivos, explicativos y sistemáticos de la dogmática penal a los elementos de carácter valorativo que ofrece la Constitución. Sin embargo, rescata de dicha ausencia al tratado de Derecho Penal Parte General del autor español Santiago Mir, quien inicialmente en sus primeras ediciones definía al Derecho penal como un “conjunto de normas”, mientras que, en ediciones posteriores, esa definición aparece significativamente modificada en los términos siguientes: “un conjunto de normas, de principios y de valoraciones” (el cambio se produce en la edición 8va del año 2010)²⁵.

Este vacío también es corroborado por Klaus Tiedemann²⁶, quien explica que, desde la época de Weimar, los manuales y comentarios de Derecho penal se limitaron a mencionar los preceptos que en los textos constitucionales hacen referencia a las relaciones entre Derecho penal y Constitución. Incluso monografías tan fundamentales como la de Engisch, *Einheit der Rechtsordnung*, del año 1935, no llegan a ocuparse más que del llamado Derecho penal político. El tema apareció de nuevo, y con carácter general, tan sólo con la pequeña monografía de Hamann, publicada en 1963 bajo el título *Constitución y legislación penal*, a la que siguió el trabajo de habilitación de Stree en la Universidad de Tubinga sobre la Constitución y las sanciones penales.

Asimismo, Klaus Tiedemann²⁷ al advertir que el tratado de Jescheck agrupe los preceptos constitucionales relevantes para la materia penal en un único capítulo titulado “Principios de política criminal”, lo llevó a formular dos hipótesis: i) El Derecho constitucional influye y

²³ Respecto al análisis minucioso de la influencia del neo constitucionalismo en la dogmática penal italiana se puede consultar a Montoya Vivanco, Yvan, “Aproximaciones a una funcionalización...”, ob. cit., págs. 117 y ss.

²⁴ Atienza, Manuel, “Constitucionalismo y Derecho penal”, en *Constitución y derecho penal*, Marcial Pons, Madrid, 2012, pág. 39. Citado en Montoya Vivanco, Yvan, “Aproximaciones a una funcionalización...”, ob. cit., pág. 111.

²⁵ Atienza, Manuel, “Constitucionalismo y Derecho penal”, en *Constitución y sistema penal*, (dirs. Santiago Mir Puig & Mirentxu Corcoy Bidasolo, coord. Juan Carlos Hortal Ibarra), Marcial Pons, Madrid, 2012, pág. 27.

²⁶ Tiedemann, Klaus, “Constitución y derecho penal”, [trad. Luis Arroyo Zapatero], en *Revista Española de Derecho Constitucional*, núm. 33, [Septiembre-Diciembre], 1991, págs. 147 y 148. Publicada por el Instituto de Derecho Penal Europeo e Internacional de la Universidad de Castilla La Mancha, [www.cienciaspenales.net].

²⁷ Tiedemann, Klaus, “Constitución y...”, ob. cit., pág. 148.

conforma la política criminal. La dogmática del sistema penal, por el contrario, es asunto de la doctrina y la jurisprudencia, es decir, forma parte del “derecho ordinario” y es monopolio de la “jurisdicción ordinaria”; y, ii) Un cierto ámbito de las cuestiones fundamentales de la dogmática penal están abiertas a la influencia directa del orden constitucional, es decir, en cierto modo se encuentran a la vez dentro de las fronteras de la Constitución y en vinculación con la política criminal.

De acuerdo con la primera hipótesis antes planteada, el citado autor explica que en la historia de la jurisprudencia del Tribunal Constitucional alemán no hay rastro de influencia alguna en la Parte General del Derecho penal. Tan sólo por los partidarios de la teoría del dolo en relación al tratamiento del error en Derecho penal ha sido criticada una sentencia de Tribunal Constitucional del año 1975, a través de la cual se declaró expresamente conforme a la Constitución la regulación del error de prohibición, a pesar de que resultaba objetable el que, en el caso de un error evitable de error de prohibición, deba proceder tan sólo una atenuación facultativa de la pena, tal y como dispone el parágrafo 17.2 del Código Penal alemán. Mientras que lo correcto es que la culpabilidad de quien actúa con un error de valoración es siempre menor, pues no actúa de propósito contra el Derecho. Si el Tribunal Constitucional rechaza corregir la regulación del error de prohibición de acuerdo con el principio constitucional de culpabilidad por él mismo elaborado se debe a que hace de nuevo aparición su respeto por el arbitrio del legislador y el retraimiento frente a las categorías dogmáticas y disposiciones legales de la Parte General que rigen para los tribunales²⁸.

En el ámbito de la parte especial del Derecho penal, Klaus Tiedemann agrega que el Tribunal Constitucional alemán respecto de la prohibición de la analogía, ha llegado a poner seriamente en cuestión, la constitucionalidad de un precepto. En concreto, el del tipo de las coacciones y el concepto de violencia en él empleado, aunque tal cuestionamiento no llegara a tener efectos prácticos al quedar empatados los votos de los magistrados de la Sala Segunda. Tras esta divergencia se oculta la explicación de que el mandato de determinación

²⁸ Tiedemann, Klaus, “Constitución y...”, ob. cit., págs. 159 y 160.

de las normas penales es un mandato dirigido al legislador, mientras que la prohibición de la analogía se dirige a los jueces, y si bien al primero se le concede un amplio margen de arbitrio en la configuración de la ley, a los últimos se les somete a un control de constitucionalidad más severo²⁹.

Finalmente, Klaus Tiedemann³⁰ concluye que el Tribunal Constitucional alemán no sólo conforma de modo efectivo -aunque no siempre de forma correcta- los principios políticos criminales, sino también los propiamente penales, como el principio de determinación o taxatividad de los tipos penales. Aunque no exista una teoría jurídico-constitucional del delito como consecuencia de las diferencias valorativas y finalísticas entre Constitución y Derecho penal, hay motivos para asumir que muy particularmente la teoría del tipo penal -que Beling desarrollara a principios del siglo pasado a partir de la idea de la vinculación del juez y del Derecho penal a la ley-, así como también las categorías de antijuricidad y culpabilidad, son categorías abiertas, aunque en modo limitado, a la valoración y a la influencia jurídico-constitucional³¹.

En el Derecho penal italiano, Massimo Donini³² explica que a partir de los años setenta del siglo pasado en la doctrina penal italiana se ha venido entendiendo a la Constitución más que un mero límite, sino que constituye el fundamento de la pena y del Derecho penal. El Código Penal de 1930 se encontraba en un retraso tanto en su aspecto lingüístico como científico; fue por ello que la ciencia penal italiana haya depositado sus esperanzas en un mecanismo institucional más fuerte que el legislativo: el control de constitucionalidad de la leyes. La desconfianza en el Parlamento ha sostenido al movimiento que ha acudido a la Constitución

²⁹ Tiedemann, Klaus, "Constitución y...", ob. cit., pág. 163.

³⁰ Tiedemann, Klaus, "Constitución y...", ob. cit., pág. 164.

³¹ Tiedemann, Klaus, "Constitución y...", ob. cit., pág. 169. Al respecto, el autor Yvan Montoya Vivanco realiza una reconstrucción de una funcionalización constitucional de las categorías de la teoría del delito, partiendo del sistema funcionalista teleológico propuesto por Claus Roxin, quien reconoce que los principios que rigen la política criminal forman parte de la construcción dogmática de la teoría del delito. Para mayor detalle consultar a Montoya Vivanco, Yvan, "Aproximaciones a una funcionalización...", ob. cit., págs. 129 y ss.

³² Donini, Massimo, *El derecho penal frente a los desafíos de la modernidad*, ARA Editores, Lima, 2010, pág. 301.

y al Tribunal Constitucional para imponer al legislador desde arriba las reformas indispensables³³.

Ante esta problemática de vacío de la dogmática penal en el tratamiento de los principios constitucionales, Gonzalo Quintero Olivares³⁴ propone que la búsqueda de acomodo constitucional a los principios penales ha de hacerse de abajo a arriba, esto es, desde el Derecho penal hacia la Constitución, y nunca al revés. Esto quiere decir que las explicaciones doctrinales sobre delito y pena, función de las normas penales, entre otros, no pueden presentarse, *a priori*, como las únicas compatibles con la Constitución. Lo que se debe hacer es demostrar que las tesis doctrinales, que son diferentes entre sí, tienen cabida en la Constitución. Eso dejará fuera de examen a las ideas que, directamente, no respetan los principios esenciales del Estado de Derecho, comenzando por la igualdad -por ejemplo al Derecho penal del enemigo- y demás derechos fundamentales.

Por su parte Francesco Palazzo³⁵ sostiene: “en cierto sentido, la política criminal se ve afectada por un proceso de constitucionalización, especialmente evidente cuando se va más allá de la definición de los principios constitucionales en materia penal y la aclaración minuciosa de los posibles contenidos en ellos implícitos (legalidad, determinación de la ley penal, culpabilidad, reeducación) hasta arribar a la formulación de verdaderos y propios criterios constitucionales de ejercicio de la discrecionalidad legislativa (criterio de proporcionalidad y ponderación de los intereses penalmente en juego, criterio de *última ratio* de la tutela penal)”.

Finalmente, María José Jiménez Díaz tiene la postura que en el propio ámbito del Derecho penal se tiene que buscar un equilibrio entre libertad y seguridad, y tan sólo debe intervenir

³³ Donini, Massimo, *El derecho penal frente...*, ob. cit., págs. 304 y 305.

³⁴ Quintero Olivares, Gonzalo, et alí, “La construcción del bien jurídico protegido a partir de la Constitución”, en *Derecho penal constitucional*, (dir. Gonzalo Quintero Olivares, coord. Jordi Jaria i Manzano), Tirant lo Blanch, Valencia, 2015, pág. 113.

³⁵ Palazzo, Francesco, “Costituzione e diritto penale (un appunto sulla vicenda italiana)”, en *Rivista de Diritto Costituzionale*, 1999, Giappichelli Editore, pp. 167-181. Citado en la Sentencia del Pleno Jurisdiccional del Tribunal Constitucional Peruano del 12 de diciembre del 2012, recaída en el Expediente N° 00008-2012-PI/TC Lima [fundamentos 26].

en la medida en que sea absolutamente imprescindible su utilización para proteger a la sociedad y a sus miembros, ya sea frente a los nuevos riesgos, ya sea frente a los peligros clásicos. Ello siempre y cuando, se hayan mostrado infructuosos otros instrumentos menos lesivos, pues no debe olvidarse que la sociedad y el Estado disponen otros recursos tan eficaces o más que las penas para evitar la realización de comportamientos no deseados. Por supuesto, se deben respetar en todo caso los criterios dogmáticos de imputación y las garantías de un Derecho que se enmarca en un Estado Social y Democrático de Derecho³⁶.

4. ARGUMENTACIÓN CONSTITUCIONAL Y DERECHO PENAL

César Landa Arroyo³⁷ opina que el Derecho constitucional sujeta al Derecho penal por medio de la interpretación y argumentación constitucional. De ahí que se pueda señalar que las categorías jurídicas de la dogmática penal pueden ser, en unos casos, objeto de interpretación y, en otros, de definición de su contenido por parte del Tribunal Constitucional por medio de los distintos métodos de interpretación. Sin embargo, Otto Lagodny³⁸ considera que dicho fenómeno no ocurre en las argumentaciones jurídico-penales, en donde no se tiene en cuenta la dogmática de los derechos fundamentales comúnmente aceptada entre los constitucionalistas.

Por ello, Gonzalo Quintero Olivares³⁹ postula que en relación a la aplicación de las leyes penales, hay que exigir que su interpretación, además de observar los métodos de interpretación propios del Derecho penal, se acomode a la Constitución. Puesto que la norma

³⁶ Jiménez Díaz, María José, "Expansión del derecho penal y libertades", en *Constitución, Derecho y derechos. Libro de Ponencias del Primer Encuentro de la Red Justicia, Derecho, Constitución y Proceso*, (coord. Giovanni Priori Posada), Palestra, Lima, 2016, pág. 244.

³⁷ Landa Arroyo, César, "Interpretación constitucional y derecho penal", en *Anuario de Derecho Penal, Interpretación y aplicación de la ley penal*, 2005, pág. 103. En https://www.unifr.ch/ddp1/derechopenal/anuario/an_2005_06.pdf (visitado el 15 de Setiembre del 2016).

³⁸ Lagodny, Otto, "El Derecho penal sustantivo como piedra de toque de la dogmática constitucional", en *La teoría del bien jurídico ¿Fundamentos de legitimación del Derecho penal o juego de abalorios dogmático?*, (ed. Roland Hefendehl), Marcial Pons, Madrid, 2007, pág. 129.

³⁹ Quintero Olivares, Gonzalo, et al., "Aspectos generales", en *Derecho penal constitucional*, (dir. Gonzalo Quintero Olivares, coord. Jordi Jaria i Manzano), tirant lo blanch, Valencia, 2015, págs. 23 y 24.

fundamental se proyecta en todo el sistema jurídico y, particularmente, en un ámbito tan sensible para los principios constitucionales y los derechos fundamentales como es el Derecho penal, siendo que la Constitución siempre vencerá en el choque contra una ley penal o la interpretación de esta.

Asimismo, Manuel Atienza⁴⁰ sugiere que los penalistas deberían asumir lo siguiente: En primer lugar, que los conceptos básicos del Derecho penal tienen una dimensión valorativa, y que su comprensión y manejo exigen necesariamente tomar en consideración elementos morales. En segundo lugar, en la construcción de la dogmática penal se necesita partir de la distinción entre reglas y principios o de alguna otra equivalente. Finalmente, tendrían que asumir que la jurisdicción tiene necesariamente un carácter dinámico y que, para justificar sus decisiones, al menor en los casos difíciles, los jueces necesitan -usan de hecho- instrumentos argumentativos que no consisten únicamente en subsumir o interpretar acudiendo a los cánones habituales de la interpretación jurídica; de ahí la necesidad de reconocer un papel -aunque limitado- a la Ponderación.

⁴⁰ Atienza, Manuel, "Constitucionalismo y Derecho penal", ob. cit., págs. 38 y 39.

CAPÍTULO II

INTERPRETACIÓN CONSTITUCIONAL Y DERECHO PENAL

1. INTERPRETACIÓN CONSTITUCIONAL

Paolo Comanducci⁴¹ asevera que tanto en el ámbito de la Filosofía del Derecho como en el del Derecho Constitucional resulta hoy frecuente que se discuta el problema de la llamada “especificidad” de la interpretación constitucional respecto a las otras interpretaciones del Derecho. Más aún, si en la propia interpretación jurídica existen problemas en torno a su verdadero significado y aplicación⁴². Entonces, -sostiene Juan Igartua Salaverría⁴³- carece de sentido decir que la interpretación determina el significado “verdadero” de la ley; como mucho, puede determinar un significado en base a criterios aceptables, pero de ningún modo absolutos (porque estos no existen).

Por su parte Konrad Hesse⁴⁴ es de la opinión que la interpretación constitucional, en sentido estricto, se plantea como problema cada vez que ha de darse respuesta a una cuestión constitucional que la Constitución no permite resolver de forma concluyente. Para el Derecho constitucional la importancia de la interpretación es fundamental, pues, dado el carácter abierto y amplio de la Constitución, los problemas de interpretación surgen con mayor frecuencia que en otros sectores del ordenamiento cuyas normas son más detalladas⁴⁵. Es así, que el contenido de la interpretación es el de hallar el resultado constitucionalmente “correcto” a través de un procedimiento racional y controlable⁴⁶.

⁴¹ Comanducci, Paolo, “Modelos e Interpretación de la Constitución”, en *Interpretación jurídica y teoría del Derecho*, (edit. Isabel Lifante Vidal), Palestra, Lima, 2010, pág. 93.

⁴² Una exposición detallada de esta problemática la podemos encontrar en Tarello, Giovanni, “El problema de la interpretación: una formulación ambigua”, en *Disposición vs. Norma*, (edit. Susanna Pozzolo & Rafael Escudero), Palestra, Lima, 2011, págs. 111 y ss.

⁴³ Igartua Salaverría, Juan, *El razonamiento en las resoluciones judiciales*, Palestra, Lima, 2009, pág. 45.

⁴⁴ Hesse, Konrad, *Escritos de Derecho Constitucional*, Centro de estudios constitucionales, Madrid (2da. edición), 1992, pág. 33.

⁴⁵ Hesse, Konrad, *Escritos de Derecho Constitucional*, ob. cit., pág. 34.

⁴⁶ Hesse, Konrad, *Escritos de Derecho Constitucional*, ob. cit., pág. 35.

Mientras que César Landa Arroyo⁴⁷ asevera que la interpretación se convierte en un tema de interés constitucional sólo cuando la propia norma política suprema se transforma en una norma jurídica cuyo cumplimiento directo puede ser exigir por los ciudadanos. Además, como explica Javier Pérez Royo⁴⁸, la Constitución posee una estructura normativa diferente a la ley, ya que, a diferencia de ésta, la Constitución es una norma única, que no es expresión de regularidad alguna en los comportamientos sociales, y cuya estructura no supone habitualmente la tipificación de una conducta para anudarle determinadas consecuencias jurídicas.

De este modo, César Landa Arroyo⁴⁹ concluye que sobre la base del orden supremo constitucional y de los problemas de la eficacia vinculatoria de los derechos fundamentales, se puede decir que la interpretación constitucional se convierte en un problema jurídico del derecho constitucional contemporáneo. Esto se confirma con la judicialización de la Constitución por medio del papel de los tribunales constitucionales, en tanto se convierten en los supremos intérpretes de la Constitución.

A pesar de esta problemática, diversos autores entre ellos Francisco Eguiguren Praeli⁵⁰, han intentado dar una definición de lo que significa la interpretación constitucional, al entenderlo como un proceso de análisis y razonamiento jurídico destinado a esclarecer y determinar el contenido de un precepto o disposición constitucional, así como la compatibilidad con éste de una norma legislativa concreta. De esta forma, la interpretación viene así a “agregar” o “concretizar” un contenido normativo que no fluye explícita o expresamente del texto literal de una disposición constitucional, completando este contenido por la acción del intérprete. Los tradicionales métodos de interpretación jurídica utilizados en el derecho (gramatical, lógico, histórico, teleológico, entre otros) también son de aplicación en

⁴⁷ Landa Arroyo, César, “Interpretación constitucional y...”, ob. cit., pág. 78.

⁴⁸ Pérez Royo, Javier, *Curso de Derecho Constitucional*, Marcial Pons, Madrid (7ª ed.), 2000, págs. 135 ss.

⁴⁹ Landa Arroyo, César, “Interpretación constitucional y...”, ob. cit., pág. 79.

⁵⁰ Eguiguren Praeli, Francisco José, “Las sentencias interpretativas o ‘manipulativa’ y su utilización por el Tribunal Constitucional Peruano”, en Instituto de investigaciones jurídicas de la Universidad Autónoma de México, pág. 323. En <https://es.scribd.com/document/356494707/Las-Sentencias-Interpretativas-Eguiguren-Praeli> (visitado el 15 de setiembre del 2016).

la interpretación constitucional; sin embargo éstos no son, por sí solos, suficientes para la adecuada realización de esta tarea.

Finalmente, Francisco Eguiguren Praeli⁵¹ advierte sobre un error que se suele cometer cuando se alude a la interpretación jurídica, que puede ser especialmente grave en materia de interpretación de la Constitución. El cual consiste en considerar que la tarea de interpretación constitucional supone “encontrar” un “único” contenido o sentido oculto del precepto constitucional. En realidad, cuando se plantea un problema de interpretación constitucional, es porque de una disposición o de un precepto constitucional pueden razonablemente desprenderse más de un contenido o sentido normativo, debiendo el intérprete escoger uno de éstos, el que, cumpliendo razonablemente con las pautas de interpretación, considera el más apropiado para resolver el problema planteado respecto a la compatibilidad constitucional de una ley o norma jurídica. Existiendo otros posibles sentidos de interpretación del precepto constitucional, lo que se exige es que el sentido elegido por el intérprete sea razonable y consistentemente fundamentado⁵².

2. RASGOS DIFERENCIADORES DE LA INTERPRETACIÓN CONSTITUCIONAL CON LA INTERPRETACIÓN JURÍDICA EN GENERAL

Domingo García Belaunde⁵³ distingue cuatro rasgos diferenciadores de la interpretación constitucional, los cuales vienen a ser los siguientes:

- a) La Constitución es el texto que en forma más elevada se encuentra en el ordenamiento jurídico, por tanto, la interpretación constitucional no solo se reduce a la misma, sino que se expande a otras áreas del derecho y las afecta, lo que no sucede con otras

⁵¹ Eguiguren Praeli, Francisco José, “Las sentencias interpretativas...”, ob. cit., pág.323.

⁵² Eguiguren Praeli, Francisco José, “Las sentencias interpretativas...”, ob. cit., pág.323.

⁵³ García Belaunde, Domingo, “La interpretación constitucional en su laberinto”, en *Cuadernos sobre jurisprudencia constitucional*, N° 11, [diciembre], 2016, págs. 22 y 23.

ramas del Derecho (una interpretación penal no tiene por qué afectar, en principio, a la normativa laboral o mercantil).

- b) La interpretación constitucional de las leyes tiene como criterios la presunción de constitucionalidad y la previsión de consecuencias.
- c) La interpretación constitucional debe tener entre sus metas la defensa y protección de los derechos humanos.
- d) La interpretación constitucional debe ayudar a la “gobernabilidad”, no en los aspectos menudos del trajín diario, sino en los grandes temas y dentro de un marco de razonabilidad.

3. MÉTODOS DE LA INTERPRETACIÓN CONSTITUCIONAL

Peter Häberle⁵⁴ afirma que: “Los métodos de interpretación determinan no solo el contenido material de la Constitución, ellos son, por su parte, en cualidad, rango y en su relación entre sí, dependientes de los principios constitucionales”. Por su parte, Javier Díaz Revorio⁵⁵ señala que las peculiaridades del objeto de interpretación constitucional penetran de forma inevitable en el método de la misma. Lo cual no significa que en la interpretación constitucional no sean útiles los elementos o argumentos tradicionalmente empleados en la interpretación jurídica. Pero que, sin embargo, no actúan de manera idéntica como lo hacen generalmente en la interpretación de normas infra constitucionales, y por tanto requieren ser completados con otros criterios o elementos propios de la interpretación constitucional.

⁵⁴ Häberle, Peter, *Tiempo y Constitución Ámbito público y jurisdicción constitucional*, Palestra, Lima (1ra. edición), 2017, pág. 29.

⁵⁵ Díaz Revorio, Francisco Javier, “Interpretación de la Constitución y juez constitucional”, en *Revista IUS, del Instituto de Ciencias Jurídicas de Puebla*, México, año X, núm. 37, [Enero-Junio], 2016, pág. 16.

3.1 Métodos generales

Francisco Díaz Revorio⁵⁶, utilizando la clasificación de los métodos de interpretación jurídica efectuada por Savigny, describe cada uno de los criterios tradicionales o métodos generales de la interpretación jurídica aplicados a la interpretación constitucional, los cuales se detalla a continuación:

- a) Criterio gramatical.** Se basa en el sentido propio de las palabras, esto es, en la dicción literal del texto. Es un imprescindible punto de partida en la interpretación constitucional. En aquellos supuestos en que la dicción literal es clara y terminante, la interpretación gramatical es el método más fiable. Así, por ejemplo, el propio Tribunal Constitucional español ha afirmado que “una interpretación que conduzca a un resultado distinto de la literalidad del texto [se produce] cuando existe ambigüedad o cuando la ambigüedad puede derivar de conexión o coherencia sistemática entre preceptos constitucionales”⁵⁷. Sin embargo, y tomando en cuenta la frecuencia de términos generales y ambiguos en la redacción de la Constitución, el criterio literal o gramatical se muestra manifiestamente insuficiente en esta labor interpretativa, y sólo en contados casos puede resultar decisivo.
- b) Criterio sistemático.** Este elemento posee una gran importancia en la interpretación constitucional. Entendido en sentido amplio, engloba tres argumentos. El argumento *a coherentia*, según el cual los enunciados legales han de interpretarse tomando en cuenta que no pueden expresar normas incompatibles. El argumento *sedes materiae*, por el cual se atribuye un significado normativo a un precepto dudoso tomando en cuenta el lugar que ocupa el texto normativo del que forma parte. Por último, el argumento sistemático en sentido estricto, que atribuye un significado normativo a un enunciado tomando en cuenta otros preceptos o normas. Esto es, al contexto jurídico

⁵⁶ Díaz Revorio, Francisco Javier, “Interpretación de la Constitución y juez constitucional”, ob. cit., págs. 17-19. También puede consultarse en el ámbito peruano la clasificación de los métodos de interpretación jurídica efectuada por Rubio Correa, Marcial Antonio, *Manual de razonamiento jurídico*, Fondo Editorial de la Pontificia Universidad Católica del Perú, Lima, 2017, págs. 80-133.

⁵⁷ STC 72/1984 de 14 de junio, F. J. 6.

al que se refiere, por ejemplo, el artículo 3.1 del Código Civil español. Todos ellos presentan notable utilidad a la hora de interpretar la Constitución y son utilizados reiteradamente por los tribunales constitucionales⁵⁸.

- c) Los antecedentes históricos y legislativos.** En el caso de la norma fundamental, nos referimos a los precedentes constitucionales y los debates parlamentarios que dieron origen a su aprobación. Este elemento también ha sido utilizado por el Tribunal Constitucional (por ejemplo en las SSTC 27/1981 de 20 de julio, F. J. 2; 67/1983 de 22 de julio, F. J. 3; y, 53/1985 de 11 de abril), pero su importancia es relativa ya que sirve de apoyo a otros métodos. Así lo viene entendiendo el propio Tribunal Constitucional español al afirmar que los debates parlamentarios “son un importante elemento de interpretación, aunque no la determinen”⁵⁹.
- d) Interpretación teleológica.** Es la que busca el significado de un precepto de acuerdo con su finalidad. Posee también relevancia a la hora de interpretar el texto constitucional. Sin perjuicio de que cada precepto constitucional puede tener su finalidad, hay un sistema constitucional de valores y principios que determinan los fines de la Constitución, y del resto del ordenamiento. El Tribunal Constitucional español ha afirmado que el sistema constitucional de valores impone una interpretación finalista de la Constitución⁶⁰.
- e) La interpretación evolutiva.** Aparte de los métodos antes descritos, hay que referirse también a la utilización del llamado criterio evolutivo. El Código Civil español se refiere en su artículo 3.1 a la realidad social del tiempo en que han de ser aplicadas las normas. Pero este elemento posee mayor trascendencia en la interpretación constitucional, dado que la Constitución ha de tener una especial de permanencia y estabilidad. De este modo, resulta la norma fundamental y suprema de un sistema político y social

⁵⁸ El Tribunal Constitucional español ha utilizado el argumento *a coherentia* para interpretar la prerrogativa de la inmunidad parlamentaria de forma coherente y no contradictoria con los valores de igualdad y justicia, y el derecho a la tutela judicial efectiva (por ejemplo en las SSTC 90/1985 de 22 de julio o 206/1992 de 27 de noviembre, F. J. 3; sentencias que realizan una interpretación finalista de dicha prerrogativa).

⁵⁹ STC 5/1981 de 13 de febrero, F. J. 9, y otras posteriores.

⁶⁰ STC 18/1981 de 8 de junio, F. J. 2.

llamada a perdurar en el tiempo. Esta permanencia no sería posible si la interpretación de la misma no se realizase tomando en cuenta la realidad social a la que ha de aplicarse.

Robert Alexy⁶¹ precisa que estos métodos generales de interpretación representan procedimientos de interpretación, que intentan superar el problema de la fundamentación de las decisiones jurídicas. Por tanto, vienen a ser reglas o procedimientos que posibilitan la transición de normas jurídicas y proposiciones empíricas hacia decisiones jurídicas. Constituyen así un componente esencial de la teoría de la interpretación jurídica y de la teoría de la argumentación en general. Sin embargo, la fundamentación de una jerarquía entre estos métodos de interpretación es una de las cuestiones más discutidas, y aún no resueltas, de la metodología de la interpretación jurídica⁶².

Por su parte Juan García Amado⁶³, define esta problemática en el sentido de que por la propia diversidad de dichos cánones o métodos de interpretación, dicha condición no constituye una ventaja sino una de las principales dificultades, pues por lo común métodos diversos sustentan la preferencia de interpretaciones distintas.

Asimismo, José Moreso⁶⁴ también advierte esta problemática, al referirse del lugar de las intenciones en la interpretación, es decir, al debate entre las teorías objetivas y subjetivas de interpretación, advirtiendo incluso que en el campo de la interpretación constitucional se ha insistido recientemente en una versión de la teoría subjetiva denominada “originalismo”, según el cual el texto de la Constitución debe ser interpretado de conformidad con las intenciones de los autores del texto.

⁶¹ Alexy, Robert, *Teoría de la argumentación jurídica*, págs. 24 y ss. Citado en Portocarrero Quispe, Jorge Alexander, *La ponderación y la autoridad en el derecho. El rol de los principios formales en la interpretación constitucional*. Marcial Pons, Madrid, 2016, pág. 242.

⁶² Portocarrero Quispe, Jorge Alexander, *La ponderación y la autoridad en el derecho...*, ob. cit., pág. 243.

⁶³ García Amado, Juan Antonio, *Razonamiento jurídico y argumentación. Nociones Introductorias*, Zela, Puno (1ra edición), 2017, pág. 152.

⁶⁴ Moreso, José Juan, *La indeterminación del Derecho y la interpretación de la Constitución*, Palestra, Lima (2da edición ampliada), 2014, pág. 191.

Cuestiones que en el presente trabajo no serán objeto de solución, puesto que lo que se pretende con esta exposición, es describir los diversos métodos existentes en la interpretación jurídica en general y cuáles son los más útiles para su aplicación en la interpretación constitucional. Siendo el objeto de este capítulo establecer ¿cuál es el método específico de la interpretación constitucional utilizado al momento de efectuar el control constitucional de las leyes penales?, objetivo que se desarrollará a continuación.

3.2 Métodos específicos

Francisco Díaz Revorio⁶⁵ realiza una exposición de los métodos específicos de la interpretación constitucional, que surgieron a través de la doctrina constitucional, los cuales vienen a ser los siguientes:

- a) **Método basado en la concretización.** Propuesto por Konrad Hesse, el cual implica la pre comprensión de la norma y del problema por parte del intérprete. Consistiendo en una actuación tópica, orientada y limitada por la norma. Mediante esta actuación y la *inventio*, se encuentran puntos de vista que se someterán a opiniones, a favor o en contra, para fundamentar la decisión. En este proceso, juegan un papel importante los métodos tradicionales o generales y los principios propios de interpretación constitucional.
- b) **Método tópico.** Este método parte de la especial estructura normativa de la Constitución y las peculiaridades de su relación con la ley. Desde esta perspectiva, la Constitución no determina el contenido de la ley ni la actuación del legislador, sino que fija sólo los límites de tal actuación.
- c) **El método de la ponderación⁶⁶.** Es el método que en las últimas décadas ha tenido más éxito. Siendo su objeto el resolver los conflictos entre derechos, partiendo de la

⁶⁵ Díaz Revorio, Francisco Javier, "Interpretación de la Constitución y juez constitucional", ob. cit., págs. 19-23.

⁶⁶ Giorgio Pino, entiende por balance o ponderación a "... una técnica argumentativa generalmente utilizada para decidir judicialmente un caso que parece simultáneamente subsumible bajo dos o más normas en conflicto, y en el que falta un criterio de coordinación formalmente previsto o convencionalmente aceptado por los operadores jurídicos... En ausencia de un criterio jurídico claro y predeterminado que asigne una prioridad de forma general y abstracta a una de las dos normas o intereses en conflicto, el juez tendrá que elegir qué norma o interés

consideración de que los derechos son en realidad principios y no reglas conforme a la postura de Robert Alexy. Asimismo, dichos principios no se aplican según el criterio “o todo, o nada”, sino que permite una gradualidad en su aplicación. De este modo, los conflictos entre derechos no se resuelven jerarquizándolos o sacrificando al que quede en posición inferior o supeditada, sino estableciendo fórmulas que permitan la maximización de ambos derechos y la minimización de sus límites, precisamente en una labor de ponderación o balance. Por otro lado, la labor de ponderación no sólo la llevan a cabo los jueces, sino también, y en primera instancia, el legislador, quien al momento de aprobar leyes debe expresa o implícitamente considerar el peso de los principios en juego que pueden entrar en contradicción. Finalmente, la labor del juez constitucional consiste en comprobar si la ponderación efectuada por el legislador es acorde con los principios constitucionales en juego, de tal manera que el sacrificio que cada uno de ellos pueda sufrir no resulte, en las circunstancias del caso, desproporcionado. Es aquí donde surge el principio de proporcionalidad, el cual permite determinar si la restricción de un derecho-principio determinado es o no legítima. Es decir, cuando una afectación a un derecho se convierte en una vulneración del mismo. En tal sentido, la ponderación sirve para resolver conflictos entre principios

considera más relevante en el caso concreto y, por lo tanto, predominante con respecto a los otros o, de ser posible, buscar una conciliación (precisamente, un balance) entre las normas o intereses en conflicto. Estas circunstancias se verifican, típicamente, cuando el conflicto involucra normas que tienen (o las que se les atribuye) la calificación de principios y, especialmente, principios ‘fundamentales’ que adscriben derechos a su vez fundamentales”. Pino, Giorgio, *Derechos fundamentales, conflictos y ponderación*, Palestra, Lima, 2013, pág. 133. Por su parte Karl Larenz afirma en torno a la ponderación de bienes lo siguiente: “... en conexión con la interpretación ‘conforme a la Constitución’, que el Tribunal Constitucional Federal se sirve del método de la ‘ponderación de bienes en el caso particular’ para determinar el concreto alcance de los derechos fundamentales o principios constitucionales que colisionan entre sí en el caso particular. [...] La amplitud con que la jurisprudencia de los tribunales hace uso de este método se explica especialmente por la ausencia de una delimitación tajante de los supuestos de hecho de estos derechos, la no indicación de notas distintivas, por ejemplo, respecto de lo que es ‘exigible’. [...] En caso de conflicto, si la paz jurídica ha de restablecerse de nuevo, uno u otro derecho (o uno de los respectivos bienes jurídicos) tiene que ceder hasta un cierto punto ante el otro, o cada uno ante otro. La jurisprudencia de los tribunales consigue esto mediante una ‘ponderación’ de los derechos y bienes jurídicos que están en juego conforme al ‘peso’ que ella concede al bien respectivo en la respectiva situación. Pero el ‘ponderar’ y ‘sopesar’ es solo una imagen; no se trata de dimensiones cuantitativamente mensurables, sino del resultado de valoraciones que -en ello reside la mayor dificultad- no solo deben ser dirigidas a una pauta general, sino a la vez a la situación concreta en cada caso.” Larenz, Karl, *Metodología de la Ciencia del Derecho*, Ariel, Barcelona, 2010, pág. 400.

constitucionales, y sería un método o criterio constitucional; en cambio, el principio de proporcionalidad sirve más bien para valorar la constitucionalidad de leyes, normas o actos infra constitucionales, en la medida en que afectan a derechos-principios constitucionales⁶⁷.

Francisco Díaz Revorio⁶⁸, concluye que, a pesar de la relevancia de las peculiaridades de los métodos específicos antes reseñados, estos no configuran un método radicalmente diferente al propio de la interpretación jurídica en general, por tanto, resulta necesario la conjugación de todos estos métodos o criterios de interpretación para la resolución de un caso concreto, debiendo de añadirse en dicho análisis los principios constitucionales⁶⁹.

Asumiendo la postura de Francisco Díaz Revorio en el sentido de que el principio de proporcionalidad es el más adecuado al momento de efectuar el control constitucional de las leyes, podemos afirmar que el método específico de la ponderación es el utilizado al efectuarse el control constitucional de las leyes penales, ello claro está con la aplicación del principio de proporcionalidad.

4. PRINCIPIOS DE INTERPRETACIÓN CONSTITUCIONAL

César Landa Arroyo⁷⁰ afirma que los principios de interpretación constitucional cumplen con la misión de orientar y canalizar el proceso de interpretación para la solución de un

⁶⁷ Por su parte Carlos Bernal sostiene: “La ponderación se identifica con la aplicación del principio de proporcionalidad en sentido estricto. Por esta razón, algunos autores denominan ‘mandato de ponderación’ a este último principio. Sin embargo, otros definen a la ponderación en un sentido más amplio, como el procedimiento mediante el cual se establece qué derecho debe prevalecer en una colisión entre derechos fundamentales. Cuando se asigna a la ponderación este significado más general, el principio de proporcionalidad en sentido amplio es entendido como la ‘medida de la ponderación’. De tal modo, en este segundo sentido, mientras la ponderación se define como un tipo de juicio o examen judicial, el principio de proporcionalidad en sentido amplio se concibe como un criterio para llevarla a cabo.” Bernal Pulido, Carlos, *El principio de proporcionalidad y los derechos fundamentales. El principio de proporcionalidad como criterio para determinar el contenido de los derechos fundamentales vinculante para el Legislador*. Universidad Externado de Colombia, Bogotá (4ta edición), 2014, pág. 202.

⁶⁸ Díaz Revorio, Francisco Javier, “Interpretación de la Constitución y juez constitucional”, ob. cit., págs. 24.

⁶⁹ Similar posición la podemos encontrar en García Belaunde, Domingo, “La interpretación constitucional en su laberinto”, ob. cit., pág. 21.

⁷⁰ Landa Arroyo, César, “Interpretación constitucional y...”, ob. cit., pág. 89.

problema, como un marco teórico y analítico de la Constitución para la solución del caso concreto. Así, siguiendo a Konrad Hesse, reconoce los siguientes principios:

a) Principio de la unidad de la Constitución. Plantea la relación y la interdependencia de los distintos elementos normativos con el conjunto de las decisiones fundamentales de la Constitución. Así, se deben identificar los principios fundamentales de la parte dogmática, orgánica y económica de la Constitución. Konrad Hesse⁷¹ precisa que dicha relación e interdependencia obliga a no contemplar en ningún caso sólo la norma aislada sino siempre además en el conjunto en el que debe ser situada; todas las normas constitucionales han de ser interpretadas de tal manera que se eviten contradicciones con otras normas constitucionales.

b) Principio de la concordancia práctica. Postula la coordinación de los distintos bienes jurídicos constitucionales conservando su contenido esencial por medio de la ponderación proporcional de valores o bienes, sin sacrificar a unos por otros. De este modo, se debe respetar el núcleo intangible de cada bien constitucional en conflicto, de manera que no se afecten mutuamente en su modo, forma, espacio o tiempo de ejercicio, siempre y cuando exista razonabilidad y proporcionalidad de la recíproca limitación. Al respecto Konrad Hesse señala que este principio tiene una íntima relación con la anterior, pues mientras el principio de la concordancia práctica implica que ante la existencia de una colisión no se debe, a través de una “precipitada ponderación de bienes” o incluso “abstracta ponderación de valores”, realizar el uno a costa del otro. Mientras que el principio de la unidad de la Constitución exige una labor de “optimación”, es decir, resulta necesario establecer los límites de tales bienes a fin de que ambos alcancen una efectividad óptima. Siendo que la fijación de límites debe responder en cada caso concreto al principio de proporcionalidad; no debe ir más de lo que venga exigido por la realización de la concordancia entre ambos bienes jurídicos⁷².

⁷¹ Hesse, Konrad, *Escritos de Derecho Constitucional*, ob. cit., pág. 45.

⁷² Hesse, Konrad, *Escritos de Derecho Constitucional*, ob. cit., págs. 45 y 46. Asimismo, Konrad Hesse precisa que “Proporcionalidad” significa en este contexto una relación entre dos magnitudes variables, concretamente

- c) Principio de la corrección funcional.** Postula que el intérprete respete las competencias de los poderes públicos y organismos estatales sin restringir las funciones constitucionales de alguna de ellas. Así, el legislador no puede regular en concreto para un caso específico, sino de manera abstracta y general porque, de lo contrario, podría invadir la esfera de competencia y actuación concreta del Poder Ejecutivo o del Poder Judicial.
- d) Principio de eficacia integradora.** Valora el mantenimiento de la unidad política de la Constitución, lo que demanda preferir las soluciones jurídico-políticas que promuevan la integración social y la unidad de la Constitución. Con esto se busca afirmar el carácter supremo y pluralista de la Constitución, en la medida en que integra los valores minoritarios con el mayoritario, gracias al entendimiento de que la Constitución expresa la diversidad de intereses sociales dentro de la unidad política.
- e) Principio de la fuerza normativa de la Constitución.** Otorga preferencia a los planteamientos que ayuden a obtener la máxima eficacia de las normas constitucionales en función de las relaciones sociales y la voluntad de la Constitución. En esta medida, no por existir disposiciones constitucionales de principio o programáticas, la Constitución se hace menos ejecutiva; más bien, en tanto que toda la Constitución es un texto normativo, las “normas reglas” -como las “norma principios”- deben ser cumplidas de acuerdo con el grado de patriotismo constitucional de los ciudadanos y gobernantes.

aquella que mejor responda a dicha tarea de optimación, no pues una relación ente un “objetivo” constante y uno o más “medios” variables. La misma queda clara, por ejemplo, en el (equivocamente así llamado) “efecto recíproco” entre libertad de expresión y el objetivo general limitador del artículo 5 de la Ley Fundamental: de lo que se trata es de la concordancia práctica, por medio de una coordinación “proporcional”, entre la libertad de expresión de un lado, y los bienes jurídicos protegidos por las “leyes generales” de otro. Acerca de lo que sea proporcional en cada caso el principio no dice nada; sin embargo, en tanto que criterio orientador contenido en la Constitución y por lo mismo vinculante, indica la dirección y determina el único procedimiento a través del cual debe buscarse una solución constitucional. La “ponderación de bienes” carece de un criterio orientador de este tipo en lo que se refiere a sus valoraciones; no es sólo que le falta una base de apoyo, sino que se encuentra siempre en peligro de sacrificar la unidad de la Constitución. Lo mismo se diga cuando la relación entre las garantías y las limitaciones constitucionales de la libertad se determina en base a una *presunción de partida en favor de la libertad (in dubio pro libertate)*, no siendo por ello posible contemplar en esta presunción un principio de interpretación constitucional. Hesse, Konrad, *Escritos de Derecho Constitucional*, ob. cit., pág. 46.

f) Principio de la interpretación conforme a la Constitución. Postula que una ley no debe ser declarada inconstitucional y nula cuando por lo menos algunas de sus acepciones puedan ser interpretadas en concordancia con la Constitución, en la medida en que las leyes en un Estado democrático gozan de una presunción de constitucionalidad. De este modo, si una ley es cuestionada de supuesta inconstitucionalidad, esta demanda será desestimada, si es que al interpretarla razonablemente -en sus diversas alternativas- una de sus interpretaciones, al menos, sea conforme a la Constitución.

5. INTERPRETACIÓN CONFORME A LA CONSTITUCIÓN

Francisco Eguiguren Praeli⁷³ afirma que, siendo el Tribunal Constitucional el competente en determinar si la ley objeto de cuestionamiento resulta inconstitucional, la doctrina y jurisprudencia constitucional comparada, han desarrollado el principio o criterio de interpretación conforme a la Constitución. Principio que consiste si dentro de los distintos y posibles sentidos de interpretación deducibles de un precepto constitucional existe alguno que (razonablemente) haga compatible a la ley cuestionada con la Constitución, tal sentido interpretativo debe ser necesariamente el acogido por el tribunal, desestimando la inconstitucionalidad aducida.

Por su parte Konrad Hesse⁷⁴ precisa que esta interpretación conforme no sólo existe allí donde la ley sin el recurso a puntos de vista jurídico constitucionales permite una interpretación compatible con la Constitución (normas-parámetro); puede tener igualmente lugar cuando un contenido ambiguo o indeterminado de la ley resulta precisado gracias a los contenidos de la Constitución (normas de contenido). Dejando en claro, además, que no es posible la interpretación conforme en contra del “texto y sentido” o en contra de la “finalidad

⁷³ Eguiguren Praeli, Francisco José, “Las sentencias interpretativas...”, ob. cit., pág.324.

⁷⁴ Hesse, Konrad, *Escritos de Derecho Constitucional*, ob. cit., pág. 51.

legislativa”; a este respecto no tiene que ser determinante la voluntad subjetiva del legislador, más bien de lo que se trata es de mantener el máximo de aquello que él ha querido; en ningún caso debe ser declarada nula una ley cuando la inconstitucionalidad no es evidente, sino que existen únicamente ciertas reservas, por serias que puedan ser.

Mientras Lothar Kuhlen⁷⁵ cita como ejemplo de aplicación de este principio, lo resuelto por el Tribunal Constitucional Federal alemán, en el sentido de que el artículo 24 parágrafo 2 de la Ley de tráfico vial⁷⁶, permite varias interpretaciones. Según la primera de ellas, el tipo se realiza siempre que se logre acreditar que el momento del hecho la sustancia pertinente se encontraba en la sangre. Sin embargo, esta interpretación, la cual es por lo menos plausible en virtud de la frase 2 del citado dispositivo legal, es, en opinión del Tribunal, inconstitucional⁷⁷. En cambio, continua el Tribunal Constitucional Federal, también son posibles (y conformes a la Constitución) interpretaciones según las cuales el precepto solamente es aplicable cuando era al menos posible que, debido a las drogas, se produjera una reducción de la capacidad de conducción. Conforme al mandato de interpretación conforme a la Constitución, el citado dispositivo penal se ha de interpretar en una de las variantes mencionadas en último lugar.

No obstante, Konrad Hesse⁷⁸ enfatiza que, si la interpretación conforme a la Constitución tiene como finalidad mantener la validez de la ley cuestionada, entonces será el legislador el encargado de concretizar a la Constitución quedando el Tribunal Constitucional relegado en fijar el contenido de la ley conforme a la Constitución. Pero que sucede si dicho tribunal realiza su función de forma extensiva y no restrictiva frente al contenido original de la ley, habría interferido las competencias del legislador puesto que habría conformado positivamente la ley.

⁷⁵ Kuhlen, Lothar, *La interpretación conforme...*, ob. cit., pág. 24.

⁷⁶ El precepto califica como infracción administrativa o contravención la conducción de un vehículo en el tráfico rodado bajo los efectos de determinados estupefacientes (por ejemplo, tras el consumo de cannabis) (frase 1) y, en la frase 2, dispone: “Tales efectos existen” cuando la sustancia en cuestión “se puede detectar en la sangre”.

⁷⁷ Porque el tipo entendido en tales términos también abarcaría casos en los que queda descartada una reducción de la capacidad de conducción debida a las drogas, Pues bien, ello constituiría una intervención desproporcionada en la libertad general de obrar (artículo 2 parágrafo 1 de la Ley Fundamental alemana), el cual establece que todos tienen el derecho al libre desarrollo de su personalidad en la medida en que no lesionen los derechos de otros y no infrinjan el orden constitucional o la ley moral.

⁷⁸ Hesse, Konrad, *Escritos de Derecho Constitucional*, ob. cit., págs. 52 y 53.

Por tanto, concluye el citado autor que cuanto más corrija el tribunal al legislador más se aproximará aquel a los límites jurídicos-funcionales de la interpretación conforme, los cuales por lo demás son difíciles de precisar con absoluta nitidez.

Lo aseverado por Konrad Hesse, tiene plena vigencia en la actualidad con la existencia de sentencias interpretativas que los tribunales constitucionales han venido aplicando en el control constitucional de las leyes, bajo el amparo de la interpretación conforme a la Constitución. En el caso italiano, ante la problemática generada con la aplicación de dichas sentencias en el control constitucional de las leyes penales ya que colisionaban con el principio de legalidad del Derecho penal, se restringió el uso de este tipo de sentencias a aquellas que estimaban la cuestión de constitucionalidad con un contenido de fallo vinculante, imponiendo una determinada interpretación del precepto⁷⁹.

Al respecto, el Tribunal Constitucional peruano en la Sentencia del Pleno Jurisdiccional del 12 de diciembre del 2012 recaída en el Expediente N° 00008-2012-PI/TC Lima, ha establecido [en su fundamento 67] 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 interpretativa⁸⁰; *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

⁷⁹ Un análisis exhaustivo acerca de la legitimidad de las sentencias interpretativas, véase Díaz Revorio, Francisco Javier, *Sentencias interpretativas del Tribunal Constitucional, significado, tipología, efectos y legitimidad*, Lex nova, Valladolid, 2000. También puede revisarse en el ámbito peruano el artículo de García Toma, Víctor, “El Tribunal Constitucional, la interpretación constitucional y las sentencias manipulativas interpretativas (normativas)”, en *Anuario de Derecho Penal. Interpretación y Aplicación de la Ley Penal*, 2005, págs. 173-210.

⁸⁰ En el fundamento 69 de la sentencia objeto de análisis, se explica que en materia penal, en el caso de las decisiones aditivas, el principio de legalidad penal tiene 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 y consecuente tipificación de conductas y penas.

penal⁸¹; y 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, pues la aplicación del principio *pro reo* (artículo 139°, inciso 11 de la Constitución) está supeditada a la verificación de la constitucionalidad del sentido interpretativo identificado⁸².

6. INTERPRETACIÓN ORIENTADA A LA CONSTITUCIÓN

Lothar Kuhlen⁸³ expresa que la interpretación conforme a la Constitución debe de distinguirse con la interpretación orientada a la Constitución. De este modo, explica que el mandato de la interpretación orientada a la Constitución exige tener en cuenta las previsiones jurídico-constitucionales relevantes a la hora de elegir entre diversas variantes interpretativas conformes a la Constitución.

El citado autor expone como ejemplo instructivo de interpretación orientada a la Constitución, la resolución de consulta de la Tercera Sala Penal Alemana dictada en 2003

⁸¹ En el fundamento 71 de la referida Sentencia, se señala que en materia penal, *prima facie*, queda restringido la posibilidad de que la jurisdicción emita decisiones sustitutivas cuando controle leyes penales, toda vez que ello afectaría el principio constitucional de legalidad penal.

⁸² La argumentación que utiliza el principio de interpretación *favorable al reo* como única justificación para que los jueces puedan crear cualquier contenido normativo no es una que *per se* y en todos los casos pueda resultar correcta, ni una que pueda ser considerada como único límite a la actividad interpretativa de los jueces. Así por ejemplo, respecto al principio *favor rei*, como criterio de legitimidad para justificar las decisiones “manipulativas” en materia penal, se ha sostenido que dicha argumentación es débil “ante todo porque el principio de reserva de la ley en materia penal no puede reducirse, en la óptica del juicio constitucional, al sólo respeto, por parte de la Corte, del principio del *favor rei* (...) No es demostrable -y más bien se puede demostrar fácilmente lo contrario- que la reducción del supuesto de hecho penalizado o de la medida de una pena, no vulnera por sí misma, el artículo 25, 2° párrafo de la Constitución [italiana], [Nadie podrá ser castigado sino en virtud de una ley que haya entrado en vigor antes de haberse cometido el hecho], el que reserva sólo al legislador la elección sobre la punibilidad, así como sobre el *quantum* y sobre el *quomodo*, exigiendo también que el supuesto de hecho penalizado y la medida de la pena sean *taxativamente* determinadas (...) Reduciendo un supuesto de hecho penalizado, la Corte llega de todos modos a modificar el alcance, el significado original, así como, reduciendo la medida de una pena, la Corte reconstruye la norma (por lo menos en la parte relativa a la sanción). Todo ello, en mi opinión, no es conforme con el principio de legalidad en materia penal constitucionalmente consagrado, que es una garantía para el ciudadano contra la persecución penal, en general, precisamente porque reserva sólo al legislador cualquier elección sobre las normas penales, y no sólo sobre aquellas desfavorables”. [D’amico, Marilisa, *Sulla “costituzionalita” delle decisioni manipolative in materia penale*. Unione tipografico editrice torinese, Torino, 1990, pp. 41-42]. Citado en la Sentencia del Pleno Jurisdiccional del Tribunal Constitucional del 12 de diciembre del 2012, recaída en el Expediente N° 00008-2012-PI/TC Lima [fundamento 59].

⁸³ Kuhlen, Lothar, *La interpretación conforme...*, ob. cit., pág. 25.

sobre la interpretación del concepto de “comerciar” en el artículo 29 parágrafo 1, numeral 1 de la Ley de estupefacientes. En esta resolución, la Sala se opone a la amplísima interpretación predominante en la jurisprudencia, conforme a la cual hay que considerar como comerciar toda actividad desarrollada por interés, dirigida a hacer negocio. Ciertamente, entiende la Sala, esta interpretación no es a priori incompatible con el tenor literal de la ley. Sin embargo, solamente satisface el mandato de determinación del artículo 103 parágrafo 2 de la Ley Fundamental Alemana⁸⁴ en una medida insuficiente. Además, una interpretación más restrictiva satisfará mejor el principio constitucional de culpabilidad, conforme al cual hay que armonizar adecuadamente el tipo y la consecuencia jurídica⁸⁵.

7. INCONSTITUCIONALIDAD DE NORMAS

Lothar Kuhlen⁸⁶ afirma que cuando existe una norma que no permite interpretación conforme a la Constitución alguna, no encontraremos ante una norma inconstitucional. Así pues, ya no se presenta un problema de interpretación y, por consiguiente, tampoco la cuestión de si hay una interpretación conforme a la Constitución u orientada a la Constitución.

Por su parte Carlos Bernal Pulido⁸⁷ asevera que las normas de derecho fundamental desempeñan el papel central en el control de constitucionalidad de las leyes. En este tipo de control se trata de establecer si las leyes que intervienen en el ámbito de los derechos están viciadas de inconstitucionalidad. En términos generales puede afirmarse que toda ley vulnera el derecho fundamental en el que interviene, si su contenido es incompatible con el contenido normativo de la disposición que tipifica el derecho. La incompatibilidad entre el contenido de la ley y el contenido del derecho fundamental puede ser definida a su vez como una especie de conflicto entre normas jurídicas. Finalmente, los conflictos entre normas de derecho

⁸⁴ El referido artículo dispone: “Un hecho solamente puede ser castigado si la punibilidad estaba determinada en la ley antes de que se cometiera el hecho”.

⁸⁵ Kuhlen, Lothar, *La interpretación conforme...*, ob. cit., págs. 25 y 26.

⁸⁶ Kuhlen, Lothar, *La interpretación conforme...*, ob. cit., pág. 28.

⁸⁷ Bernal Pulido, Carlos, *El principio de proporcionalidad y los derechos fundamentales...*, ob. cit., págs. 111-114.

fundamental y las normas legales deben solucionarse con la declaración de inconstitucionalidad de la norma legal. Esta solución se deriva del principio de la supremacía de la Constitución y de la vinculación del Legislador a los derechos fundamentales (artículos 9.1 y 53.1 de la Constitución española).

Otto Bachof, quien va más allá del control constitucional de las leyes, para dirigir su análisis a las normas constitucionales en sí. Esta apreciación, no deja de estar ajena a la realidad actual, específicamente respecto a los mecanismos o procedimientos de reforma que establece la Constitución y sobre todo al reconocimiento de principios y valores constitucionales intangibles (normas pétreas), las mismas -que a términos de Manuel Atienza- vienen a ser principios en sentido estricto o de carácter deontológico. Los cuales en -último término- constituyen los verdaderos límites que tienen la jurisdicción constitucional para el control constitucional de las leyes.

Así también parece entenderlo el citado autor, quien analizando los artículos 93.1.2 y 100 de la Ley Fundamental Alemana, concluye que "...el constituyente ha entendido por examinar la 'constitucionalidad' de las normas, ante todo, aunque no de manera exclusiva, constatar si las normas inferiores a la Constitución -que opera como parámetro- resultan compatibles con las normas constitucionales... Sin embargo, también es pensable una 'inconstitucionalidad' de las normas constitucionales (ubicadas en un mismo plano), que tampoco puede ser excluida del control jurisdiccional. Eso es lo que se deriva del hecho de que la Constitución en el artículo 79.3 declare intangibles algunas de sus normas. Si se llevase a cabo una reforma de dichas materias bajo la forma de una ley constitucional -ya sea consciente o inconscientemente, por el desconocimiento sobre el alcance de las normas modificadas o de las declaradas intangibles-, la norma de reforma reclamaría para sí ser considerada una norma constitucional eficaz y, sin embargo, sería al mismo tiempo inconstitucional con relación a la norma constitucional 'intangible' en vigor hasta este momento"⁸⁸.

⁸⁸ Bachof, Otto, *¿Normas constitucionales inconstitucionales?*, Palestra, Lima, 2010, págs. 28 y 29.

Por otro lado, Juan Sosa Sacio⁸⁹ expone que según la doctrina, jurisprudencia y legislación comparada resulta insuficiente considerar que las normas de jerarquía constitucional son el único parámetro para el control de constitucionalidad, por lo que este se ha extendido a otro tipo de normas, en especial, a aquellas que podrían calificarse como normas de “desarrollo constitucional”. De este modo, se ha entendido que la constitucionalidad de una ley o norma con rango legal depende de su compatibilidad formal o material con la Constitución, pero también con sus leyes de desarrollo, por igual, considerándosele muchas veces a todas ellas como un solo “bloque” normativo.

Sin embargo, el citado autor es de la postura que esta doctrina mal llamada “bloque de constitucionalidad” parte de una imprecisa comprensión del sistema de fuentes del Derecho, puesto, que efectivamente la constitucionalidad de una ley no puede depender del contenido de otra norma con rango legal, aunque esta sea de desarrollo constitucional, pues lo cierto es que ambas se encuentran igualmente subordinadas a la Constitución. En efecto, si alguna norma con rango de ley se opone a una ley de desarrollo, no correspondería entonces declarar sin más la inconstitucionalidad de la primera tan solo por oponerse a la segunda. Lo que corresponde hacer, en todo caso, es analizar si la ley cuestionada invadió o no una competencia asignada constitucionalmente a la ley, la cual haría las veces de “norma interpuesta”⁹⁰ en el análisis de constitucionalidad. De este modo, sería debido a que la ley

⁸⁹ Sosa Sacio, Juan Manuel, “La interpretación constitucional y la doctrina del bloque de constitucionalidad o de las normas interpuestas”, en *Cuadernos sobre jurisprudencia constitucional*, N° 11, [diciembre], 2016, pág. 162.

⁹⁰ “Se llaman así porque su presencia determina una alteración del parámetro de control haciendo que el juicio a la ley no se practique en el esquema binario que Kelsen previó: esto es, entre la ley, como objeto de control, y la Constitución, como parámetro; sino en un esquema trilateral, donde la función de las normas paramétricas la cumplen la Constitución y la norma interpuesta, mientras que, como objeto de control, la ley o las normas con rango de ley. Desde esta perspectiva, la declaración de inconstitucionalidad deja de ser consecuencia de que la ley afecte ‘directamente’ a la Constitución, para ser resultado de su falta de respeto a los límites (materiales o formales) impuestos a través de la norma interpuesta, tratándose por tanto de una violación ‘indirecta’ de la Constitución. Se trata de un problema de inconstitucionalidad, y no de mera ilegalidad, no sólo porque la Constitución encarga que las normas interpuestas determinen los límites de la ley, sino, además, porque tras ello subyace la eficacia de ciertos principios constitucionales (como es el caso del carácter unitario del Estado peruano, la eficacia del principio democrático o la protección de los derechos humanos). Carpio, Edgar, “Normas interpuestas en la acción de inconstitucionalidad (El caso peruano)”, en *Instrumentos de tutela y justicia constitucional. Memoria del VI Congreso Iberoamericano de Derecho Constitucional*, Universidad Nacional Autónoma de México, México D.F., 2002, págs. 106-107. Citado en Sosa Sacio, Juan Manuel, “La interpretación constitucional y la doctrina del bloque de constitucionalidad...”, ob. cit., págs. 168 y 169.

cuestionada contravino lo previsto por la Constitución que se le puede considerar como inconstitucional o no, con lo cual el verdadero parámetro de control constitucional habría sido siempre la misma Norma Fundamental y no la ley de desarrollo⁹¹.

8. RELACIÓN ENTRE INCONSTITUCIONALIDAD, INTERPRETACIÓN CONFORME A LA CONSTITUCIÓN E INTERPRETACIÓN ORIENTADA A LA CONSTITUCIÓN

Lothar Kuhlen⁹² concluye que en síntesis se puede decir que la interpretación conforme a la Constitución de una norma se encuentra en el medio entre su interpretación orientada a la Constitución y el juicio conforme al cual la norma es inconstitucional. La interpretación conforme a la Constitución coincide con el juicio de inconstitucionalidad (a diferencia de lo que le ocurre a la interpretación orientada a la Constitución) en su componente negativo, es decir, en el rechazo de las variantes interpretativas inconstitucionales. Con la interpretación orientada a la Constitución la interpretación conforme a la Constitución tiene en común (a diferencia de lo que ocurre con el juicio de inconstitucionalidad) que, al final, conduce a una interpretación conforme a la Constitución de la norma y, con ello, mantiene su vigencia.

9. LÍMITES DE LA INTERPRETACIÓN CONSTITUCIONAL

Konrad Hesse⁹³ afirma que la interpretación se halla vinculada a algo establecido. Por eso los límites de la interpretación se sitúan allí donde no existe algo establecido de forma vinculante por la Constitución, donde acaban las posibilidades de una comprensión lógica del texto de la norma o donde una determinada solución se encontrase en clara contradicción con el texto de la norma. La existencia de este límite es presupuesto de la función racionalizadora, estabilizadora y limitadora del poder que le corresponde a la Constitución.

⁹¹ Sosa Sacio, Juan Manuel, "La interpretación constitucional y la doctrina del bloque de constitucionalidad...", ob. cit., págs. 166 y 167.

⁹² Kuhlen, Lothar, *La interpretación conforme...*, ob. cit., pág. 29.

⁹³ Hesse, Konrad, *Escritos de Derecho Constitucional*, ob. cit., págs. 48 y 49.

Por otro lado, una de las características de la norma constitucional es su carácter axiológico, ya que como expresa Francisco Díaz Revorio⁹⁴ la Constitución contiene valores y principios, los que suponen límites a los poderes públicos⁹⁵; por tanto, los valores se convierten en contenidos materiales de la Constitución⁹⁶. Siendo ello así, -concluye dicho autor- al admitirse actualmente en la doctrina que una teoría de la Constitución adecuada exige necesariamente una teoría de la interpretación constitucional “principalista” o “valorativa”⁹⁷, los valores se convierten en parámetros de constitucionalidad de las normas infra constitucionales, puesto que al formar parte del texto constitucional tienen una condición superior respecto a dichas normas⁹⁸.

En general, para el Tribunal Constitucional español -agrega Francisco Díaz Revorio- los valores superiores “integran mandatos jurídicos objetivos”⁹⁹. No obstante, dicho alto tribunal es cauto a la hora de su utilización como parámetro de inconstitucionalidad, al recalcar que los valores no pretenden ninguna consagración dogmática, por lo que la inconstitucionalidad de un precepto derivaría, en su caso, de su oposición a los valores o principios, pero no de su

⁹⁴ Díaz Revorio, Francisco Javier, “Interpretación de la Constitución y juez constitucional”, ob. cit., pág. 15.

⁹⁵ Sin embargo, Jürgen Habermas afirma que: “Los principios o normas de orden superior, a cuya luz pueden justificarse otras normas, tienen un sentido deontológico, los valores, en cambio, un sentido teleológico. Las normas válidas obligan a sus destinatarios sin excepción y por igual a practicar un comportamiento que cumple expectativas generalizadas de comportamiento, mientras que los valores hay que entenderlos como preferencias intersubjetivamente compartidas. ... En la medida que un tribunal constitucional adopta la ‘teoría de los valores’ o ‘teoría de orden valorativo’ y la pone a la base de su práctica de toma de decisiones, aumenta el peligro de juicios irracionales porque con ello cobran primacía los argumentos funcionalistas a costa de los argumentos normativos.” Habermas, Jürgen, *Facticidad y validez. Sobre el derecho y el Estado democrático de derecho en términos de teoría del discurso*, Trotta, Madrid (6ta edición), 2010, págs. 328 y 332.

⁹⁶ Díaz Revorio, Francisco Javier, *Estado, Constitución, Democracia. Tres conceptos que hay que actualizar*, Palestra, Lima, 2017, pág. 81.

⁹⁷ Díaz Revorio, Francisco Javier, *Valores Superiores e Interpretación Constitucional*, Tribunal Estatal Electoral de Chihuahua, Chihuahua (1ra. edición), 2009, pág. 25. Aunque el citado autor precisa que: “... a pesar de que los debates constituyentes demuestran que el uso del término ‘valores’ en el artículo I. I fue plenamente ‘consciente’ e ‘intencionado’, la jurisprudencia constitucional no parece haberlo utilizado como un significado diferente al de ‘principios’, mientras que la doctrina se divide en torno a este punto. En nuestra opinión, no puede hablarse de una distinción ‘ontológica’ o que se fundamente en una diferente naturaleza o eficacia jurídica. La distinción entre valores y principios no puede establecerse de forma tajante. Sin embargo, la Constitución ha recogido en su artículo I. I determinados valores, a los que califica como superiores. Por ello, la distinción que podría tener alguna relevancia se produce entre éstos y los restantes valores y principios, aunque ello no implique diferencia alguna en cuanto a eficacia jurídica”. Díaz Revorio, Francisco Javier, *Valores Superiores e Interpretación Constitucional*, ob. cit., pág. 81.

⁹⁸ Díaz Revorio, Francisco Javier, *Valores Superiores e Interpretación Constitucional*, ob. cit., pág. 124.

⁹⁹ STC 150/1991 de 4 de julio, F. J. 4.

incompatibilidad con doctrina alguna, no consagrada en la Constitución. En realidad, lo que pretende el Tribunal Constitucional no es negar el alcance invalidante de los valores, sino evitar que, basándose en su generalidad, que puede permitir diversas interpretaciones, se intente buscar la inconstitucionalidad de las leyes por su propia contrariedad con concepciones ideológicas o políticas particulares¹⁰⁰.

Finalmente, Francisco Díaz Revorio¹⁰¹ asevera que el papel que ejercen los valores en la interpretación constitucional del resto de la Constitución y de todo el ordenamiento jurídico es importante, ya que “provocan un considerable grado de apertura, e impiden en muchos casos que ante un problema constitucional pueda hablarse de una ‘única respuesta correcta’. Sin embargo, ... los valores marcan el límite último de la actuación interpretativa”. Lo cual no implica que el tribunal caiga en la mera arbitrariedad o decisionismo¹⁰², sino que debe estar sujeto a las siguientes cautelas¹⁰³:

- a) En primer lugar, nunca puede perderse la conexión con el texto constitucional, de forma que la decisión final mantenga una clara relación con los valores constitucionales, esto es, pueda reconocerse como fundamentada en una concepción o “definición” de los mismos. Obviamente, uno de los elementos decisivos para esa “definición” será el propio texto constitucional, por lo que los valores habrán de interpretarse dentro del sistema constitucional. Es indudable que la principal fuente de la legitimidad del Tribunal Constitucional radica en la propia Norma fundamental y en sus valores; asegurar su supremacía es precisamente la función principal de dicho Tribunal.
- b) Como consecuencia de lo anterior, el Tribunal no puede “crear” nuevos valores sustantivos no explícitamente mencionados en el texto constitucional; sólo podrá basarse en lo que estén constitucionalizados expresamente, aunque para precisar su contenido en cada momento haya de tener en cuenta la concepción socialmente

¹⁰⁰ Díaz Revorio, Francisco Javier, *Valores Superiores e Interpretación Constitucional*, ob. cit., pág. 127.

¹⁰¹ Díaz Revorio, Francisco Javier, *Valores Superiores e Interpretación Constitucional*, ob. cit., pág. 266.

¹⁰² Díaz Revorio, Francisco Javier, *Valores Superiores e Interpretación Constitucional*, ob. cit., pág. 266.

¹⁰³ Díaz Revorio, Francisco Javier, *Valores Superiores e Interpretación Constitucional*, ob. cit., págs. 266 y 267.

admitida de los mismos, quedando abiertas las vías a una evolución de dichas concepciones sociales.

Finalmente, Francisco Díaz Revorio¹⁰⁴ señala que puede destacarse el reflejo de los valores constitucionales en el Derecho penal (en materias tales como finalidad de la pena, principio de culpabilidad o bien jurídico protegido). En ese sentido, el Tribunal Constitucional ha señalado que los Jueces y Tribunales han de ejercer su función de conformidad con los valores, principios y derechos constitucionales. De esta manera. “interpretar las leyes según la Constitución... exige el máximo respeto a los valores superiores que en ella se proclaman”¹⁰⁵, de forma que el principio de interpretación conforme a la Constitución implica la interpretación conforme a los valores constitucionales¹⁰⁶.

Por lo que podemos concluir, que el rol que cumplen los valores contenidos en el texto constitucional, específicamente el principio de dignidad humana y su efecto vinculante con los derechos fundamentales, constituyen los límites de la interpretación constitucional y con ello, vienen a ser aplicables también en el control constitucional de las leyes penales; en consecuencia, constituyen parámetros completamente necesarios al momento de evaluar la constitucionalidad de una determinada ley penal. Sin embargo, resulta necesario, verificar cuales vienen a ser los límites específicos en el control constitucional de las leyes penales, tarea que será realizada en los siguientes capítulos.

¹⁰⁴ Díaz Revorio, Francisco Javier, *Valores Superiores e Interpretación Constitucional*, ob. cit., pág. 272.

¹⁰⁵ STC 20/1990, de 15 de febrero, F.J. 3.

¹⁰⁶ Díaz Revorio, Francisco Javier, *Valores Superiores e Interpretación Constitucional*, ob. cit., pág. 275.

CAPÍTULO III

PRINCIPIOS CONSTITUCIONALES QUE DELIMITAN EL CONTROL CONSTITUCIONAL DE LAS LEYES PENALES

1. FUNCIÓN DE LOS PRINCIPIOS EN EL CONTROL CONSTITUCIONAL DE LAS LEYES

Luis Prieto Sanchís¹⁰⁷, señala que la técnica de los principios puede concebirse como una táctica de delegación constitucional o legislativa que permite a los jueces dotar de significado a unas cláusulas de contornos dudosos y más o menos vagos, adoptando a su amparo una decisión concreta que pudo tomarse en otra sede. Sin embargo, al mismo tiempo, -precisa- que los principios “suponen la cristalización de los valores que dotan de sentido y cierran el ordenamiento y que, de no existir, tendrían -entonces sí- que ser creados por los órganos de aplicación del Derecho”.

Es por ello que el citado autor concluye que, desde el punto de vista de la interpretación constitucional, los principios parecen ofrecer una naturaleza bifronte o ambigua: en cierto modo, son un signo de que el legislador ha querido dejar la decisión de detalle en favor de otras autoridad; pero, asimismo, los principios operan como guías de la decisión y límites de la discrecionalidad¹⁰⁸.

2. PRINCIPIO DE INTERDICCIÓN DE LA ARBITRARIEDAD DE LOS PODERES PÚBLICOS

José Díez Ripollés¹⁰⁹ es de la opinión que una reiterada jurisprudencia viene afirmando que el control constitucional de la arbitrariedad de la actuación de los poderes públicos en el artículo 9.3 de la Constitución Española se extiende a la actividad legislativa en tres aspectos.

¹⁰⁷ Prieto Sanchís, Luis, *Sobre principios y normas. Problemas del razonamiento jurídico*. Palestra, Lima, 2013, pág. 154.

¹⁰⁸ Prieto Sanchís, Luis, *Sobre principios y normas...*, ob. cit., pág. 154.

¹⁰⁹ Díez Ripollés, José Luis, “El control de constitucionalidad de las leyes penales”, en *Derecho Constitucional Penal*, (coord. José Urquiza Olaechea & Nelson Salazar Sánchez), Idemsa, Lima, 2012, pág. 89.

El primero, está referido al establecimiento de una *discriminación*, entendiéndola como un incumplimiento de la obligación de los poderes públicos de promover la igualdad real y efectiva de los ciudadanos, establecida en el artículo 9.4 de dicha carta fundamental¹¹⁰. El segundo, se identifica con la *carencia de explicación racional* de la ley o precepto sometidos a consideración, y que además aclara que para llegar a tal conclusión no es preciso ocuparse a fondo de todas las motivaciones posibles de la norma ni de todas sus consecuencias¹¹¹. Por último, el tercero radica en la desproporción entre los medios empleados por la norma y el fin por ésta perseguido dada la intensidad de la afección producida a ciertos intereses constitucionales implicados¹¹².

Una profundización en las decisiones jurisprudenciales que se ocupan de este elemento revela que la ley será arbitraria si se dan alguna de las siguientes condiciones: Por un lado, si *no tiene una finalidad precisa, o ésta no es legítima y razonable*, sin que, en cualquier caso, haya de ser objeto de análisis la opción política adoptada al escoger entre las alternativas disponibles¹¹³. Sintomáticamente, en uno de los casos se ha llegado al canon de proporcionalidad desde el primer aspecto de la arbitrariedad legislativa, esto es, la discriminación, entendida a su vez en el marco del derecho fundamental a la igualdad del artículo 14 de la Constitución española¹¹⁴.

¹¹⁰ Véanse las SSTC 27/81 de 20 de julio, F. J. 10; 99/87 de 11 de junio F. J. 4 b).

¹¹¹ Véanse SSTC 108/86 de 29 de julio, F. J. 18, 99/87 de 11 de junio, F. J. 4 b); 227/88 de 29 de noviembre, F. J. 7; 239/92 de 17 de diciembre, F. J. 5; 142/93 de 22 de abril, F. J. 9; 212/96 de 19 de diciembre, F. J. 16; 116/99 de 17 de junio, F. J. 14; 73/00 de 14 de marzo, F. J. 4; 104/00 de 13 de abril, F. J. 8; 181/00 de 29 de junio, F. J. 13; 96/02 de 25 de abril, F. J. 6.

¹¹² Véanse SSTC 181/00 de 29 de junio, F. J. 15 a 17, 96/02 de 25 de abril, F. J. 9 y 10.

¹¹³ Véanse SSTC 142/93 de 22 de abril, F. J. 10; 104/00 de 13 de abril, F. J. 8; 181/00 de 29 de junio, F. J. 13; 96/2002 de 25 de abril, F. J. 6. 7 y 10.

¹¹⁴ Véase STC 96/02 de 25 de abril, F. J. 7 y 8.

3. PRINCIPIO DE PROPORCIONALIDAD EN SENTIDO AMPLIO O DE PROHIBICIÓN DE EXCESO

Carlos Bernal Pulido¹¹⁵, sostiene que la función que cumple el principio de proporcionalidad en el control constitucional de las leyes que intervienen en los derechos fundamentales [entre estas las leyes penales], consiste en estructurar la fundamentación de la validez de las normas ius fundamentales adscritas en un procedimiento de cinco pasos: a. La adscripción *prima facie* de una norma de derecho fundamental, y de su posición ius fundamental respectiva, a una disposición de derecho fundamental; b. La verificación de que la ley examinada en el control de constitucionalidad constituye una intervención en el ámbito de la disposición de derecho fundamental relevante; c. El examen de idoneidad de la ley; d. El examen de necesidad de la ley; y, e. El examen de proporcionalidad en sentido estricto de la ley.

3.1 El principio de proporcionalidad como adecuación de los principios penales al ámbito constitucional

Teresa Aguado Correa¹¹⁶ indica que el principio de proporcionalidad en sentido amplio es el primer test de legitimación que ha de superar cualquier intervención penal, vinculando a todos los poderes públicos. De esta forma, en el Derecho penal se destaca la funcionalidad de este principio en el momento de establecer el enlace material entre el delito y su consecuencia jurídica.

Ana Prieto del Pino¹¹⁷ advierte que pese a la existencia del principio de intervención mínima en el Derecho penal para avalar posiciones críticas ante decisiones concretas del legislador que se estiman constitutivas de excesos represivos, su papel específico y su contenido carecen de contornos precisos. Ello debido a las discrepancias doctrinales penales existentes

¹¹⁵ Bernal Pulido, Carlos, *El principio de proporcionalidad y los derechos fundamentales...*, ob. cit., pág. 165.

¹¹⁶ Aguado Correa, Teresa, "El principio de proporcionalidad en el Derecho Penal peruano", en *El principio de proporcionalidad en el Derecho Contemporáneo*, (coord. Miguel Carbonell & Pedro P. Grández Castro), Palestra, Lima, 2010, pág. 269.

¹¹⁷ Prieto del Pino, Ana María, "Los contenidos de racionalidad del principio de proporcionalidad en sentido amplio: el principio de subsidiariedad", en *Hacia una evaluación racional de las leyes penales*, (dirs. Adán Nieto Martín, Marta Muñoz de Morales Romero & José Becerra Muñoz), Marcial Pons, Madrid, 2016, págs. 273-278.

en torno a su función; por lo que resulta necesario efectuar una profundización del contenido de dicho principio, a través del marco que brinda el principio de prohibición de exceso o de proporcionalidad en sentido amplio.

La citada autora sustenta lo antes expuesto, en el fuerte arraigo -tanto en la doctrina como jurisprudencia alemana- que ha tenido el principio de proporcionalidad, al ser considerado como un principio constitucional derivado del principio del Estado de Derecho en virtud del cual, “dado que el Derecho penal hace posibles los ataques más duros del Estado a la libertad del ciudadano, sólo debe intervenir allí donde los medios más suaves no prometen un resultado suficiente”¹¹⁸. Constituyendo -tal como afirma Gloria Lopera Mesa¹¹⁹- de este modo el principio de proporcionalidad como “límite de los límites”.

En consecuencia, Ana Prieto del Pino¹²⁰ concluye que el principio de intervención mínima del Derecho penal ingresa al análisis del control de constitucional de la ley penal a través del principio de proporcionalidad con dos juicios diferentes: el primero, partiendo del hecho de que la pena es la reacción más grave con la que cuenta un ordenamiento jurídico para reprimir conductas socialmente nocivas, pretendiendo establecer cuándo (para defender qué bienes y respecto de qué ataques) resulta justificado o merecido su empleo; y, el segundo, que trata de determinar si para reprimir un comportamiento lesivo de un bien jurídico basta con la intervención de medidas no punitivas o, por el contrario, es preciso utilizar la “artillería pesada”.

De este modo, se puede concluir que el principio de mínima intervención del Derecho penal, así como los demás principios penales tales como el de legalidad, lesividad, protección de bienes jurídicos, subsidiariedad, fragmentariedad y proporcionalidad de las penas; ingresan como criterios delimitadores en el control constitucional de las leyes penales a través de la

¹¹⁸ Prieto del Pino, Ana María, “Los contenidos de racionalidad del principio de proporcionalidad...”, ob. cit., págs. 279-280.

¹¹⁹ Lopera Mesa, Gloria Patricia, *Principio de proporcionalidad y ley penal*, Madrid, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2006, pág. 45. Citado en Prieto del Pino, Ana María, “Los contenidos de racionalidad del principio de proporcionalidad...”, ob. cit., pág. 280.

¹²⁰ Prieto del Pino, Ana María, “Los contenidos de racionalidad del principio de proporcionalidad...”, ob. cit., págs. 289-290.

aplicación del principio de proporcionalidad o prohibición de exceso. Para observar cómo se produce este fenómeno se analizará previamente la legitimidad constitucional de dicho principio, para luego abordar la aplicación de cada uno de los principios del Derecho penal antes descritos a través de los sub principios del principio de proporcionalidad empleados en el control constitucional de las leyes penales.

3.2 Elementos definitorios del principio de proporcionalidad

Ana Prieto del Pino¹²¹ reconoce tres elementos definitorios del principio de proporcionalidad. El primero, consistente a la negación de su carácter de canon de constitucionalidad autónomo, dado que el principio de proporcionalidad carece de acomodo expreso entre los principios constitucionales, estando ligado necesariamente a la vulneración de algún precepto de la Carta Magna. El segundo, viene a ser su limitado alcance de control sobre las decisiones del legislador penal¹²². Finalmente, es la atribución de una estructura tripartita, integrada por los principios de idoneidad, necesidad y proporcionalidad en sentido estricto, cuya aplicación viene precedida por la de un control constitucional distinto al de proporcionalidad en sentido amplio¹²³.

¹²¹ Prieto del Pino, Ana María, “Los contenidos de racionalidad del principio de proporcionalidad...”, ob. cit., pág. 285. Así SSTC 62/1982, F. J. 5; 66/1985 F. J. 1; 19/1988, F. J. 8; 85/1992, F. J. 5; 50/1995, F. J. 7; o la STC 55/1996, F. J. 3, a la que siguen las 161/1997 y 136/1999 F. J. 20, en la que el Alto Tribunal afirma: “El principio de proporcionalidad no constituye en nuestro ordenamiento constitucional un canon de constitucionalidad autónomo cuya alegación pueda producirse de forma aislada respecto a otros preceptos constitucionales [...]. Si se aduce la existencia de desproporción, debe alegarse primero y enjuiciarse después en qué medida esta afecta al contenido de los preceptos constitucionales invocados: Solo cuando la desproporción suponga vulneración de estos preceptos cabrá declarar la inconstitucionalidad [...] Esta constatación no significa que en algún supuesto concreto no pueda argumentarse a partir del principio de proporcionalidad para concluir en la infracción de otro tipo de preceptos constitucionales. Pero, en todo caso, como queda dicho, siempre deberá indagarse, no la sola existencia de una desproporción entre medios y fines, sino en qué medida estos preceptos resultan vulnerados como consecuencia de la citada desproporción”.

¹²² Prieto del Pino, Ana María, “Los contenidos de racionalidad del principio de proporcionalidad...”, ob. cit., pág. 286. Así, en la Sentencia 60/2010 F. J. 22 el Tribunal Constitucional español insiste en el argumento de que para no invadir el margen de libre configuración de delitos y penas que corresponde al legislador democrático, solo cabe “declarar la inconstitucionalidad, por su desproporción, de la Ley penal cuando el exceso o desequilibrio imputado a la medida que incorpore resulte verdaderamente manifiesto o evidente”.

¹²³ Prieto del Pino, Ana María, “Los contenidos de racionalidad del principio de proporcionalidad...”, ob. cit., págs. 286 y 287.

Por otro lado, Teresa Aguado Correa¹²⁴ acota que el principio de proporcionalidad se distingue con el principio de razonabilidad, en el sentido, de que el segundo conduce a una valoración respecto del resultado del razonamiento del juzgador expresado en su decisión, mientras que el primero vendría a ser el procedimiento para llegar a este resultado”¹²⁵.

3.3 Presupuestos

Ramiro Ávila Santamaría¹²⁶ afirma que el juez siempre ha sido garante de algún interés previamente determinado, en cualquier momento y lugar. Lo que ha variado es el contenido de este interés. En el estado absoluto el juez era garante de los intereses de la autoridad; en el estado liberal clásico es garante de la ley (por eso los jueces son “boca de la ley”); y en el estado constitucional, los jueces son garantes de los derechos de las personas reconocidos en la Constitución.

Siendo ello así, -añade el citado autor- el principio de proporcionalidad aparece como una garantía interpretativa de los derechos humanos. Esta garantía debe ser aplicada por todos los poderes públicos. El legislativo debe, por ejemplo, crear tipos penales que sean proporcionales entre el bien jurídico que protege y el derecho que restringe, que normalmente es la libertad (por las penas de privación de libertad) y la propiedad (por las penas de multa). El ejecutivo, al tomar medidas administrativas, debe analizar la proporcionalidad del uso de la fuerza, por ejemplo, frente a las manifestaciones. El judicial, por su lado y en términos constitucionales, en los casos concretos, debe verificar que las leyes y las medidas administrativas sean proporcionales¹²⁷.

¹²⁴ Aguado Correa, Teresa, “El principio de proporcionalidad en el Derecho Penal peruano”, ob. cit., pág. 266.

¹²⁵ Cabe señalar, que ambos principios fueron establecidos expresamente en la parte final del artículo 200 de la Constitución peruana, a propósito de la no suspensión del hábeas corpus y del amparo en periodos de estado de excepción. El artículo 200 de la Constitución peruana señala, en la parte pertinente, lo siguiente: [...] El ejercicio de las acciones de hábeas corpus y de amparo no se suspende durante la vigencia de los regímenes de excepción a que se refiere el artículo 137 de la Constitución. Cuando se interponen acciones de esta naturaleza en relación con derechos restringidos o suspendidos, el órgano jurisdiccional competente examina la razonabilidad y la proporcionalidad del acto restrictivo. No corresponde al juez cuestionar la declaración del estado de emergencia ni de sitio. Rubio Correa, Marcial Antonio, *La interpretación de la Constitución según el Tribunal Constitucional*, Fondo Editorial de la Pontificia Universidad Católica del Perú, Lima (3ra edición aumentada), 2013, pág. 234.

¹²⁶ Ávila Santamaría, Ramiro, “El principio de legalidad vs. El principio de proporcionalidad...”, ob. cit., pág. 329.

¹²⁷ Ávila Santamaría, Ramiro, “El principio de legalidad vs. El principio de proporcionalidad...”, ob. cit., pág. 333.

De este modo, Gloria Lopera Mesa¹²⁸ señala que el presupuesto para dar aplicación al principio de proporcionalidad es la existencia de una colisión entre principios constitucionales. Para ello es preciso, en primer lugar, determinar cuáles son los derechos fundamentales *prima facie* afectados por la ley penal, tanto a través de la prohibición contenida en la norma de conducta, como mediante en la definición de la clase y cuantía de la pena establecida en la norma de sanción. En segundo término, la colisión se establece cuando se examina la legitimidad constitucional del fin perseguido con la intervención penal. Para ello, es preciso, en primer lugar, establecer cuál es el bien o bienes jurídicos que el legislador busca proteger con su intervención y, seguidamente, verificar si la protección penal de tales bienes no está prohibida por la Constitución con carácter definitivo, lo que sólo ocurrirá cuando no sea posible hallar un principio constitucional que ofrezca *prima facie* cobertura constitucional a la medida, y en cambio sí existan normas que operen en el razonamiento como reglas y prohíban la persecución de determinados fines¹²⁹.

En efecto, José Diez Ripollés refiere que no resulta difícil de ver que el concepto sobre el que el Tribunal Constitucional español ha comenzado a desarrollar un cierto control material de la racionalidad legislativa es el principio de proporcionalidad¹³⁰.

3.4 Ubicación constitucional

Ahora bien, surge la cuestión de determinar cuál es el alojamiento del principio de proporcionalidad en el texto constitucional, dado que la Constitución española carece de una referencia expresa de él. Al respecto José Diez Ripollés¹³¹ señala que la jurisprudencia del Tribunal Constitucional Español ha creído ver su reconocimiento en muy diversos lugares: Destacan las menciones a que su vigencia deriva de la configuración de la vivencia en torno

¹²⁸ Lopera Mesa, Gloria Patricia, "Principio de proporcionalidad y control constitucional de las leyes penales", en *El principio de proporcionalidad y la interpretación constitucional*, (edit. Miguel Carbonell), Ministerio de Justicia y Derechos Humanos, Quito, 2008, pág. 274.

¹²⁹ Lopera Mesa, Gloria Patricia, "Principio de proporcionalidad...", ob. cit., pág. 274.

¹³⁰ Diez Ripollés, José Luis, "El control de constitucionalidad de las leyes penales", ob. cit., pág. 95.

¹³¹ Diez Ripollés, José Luis, "El control de constitucionalidad de las leyes penales", ob. cit., págs. 95 y 96.

a un Estado de Derecho (artículo 1.1)¹³², del establecimiento de la justicia como uno de los valores de nuestro ordenamiento jurídico (artículo 1.1)¹³³, de la garantía constitucional de interdicción de la arbitrariedad de los poderes públicos (artículo 9.3)¹³⁴, de la dignidad de la persona como fundamento del orden político y de la paz social (artículo 10.1)¹³⁵, del principio de legalidad (artículo 25.1)¹³⁶, y, ocasionalmente, del principio de culpabilidad penal ligado a la dignidad personal¹³⁷, siendo frecuente la alusión simultánea a diversos orígenes constitucionales.

Más allá de esta variedad de procedencias, José Díez Ripollés¹³⁸ asevera que se ha asentado en la jurisprudencia constitucional española más reciente la idea de que el principio de proporcionalidad no constituye un canon de constitucionalidad autónomo, sino que viene a ser un criterio de interpretación mediante el que se verifica si ciertas actuaciones de los poderes públicos encaminadas a la obtención de determinados fines implican un indebido grado de afectación de ciertos preceptos constitucionales, singularmente de aquellos relativos a derechos fundamentales. Para evitar precisamente un empleo en abstracto de las

¹³² Véanse SSTC. 65/86 de 27 de mayo F. J. 2, 160/87 de 27 de octubre F. J. 6, 150/91 de 4 de julio F. J. 4 b, 111/93 de 25 de marzo F. J. 8, 55/96 de 28 de marzo F. J. 3, 88/96 de 23 de mayo F. J. 4, 136/99 de 20 de julio F. J. 23.

¹³³ Véanse SsTC. 65/86 de 27 de mayo F. J. 2, 160/87 de 27 de octubre F. J. 6, 150/91 de 4 de julio F. J. 4 b, 55/96 de 28 de marzo F. J. 3, 88/96 de 23 de mayo F. J. 4, 136/99 de 20 de julio F. J. 23. El autor Francisco Díaz, respecto al tratamiento que el Tribunal Constitucional español ha realizado respecto a la relación de los valores justicia, igualdad o dignidad con el "principio de proporcionalidad", cita como ejemplos los siguientes: "En relación con la entrada en domicilio, la STC 50/1995, de 23 de febrero, F. J. 7, afirma que el principio de proporcionalidad, que exige una relación ponderada de los medios empleados con el fin perseguido, para evitar el sacrificio innecesario o excesivo de los derechos fundamentales, es 'inherente al valor justicia y muy cercano al de igualdad'. La STC 55/1996, de 28 de marzo, F. J. 3 señala que el principio de proporcionalidad no es un canon de constitucionalidad autónomo, aunque puede inferirse de determinados preceptos constitucionales, en concreto, de los artículos I. I (justicia), 9.3 y 10.1 (dignidad de la persona). La misma sentencia, en relación con el principio de proporcionalidad de la pena, señala (F. J. 9) que el juicio de proporcionalidad corresponde al legislador, aunque en ningún caso puede sobrepasar el punto de lesionar el valor fundamental de la justicia. La consideración del principio de proporcionalidad (esta vez en relación con la igualdad) como inherente a los valores justicia y dignidad de la persona, ha sido señalada también, por ejemplo, por STS (Militar) de 8 de febrero de 1993". En Díaz Revorio, Francisco Javier, *Valores Superiores e Interpretación Constitucional*, ob. cit., pág. 330.

¹³⁴ Véanse SsTC. 55/96 de 28 de marzo F. J. 3, 88/96 de 23 de mayo F. J. 4, 136/99 de 20 de julio F. J. 23.

¹³⁵ Véanse SsTC. 65/86 de 27 de mayo F. J. 2, 160/87 de 27 de octubre F. J. 6, 150/91 de 4 de julio F. J. 4 b, 55/96 de 28 de marzo F. J. 3, 88/96 de 23 de mayo F. J. 4, 136/99 de 20 de julio F. J. 23.

¹³⁶ SsTC. 111/93 de 25 de marzo F. J. 8, 136/99 de 20 de julio F. J. 21; 24/04 de 24 de febrero F. J. 5, 7 y 8. Por el contrario, la STC. 65/86 de 27 de mayo F. J. 3 se manifiesta en contra de la vinculación del principio de proporcionalidad al principio de legalidad.

¹³⁷ Véase STC. 150/91 de 04 de julio F. J. 4 b.

¹³⁸ Díez Ripollés, José Luis, "El control de constitucionalidad de las leyes penales", ob. cit., pág. 96.

referencias contenidas en el principio de proporcionalidad se añade la exigencia de que deben concretarse en cada caso los derechos fundamentales a los que va referido¹³⁹.

En cualquier caso, también en relación con el ámbito de actuación de este principio, el Tribunal Constitucional español ha puesto especial cuidado en resaltar la actitud cautelosa que debe adoptarse a la hora de controlar la constitucionalidad de las leyes, prudencia que ha referido de modo específico a la legislación penal. Tal autonomía del legislador encuentra su fundamento, tanto en su posición constitucional como en la legitimidad democrática de la que goza, y se extiende la configuración de los bienes a proteger, la identificación de los ilícitos penales, la clase y gravedad de las penas, y el establecimiento de la proporción entre la gravedad del ilícito y la de la pena¹⁴⁰. Ahora bien, la legislación penal no es un ámbito constitucionalmente exento, estando sujeta a una serie de pautas básicas constitucionales que giran, sobre todo, en torno al debido respeto de los derechos fundamentales, de cuya concreción se ocupa entre otros el principio de proporcionalidad¹⁴¹. Finalmente, es cierto, de todos modos, que el control constitucional de la utilización de este principio en el marco de la actividad legislativa habrá de tener una intensidad cualitativamente distinta a la que podrá alcanzar en el ámbito de aplicación de las leyes, donde cabe potenciar más sus efectos¹⁴².

En el ámbito peruano -explica Teresa Aguado Correa¹⁴³- en la Sentencia de 15 de diciembre de 2006 recaído en el Expediente N° 0012-2006-PI/TC (fundamento 4) el Tribunal Constitucional Peruano, estableció, que dentro de las exigencias de orden material o garantías materiales que la Constitución de 1993 ha establecido en lo que se refiere a la actividad punitiva del Estado, se encuentra “el principio de proporcionalidad (último párrafo del artículo

¹³⁹ Por lo general los derechos fundamentales cuya afectación por la pena se cuestiona son el de la libertad personal de artículo 17.1, o el de legalidad del artículo 25.1 de la Constitución española. Véanse sobre estos aspectos, SSTC. 55/96 de 28 de marzo F. J. 3, 88/96 de 23 de mayo F. J. 4, 161/97 de 2 de octubre F. J. 8, 136/99 de 20 de julio F. J. 20-23, 30, 20-23, 30, 24/04 de 24 de febrero F. J. 5, 7 y 8.

¹⁴⁰ Véase SSTC. 65/86 de 27 de mayo F. J. 3, 160/87 de 27 de octubre F. J. 6, 19/88 de 16 de febrero F. J. 8, 150/91 de 4 de julio F. J. 4 b, 24/93 de 21 de enero F. J. 5, 55/96 de 28 de marzo F. J. 6, 88/96 de 23 de mayo F. J. 4, 129/96 de 9 de julio F. J. 3 y 4, 161/97 de 2 de octubre F. J. 9, 136/99 de 20 de julio F. J. 23.

¹⁴¹ Véanse 160/87 de 27 de octubre f. J. 6, 24/93 de 21 de enero F. J. 5, 55/96 de 28 de marzo F. J. 6, 161/97 de 2 de octubre F. J. 9 y 136/99 de 20 de julio F. J. 23.

¹⁴² Véanse STC 55/96 de 28 de marzo F.J. 6.

¹⁴³ Aguado Correa, Teresa, “El Principio de Proporcionalidad...”, ob. cit., págs. 20 y 21.

200°)”¹⁴⁴. Más adelante, en el fundamento jurídico 31, cuando aborda el análisis del “principio de proporcionalidad como límite a la libertad de configuración legislativa en materia penal”, no solo afirma que “como tal, el principio de proporcionalidad se encuentra contenido en el último párrafo del artículo 200° de la Constitución...”, sino que continúa esa frase con las siguientes palabras: “...por lo que teniendo en cuenta los principios de unidad de la Constitución y de concordancia práctica, según los cuales la interpretación de la Constitución debe estar orientada a considerarla como un todo armónico y sistemático a partir del cual se organiza el sistema jurídico, evitándose en todo caso las contradicciones, entonces debe entenderse que cuando los poderes públicos pretendan la limitación de los derechos fundamentales o la imposición de sanciones, entre otros aspectos, deben observar el principio de proporcionalidad”.

3.5 Sub principios

Antes de ingresar al análisis de los sub principios del principio de proporcionalidad o tipo de exámenes existentes en esta, debemos precisar que el objeto de aplicación del principio de proporcionalidad, se llevará a cabo en torno a las norma de conducta que regulan un determinado comportamiento como delito, dejando de lado el análisis respecto a las normas sanción, pues estas ya se encuentran inmersas dentro de los alcances del principio de proporcionalidad de las penas existente en el propio Derecho penal, en donde ya se han establecido diversos criterios para su delimitación.

Nosotros examinaremos al Principio de proporcionalidad en su vertiente constitucional, el cual permite realizar el control sobre la constitucionalidad de las leyes penales que regulan o tipifican un determinado comportamiento como delito; efectuada dicha precisión, corresponde analizar cada uno de los sub principios o tipos de examen del principio de proporcionalidad:

¹⁴⁴ En la enumeración le precede: a) el principio de legalidad penal (art. 2°, inciso 24, apartado “d”); b) el principio de culpabilidad, contenido implícitamente en la cláusula del Estado de Derecho (artículos 3° y 43°), así como en el principio - derecho de dignidad humana (artículo 1°) y en el principio de libre desarrollo de la personalidad (artículo 2° inciso 1). En la letra d) se refiere al principio de proporcionalidad en los términos que hemos reproducido en el texto.

examen de idoneidad, examen de necesidad y examen de proporcionalidad en sentido estricto y su aplicación en el control constitucional de las leyes penales a través de la utilización de los principios propios del Derecho penal.

3.5.1 Examen de idoneidad

Teresa Aguado Correa¹⁴⁵ expresa que la ley penal al intervenir en el derecho a la libertad personal y otros derechos fundamentales, implica que el examen de idoneidad deberá constatar que la pena es idónea para la consecución de un objetivo constitucionalmente legítimo. Asimismo, explica que el Tribunal Constitucional peruano ha expresado que en dicho ámbito se manifiestan los principios del Derecho penal de exclusiva protección de bienes jurídicos y de lesividad, y que la norma penal sólo será constitucionalmente válida si tiene como fin la protección de bienes jurídicos de relevancia constitucional y tipifica conductas que realmente lesionen o pongan en peligro esos bienes jurídicos¹⁴⁶. Concluyendo de este modo la citada autora, que tanto la relevancia constitucional del bien jurídico como la dañosidad social justifican que nos encontremos ante un bien jurídico merecedor de protección por parte del Estado¹⁴⁷.

Sin embargo, Gloria Lopera Mesa¹⁴⁸ precisa que el contenido del juicio de idoneidad varía según se proyecte sobre la norma de conducta o sobre la norma de sanción establecida en la ley penal: en el primer caso, [que es el que nos interesa en el presente trabajo] es preciso verificar si la acción u omisión descrita en el tipo penal es susceptible de afectar el bien jurídico cuya tutela se pretende, pues sólo de este modo su prohibición será un medio idóneo para contribuir a la protección de dicho bien jurídico.

¹⁴⁵ Aguado Correa, Teresa, "El Principio de Proporcionalidad...", ob. cit., pág. 26.

¹⁴⁶ Sentencia del Tribunal Constitucional Peruano de fecha 15 de diciembre del 2006 recaída en el Expediente N° 0012-2006-PI/TC (fundamento 32).

¹⁴⁷ Aguado Correa, Teresa, "El Principio de Proporcionalidad...", ob. cit., pág. 26.

¹⁴⁸ Lopera Mesa, Gloria Patricia, "Principio de proporcionalidad...", ob. cit., pág. 275.

Por esta vía, -añade Gloria Lopera Mesa¹⁴⁹- el juicio de idoneidad de los tipos penales acoge las exigencias derivadas del principio de lesividad, entre las cuales se sitúa, en primer lugar, la exterioridad de la acción típica, condición necesaria para verificar el vínculo que une la realización de la conducta prohibida con la afectación del bien jurídico. Conforme a este criterio, la conducta descrita en el tipo penal ha de consistir en una acción u omisión susceptible de causar modificaciones en el mundo exterior, lo que lleva a excluir del conjunto de los medios penales idóneos la criminalización de meros pensamientos, intenciones, y en general todo aquello que permanezca dentro del fuero interno del individuo. Satisfecha la anterior exigencia, a continuación, se trata de establecer si la conducta prohibida representa al menos un peligro abstracto para el bien jurídico que fundamenta la intervención.

De esta forma, -tal como afirma Gonzalo Quintero Olivares¹⁵⁰- el principio de lesividad opera en dos ámbitos, la primera referida a la declaración de que una conducta es delictiva solo si esta supone un daño real o potencial de un valor reconocido constitucionalmente, y segundo, a la previsión y aplicación de un castigo constitucionalmente comprensible. Asimismo, -agrega el citado autor- dicho valor o bien debe ser relevante para ser tutelado por el Derecho penal, el cual reprime solamente en aquellos ataques más graves. Es así que, la función de la ley penal es la proteger a los bienes jurídicos frente a ataques, y el poder del legislador penal reside precisamente en la capacidad de elegir los bienes jurídicos que le parecen más importantes y describir la clase de ataques que va a castigar, pero nunca será la de “crear” un bien jurídico por la sola fuerza de la voluntad legal, aunque muchas veces lo pretenda¹⁵¹.

Por su parte en el ámbito español, Gloria Lopera Mesa¹⁵² afirma que el margen de control de que dispone el Tribunal Constitucional español en el juicio de idoneidad es bastante reducido, limitándose, en el caso de la norma de conducta, a verificar que el pronóstico de

¹⁴⁹ Lopera Mesa, Gloria Patricia, “Principio de proporcionalidad...”, ob. cit., pág. 276.

¹⁵⁰ Quintero Olivares, Gonzalo, et alí, “La construcción del bien jurídico protegido...”, ob. cit., pág. 84.

¹⁵¹ Quintero Olivares, Gonzalo, et alí, “La construcción del bien jurídico protegido...”, ob. cit., págs. 103 y 104.

¹⁵² Lopera Mesa, Gloria Patricia, “Principio de proporcionalidad...”, ob. cit., pág. 276.

peligrosidad que efectúa el legislador al momento de tipificar la conducta encuentra respaldo en reglas de experiencia y en el conocimiento disponible; utilizando para ello la técnica de las sentencias interpretativas para declarar la idoneidad de la norma de conducta a condición de que se entienda que la misma incorpora como requisito de tipicidad de la acción, la verificación de que concurren las condiciones necesarias para que su realización represente un peligro para el bien jurídico, atendiendo al contexto causal en el que se desenvuelve la acción (p. ej. En el delito de porte de armas exigir como condición de tipicidad que el arma esté cargada¹⁵³; en el delito de conducción bajo el efecto de bebidas embriagantes exigir como condición de tipicidad que la persona conduzca por una vía por la que circulen otros vehículos y otras peatones).

3.5.2 Examen de necesidad

Gloria Lopera Mesa¹⁵⁴ sostiene que una vez acreditada la idoneidad de la prohibición establecida por el legislador a través de la regulación de la ley penal de determinados comportamientos como delitos, la argumentación continúa con la aplicación del sub principio de necesidad, mediante el cual se lleva a cabo una comparación entre la medida enjuiciada y otros medios alternativos atendiendo a dos parámetros: su idoneidad para promover el fin legislativo y su menor lesividad en relación con los derechos fundamentales afectados por la intervención legal. Esto significa que la medida adoptada por el legislador se reputará necesaria cuando no exista un medio alternativo que, siendo igualmente idóneo, al mismo tiempo resulte más benigno desde la perspectiva de los derechos fundamentales objeto de intervención. En consecuencia, mientras el juicio de idoneidad se orienta a establecer la

¹⁵³ Así, por ejemplo, en la STC 24/2004, el Tribunal Constitucional español consideró contrario a la Constitución el artículo 563 del Código Penal, que castiga la tenencia de armas prohibidas, por lesionar el principio de legalidad penal. En lugar de decretar la nulidad del precepto, dicho tribunal optó por dictar un fallo por el que se incluían una serie de condiciones a dicho artículo, con el objeto de evitar su colisión con la Constitución. “El Tribunal Constitucional español, sin embargo, en lugar de reconocer abiertamente que estaba reconstruyendo el precepto penal, presentó la solución alcanzada como si estuviera basada en una mera ‘interpretación conforme’”. Ferreres Comella, Víctor, “El control de las leyes penales por parte de los jueces ordinarios”, en *Constitución y sistema penal*, (dirs. Santiago Mir Puig & Mirentxu Corcoy Bidasolo, coord. Juan Carlos Hortal Ibarra), Marcial Pons, Madrid, 2012, pág. 114.

¹⁵⁴ Lopera Mesa, Gloria Patricia, “Principio de proporcionalidad...”, ob. cit., pág. 278.

eficacia de la medida enjuiciada, el de necesidad se configura como un examen de eficiencia, es decir, de su capacidad, en comparación con otros medios, de alcanzar la finalidad propuesta con el menor sacrificio posible de otros principios en juego.

Teresa Aguado Correa¹⁵⁵ precisa que se aglutina en el examen de necesidad tanto el principio de exclusiva protección de bienes y el principio de intervención mínima. Es así, en ocasiones el Tribunal Constitucional español ha decidido sobre las dimensiones del principio de intervención mínima, especialmente, en relación con la proporcionalidad de intervenciones policiales o administrativas, que habrían comportado lesión de derechos fundamentales. Sin embargo, -tal como refiere Gonzalo Quintero Olivares¹⁵⁶- dicho tribunal nada ha dicho sobre la capacidad y libertad del legislador para decidir que una conducta sea delictiva y establecer la pena que le resulte proporcionada, o para agravar el castigo de una conducta que ya era delictiva. En cualquier caso, ha declarado que el legislador democrático no tiene el deber de expresar los motivos que le lleven a adoptar una determinada decisión en ejercicio de su libertad de configuración¹⁵⁷.

No obstante, Gonzalo Quintero Olivares plantea que dicha ausencia de necesidad de motivación, no excluye de modo alguno un juicio de proporcionalidad sobre la intervención penal prevista por el legislador que puede conllevar una tacha de inconstitucionalidad en caso de no superarlo, con menoscabo de los derechos constitucionalmente tutelados¹⁵⁸. Ello debido, -agrega el citado autor- a que en el marco de un Estado Social y democrático de Derecho, que proclama entre sus valores superiores, la libertad, el principio de intervención mínima adquiere una dimensión constitucional, que enlaza con la histórica reivindicación de proporcionalidad en la actividad punitiva del Estado¹⁵⁹.

¹⁵⁵ Aguado Correa, Teresa, "El Principio de Proporcionalidad...", ob. cit., pág. 29.

¹⁵⁶ Quintero Olivares, Gonzalo, et allí, "Aspectos generales", ob. cit., pág. 33.

¹⁵⁷ STC 49/2008 de 9 de abril, F. J. 5.

¹⁵⁸ Quintero Olivares, Gonzalo, et allí, "Aspectos generales", ob. cit., pág. 34.

¹⁵⁹ Quintero Olivares, Gonzalo, et allí, "Aspectos generales", ob. cit., págs. 32 y 33.

En el ámbito de la jurisprudencia peruana, Teresa Aguado Correa¹⁶⁰ señala que el Tribunal Constitucional peruano hizo referencia a la exigencia de que “el legislador estime ineludiblemente el respeto del principio de fragmentariedad o carácter fragmentario del Derecho penal”¹⁶¹. No obstante, al realizar el examen de necesidad, se centró únicamente en comprobar el respeto de otro de los principios que limitan el *ius puniendi*, el principio de subsidiariedad, el cual junto a aquél, conforman el que se ha denominado principio de intervención mínima. Entendiendo a esta última en el sentido que antes de criminalizar determinadas conductas o establecer determinadas penas, el Estado debe recurrir a otros medios, menos afflictivos, para proteger los bienes jurídicos que pretende cautelar mediante la aludida criminalización, teniendo siempre en consideración los fines de prevención de la pena, entre otros aspectos. Sólo si fracasan estos otros medios, se deben penalizar tales conductas”¹⁶².

Teresa Aguado Correa¹⁶³ advierte que a diferencia de otros Tribunales Constitucionales, el del Perú ha pasado por alto en su análisis del sub principio de necesidad, un aspecto muy importante: el legislador debe buscar medidas alternativas menos gravosas pero igualmente eficaces. En España, el Tribunal Constitucional así lo ha reconocido, cuando se refiere al control que él puede llevar a cabo “...acerca de la existencia o no de medidas alternativas menos gravosas pero de la misma eficacia que la analizada”¹⁶⁴; o cuando afirma que en el juicio de necesidad, la tacha de desproporción solamente será aplicable cuando “las medidas alternativas (sean) palmariamente de menor intensidad coactiva y de una funcionalidad manifiestamente similar a la que se critique por desproporcionada”¹⁶⁵. También el Tribunal Constitucional alemán, aclaró en su día, que no se puede entender que el Derecho penal es

¹⁶⁰ Aguado Correa, Teresa, “El Principio de Proporcionalidad...”, ob. cit., pág. 29.

¹⁶¹ Expediente N° 0012-2006-PI/TC, 15 de diciembre del 2006, fundamento 32. El Alto Tribunal afirma que este postulado implica que “el sistema penal debe representar el medio o recurso más gravoso para limitar o restringir el derecho a la libertad de las personas, y que por tanto, debe reservarse para las violaciones más intolerables...”.

¹⁶² Expediente N° 0012-2006-PI/TC, 15 de diciembre del 2006, fundamento 32.

¹⁶³ Aguado Correa, Teresa, “El Principio de Proporcionalidad...”, ob. cit., pág. 29.

¹⁶⁴ STC 55/1996 F. J. 8. Citado en Aguado Correa, Teresa, “El Principio de Proporcionalidad...”, ob. cit., págs. 29 y 30.

¹⁶⁵ STC 161/1997, F. J. 11. En el mismo sentido, STC 136/1999, F. J. 28. Citado en Aguado Correa, Teresa, “El Principio de Proporcionalidad...”, ob. cit., pág. 30.

subsidiario en el sentido de que tan sólo debería ser aplicable cuando las medidas del resto del ordenamiento jurídico fracasan, sino que debe ser precisada en un doble sentido: por un lado, las medidas del resto del ordenamiento jurídico han de poseer la misma eficacia; por otro, han de ser menos gravosas que la amenaza penal¹⁶⁶.

De esta forma, Gloria Lopera Mesa¹⁶⁷ concluye que proyectado al control de los tipos penales, el sub principio de necesidad requiere acreditar que no existe otra alternativa de tipificación que sea igualmente idónea para proteger el bien jurídico y al mismo tiempo menos lesiva para el derecho fundamental afectado por la prohibición penal. Se trata así de buscar alternativas de regulación que circunscriban el ámbito de lo prohibido sólo a las conductas que lesionen o representen un peligro más grave para el bien jurídico, para de este modo reducir la disminución de libertad que comporta la tipificación de una conducta como delito sólo al mínimo imprescindible para alcanzar la finalidad de tutela. Ello supone introducir al juicio de necesidad de la norma de conducta, buena parte de las exigencias asociadas en materia penal al principio de fragmentariedad.

En consecuencia, la cita autora argumenta que los medios alternativos a comparar con la norma enjuiciada pueden consistir, ya sea en la desregulación o plena liberación de la conducta prohibida, o bien en la búsqueda de alternativas de tipificación que reduzcan el ámbito de lo prohibido, indagando si para la protección del bien jurídico es suficiente optar, por ejemplo, por los delitos de lesión en lugar de delitos de peligro, y entre estos últimos, de peligro concreto en lugar de abstracto, por formas de comisión activas y no omisivos, por tipos dolosos en lugar de imprudentes, etc., o si es posible definir con mayor precisión las conductas objeto de prohibición penal¹⁶⁸. Sin embargo, si bien los demás medios alternativos no plantean ningún problema respecto a su menor lesividad con respecto a la norma penal enjuiciada, en

¹⁶⁶ Sentencia del Tribunal Constitucional Federal Alemán (tomo 182, pág. 185) del año de 1980. Citado en Aguado Correa, Teresa, "El Principio de Proporcionalidad...", op. cit., pág. 30.

¹⁶⁷ Lopera Mesa, Gloria Patricia, "Principio de proporcionalidad...", ob. cit., pág. 278.

¹⁶⁸ Lopera Mesa, Gloria Patricia, "Principio de proporcionalidad...", ob. cit., págs. 278 y 279.

el cual si se regula un determinado comportamiento como delito; sin embargo no ocurre igual cuando la comparación se lleva a cabo desde la perspectiva de su igual idoneidad¹⁶⁹.

Ello debido, a que la tipificación de una determinada conducta, conlleva a que el destinatario de la misma se encuentre en mayor medida prevenido de cometer dicho comportamiento, situación que no sucede con los otros medios alternativos distintos a la tipificación penal; es por ello, que la citada autora propone que solamente las medidas alternativas deberán de ocuparse de aquellas conductas que carecen de la suficiente relevancia social para ser reguladas por el derecho penal.

Finalmente, la citada autora agrega lo siguiente¹⁷⁰: “antes que declarar inconstitucional, por innecesaria, la norma de conducta establecida por el legislador, el Tribunal Constitucional puede valerse de los criterios de relevancia social antes sugeridos para fundamentar una restricción del alcance de los tipos penales, a través de la técnica de las sentencias interpretativas <reductoras>”¹⁷¹.

3.5.3 Examen de proporcionalidad en sentido estricto

José Díez Ripollés¹⁷² sostiene que el sub principio o examen de proporcionalidad en sentido estricto ha de asegurar una correspondencia entre la entidad de la sanción y la gravedad del comportamiento delictivo a que aquella se vincula. Dicho de otro modo, se aspira a garantizar una correcta ponderación entre, por un lado, la relevancia de los bienes o intereses tutelados y el grado en que han resultado afectados por la conducta delictiva y, por otro lado, la naturaleza e intensidad de los efectos negativos que la pena supone para el delincuente. Se trata en último término de evitar que se produzca un desequilibrio patente, excesivo e

¹⁶⁹ Lopera Mesa, Gloria Patricia, “Principio de proporcionalidad...”, ob. cit., pág. 279.

¹⁷⁰ Lopera Mesa, Gloria Patricia, “Principio de proporcionalidad...”, ob. cit., pág. 279.

¹⁷¹ Es así, que el Tribunal Constitucional español en la STC 111/1993, interpretó la expresión “título oficial” (contenida en la redacción de delito de intrusismo establecida en el anterior código penal), en el sentido de título “académico” oficial, reduciendo considerablemente el alcance de este tipo penal.

¹⁷² Díez Ripollés, José Luis, “El control de constitucionalidad de las leyes penales”, ob. cit., pág. 101.

irrazonable, entre los fines perseguidos y los medios empleados, de modo que el derecho o derechos fundamentales afectados por la pena no sean objeto de un sacrificio injustificado.

Gloria Lopera Mesa¹⁷³, acogiendo la formulación del juicio de ponderación propuesta por Robert Alexy, es de la postura que para determinar el peso que ha de asignarse a cada uno de los principios en juego es preciso atender a tres variables: en primer término, el grado de afectación/satisfacción que para ellos se deriva de la medida enjuiciada (normas de prohibición y sanción penal); en segundo lugar, su peso abstracto, esto es, la importancia material de los derechos fundamentales afectados y de los bienes jurídicos protegidos; finalmente, la seguridad de las premisas empíricas que sustentan los argumentos a favor y en contra de la intervención.

Por su parte Teresa Aguado Correa¹⁷⁴ señala que, según la jurisprudencia del Tribunal Constitucional peruano, el principio de proporcionalidad en sentido estricto implicaría, “para que la intervención del legislador en el derecho fundamental a la libertad personal se considere legítima, el grado de realización del fin constitucionalmente legítimo debe ser, por lo menos, equivalente al grado de afectación del derecho a la libertad personal”. En España, el Tribunal Constitucional ha afirmado que el juicio de proporcionalidad en sentido estricto “es el que compara la gravedad del delito que se trata de impedir -y, en general, los efectos benéficos que genera la norma desde la perspectiva de los valores constitucionales- y la gravedad de la pena que se impone -y, en general, los efectos negativos que genera la norma desde la perspectiva de los valores constitucionales”¹⁷⁵.

¹⁷³ Alexy, Robert, “Epílogo a la Teoría de los Derechos Fundamentales”, traducción de Carlos Bernal Pulido, *Revista Española de Derecho Constitucional*, 66, 2002, págs. 13-64. Citado en Lopera Mesa, Gloria Patricia, “Principio de proporcionalidad...”, ob. cit., pág. 287.

¹⁷⁴ Aguado Correa, Teresa, “El Principio de Proporcionalidad...”, ob. cit., pág. 32. Véase el expediente N° 003-2005-PI/TC, de 09 de agosto de 2006, fundamento 72; en el mismo sentido, Expediente N° 0014-2006, de 19 de enero de 2007, fundamento 45. En el Expediente N° 0012-2006-PI/TC, de 15 de diciembre de 2006, fundamento 32, se afirmó que el examen de proporcionalidad en sentido estricto “exige que exista proporcionalidad entre dos pesos o intensidades: 1) aquel que se encuentra en la realización del fin de la medida estatal que limita un derecho fundamental; 2) aquel que radica en la afectación del derecho fundamental de que se trate, de modo tal que el primero de estos deba ser, por lo menos, equivalente a la segunda”.

¹⁷⁵ STC 136/1999, F. J. 29.

José Díez Ripollés¹⁷⁶ reconoce que se han considerado argumentos que abonan la desproporcionalidad estricta de la decisión legislativa penal, en la única ocasión que el Tribunal Constitucional español ha declarado la inconstitucionalidad de un precepto penal por ese motivo¹⁷⁷, con los siguientes argumentos: a) Aunque la norma castigue correctamente un ejercicio ilegítimo de derechos fundamentales, la severidad de la pena hace que se produzca un efecto de desaliento de cara al futuro ejercicio legítimo de esos derechos fundamentales; b) la pena impuesta es idéntica a la de conductas mucho más graves; c) la pena impuesta es mucha más alta que la impuesta para conductas semejantes en otros países de nuestro entorno cultural; d) el marco penal tiene un intervalo reducido, con un límite mínimo muy alto que impide atender a la diversa gravedad de las conductas¹⁷⁸.

De esta forma, se puede concluir -tal como apunta Ana Prieto del Pino¹⁷⁹- que el juicio de proporcionalidad en sentido estricto, dada su conexión directa con la idea de justicia, posee un peso mayor que el juicio de utilidad en la legitimación de la actuación del Derecho penal. Así, son las exigencias que impone el principio de proporcionalidad las que determinan si la incriminación de un comportamiento socialmente dañoso está justificada y, en caso, afirmativo, cuál es el alcance máximo de un eventual precepto prohibitivo. Dentro de los límites establecidos por aquellas tendrá lugar la síntesis de los criterios legitimadores utilitarios contrapuestos antes mencionados, o sea, de aquellos que constituyen expresión de la finalidad de prevención de delitos, que abogan por la opción criminalizadora, y de los principios garantistas que velan por la minimización de la violencia.

¹⁷⁶ Díez Ripollés, José Luis, “El control de constitucionalidad de las leyes penales”, ob. cit., págs. 102 y 103.

¹⁷⁷ Es el caso de la STC 136/99 de 20 de julio, en relación con el delito de colaboración con banda armada del artículo 174 bis a) del código penal anterior al vigente de 1995. Fue sorprendente, en todo, caso que a partir de su propia argumentación no llegara a la misma conclusión en la STC 161/97 de 2 de octubre, relativa al artículo 380 del código penal, que castiga como desobediencia grave la negativa del conductor a someterse a la prueba de alcoholemia. La STC 24/04 de 24 de febrero, ha considerado inconstitucional en virtud, entre otros motivos, de la necesaria proporcionalidad de la reacción penal a una determinada interpretación de un precepto penal.

¹⁷⁸ Véase STC 136/99 de 20 de julio F. J. 29.

¹⁷⁹ Prieto del Pino, Ana María, “Los contenidos de racionalidad del principio de proporcionalidad...”, ob. cit., págs. 291-292.

De todo lo antes expuesto, se puede concluir que los principios del Derecho penal son utilizados como cánones o criterios de delimitación del control constitucional de las leyes penales. De este modo los principios de lesividad y protección de bienes jurídicos son empleados en el examen de necesidad, mientras los principios de mínima intervención y fragmentariedad en el examen de idoneidad, y los principios de proporcionalidad de la pena y culpabilidad en el examen de proporcionalidad en sentido estricto. Asimismo, se pondera en este último examen el bien protegido por la norma penal con el derecho a la libertad afectada con la intervención de dicha norma. Finalmente, el control constitucional de la regulación del comportamiento se analiza en los exámenes de necesidad e idoneidad, mientras que el control constitucional de la regulación de la sanción penal se lleva a cabo al momento de realizar el examen de proporcionalidad en sentido estricto.

3.6 Críticas a la aplicación del principio de proporcionalidad en el control de constitucionalidad de las leyes penales

En la doctrina penal, desde hace mucho tiempo ha existido y viene existiendo una renuencia a la aplicación del método constitucional de la ponderación y con ello la aplicación del principio de proporcionalidad en el control constitucional de las leyes penales. Ello a pesar de que la ponderación o balancing ha venido siendo aplicado desde principios del siglo pasado en los Estados Unidos y a nivel europeo a partir de los años 60; además este método ha sido utilizado en diversas ramas del derecho distintas al Derecho constitucional, incluso antes de su consolidación en este último. Tal fenómeno se puede advertir en el Derecho penal italiano, en donde se ha utilizado este método para ponderar el conflicto de bienes jurídicos en el caso de causas de justificación como el estado de necesidad, legítima defensa o ejercicio regular de un derecho¹⁸⁰.

¹⁸⁰ Un recuento detallado sobre el desarrollo de la ponderación en otras ramas distintas al Derecho constitucional, véase Pino, Giorgio, *Derechos fundamentales, conflictos y ponderación*, ob. cit., págs. 142-146.

Entre los autores más destacados con esta postura de oposición se encuentra Tomás Vives¹⁸¹, quien a raíz de la sentencia relativa al recurso previo de inconstitucionalidad contra la ley que despenalizaba diversos supuestos de aborto (STC 53/85 F. J. 9)¹⁸², consideró equivocado el planteamiento de la misma, al considerar que solamente la ponderación puede ser utilizada por los jueces cuando la constitucionalidad de una ley se mide desde principios constitucionales, pero como procedimiento generalizado resulta inaceptable. Aseverando incluso que la ponderación es un proceder que caracteriza, en general, a la actividad legislativa (o administrativa), pero no es el que deben utilizar (salvo las excepciones antes señaladas) los jueces. Dado que el legislador goza de discrecionalidad por tanto “no tiene porqué justificar su conducta” cuando “actúa bajo un poder que la Constitución le confiere”, ello significa que “lo que ha de enjuiciarse en el marco del recurso de inconstitucionalidad no es, por tanto, si ha actuado bien o mal, constitucionalmente hablando, porque la Constitución no tiene respuesta para la pregunta acerca de si el legislador ha actuado bien o mal; lo único que, desde el punto de vista de la Constitución, cabe, por regla general, decidir, si el legislador se ha movido dentro del marco de libertad constitucionalmente establecido o si, por el contrario lo ha sobrepasado”.

Por el contrario, el autor Santiago Mir¹⁸³ defiende la tesis de que el principio de proporcionalidad ofrece un fundamento legitimador de la intervención penal, y un fundamento que le parece preferible al que suministran las tesis de la prevención y de la retribución. Aunque ese fundamento no esté previsto expresamente en la Constitución, él considera que se puede extraer de la propia vigencia de la Constitución y, en particular, de las disposiciones que contienen derechos fundamentales; o sea, el principio de proporcionalidad vendría a ser

¹⁸¹ Vives, Tomás, “Valoraciones ético-sociales y jurisprudencia constitucional: el problema del aborto consentido”, en *Revista Española de Derecho Constitucional*, año 5, núm. 15, 1985, págs. 121-158. Citado en Atienza, Manuel, “Constitucionalismo y Derecho penal”, ob. cit., págs. 29 y 30.

¹⁸² El Tribunal Constitucional español planteó el problema (en relación con el aborto consentido) como si se tratara esencialmente de una ponderación entre los derechos de la madre y el derecho a la vida del feto.

¹⁸³ Mir, Santiago, “El principio de proporcionalidad como fundamento constitucional de límites materiales del Derecho penal”, en *Libro homenaje a T. Vives: Constitución, derechos fundamentales y sistema penal (semblanzas y estudios con motivo del 70 aniversario del profesor Tomás Salvador Vives Antón)*, (dir. J. C. Carbonell & otros, coord. M. L. Cuerda), Tirant lo Blanch, Valencia, 2009, t. II. Citado en Atienza, Manuel, “Constitucionalismo y Derecho penal”, ob. cit., págs. 30 y 31.

una consecuencia lógica de la existencia de bienes y derechos constitucionales que pueden chocar entre sí. Mir acepta las conocidas tesis de Alexy consistentes en concebir los derechos fundamentales como principios y éstos como mandatos de optimización (que ordenan que algo debe realizarse en la mayor medida posible), lo cual le conduce, lógicamente a suscribir también, por lo menos en lo esencial la concepción alexiana de la ponderación.

Aplicado al Derecho penal, Santiago Mir¹⁸⁴ entiende que “las exigencias de idoneidad y necesidad incluyen directamente los principios de necesidad de pena para la protección de bienes jurídicos, subsidiariedad, ultima ratio, fragmentariedad e intervención mínima”; y que el tercer sub principio el de proporcionalidad en sentido estricto tiene relación con la exigencia de proporción entre la gravedad del delito y la gravedad de la pena”. Asimismo, precisa que en la medida en que la intervención penal afecte a derechos fundamentales, solo resultará proporcionada si trata de evitar lesiones de derecho igualmente fundamentales o por lo menos de intereses fundamentales para la vida social que, además de ser en abstracto merecedores de tutela penal (bienes jurídicos-penales), que afecten con suficiente intensidad a dichos bienes. Finalmente, a medida que aumente la gravedad de la intervención penal (así mediante penas o medidas privativas de libertad y en la medida que su duración aumente) mayor habrá de ser la importancia del bien o bienes que con ella se espera proteger, y mayor la intensidad de su afectación que se desea evitar”¹⁸⁵.

Pero Santiago Mir¹⁸⁶ tiene una crítica que hace al planteamiento de Alexy o, al menos, ve un problema, a propósito del principio de no culpabilidad que él cree que no puede incluirse

¹⁸⁴ Mir, Santiago, “El principio de proporcionalidad como fundamento constitucional de límites materiales del Derecho penal”, en *Libro homenaje a T. Vives: Constitución, derechos fundamentales y sistema penal (semblanzas y estudios con motivo del 70 aniversario del profesor Tomás Salvador Vives Antón)*, (dir. J. C. Carbonell & otros, coord. M. L. Cuerda), Tirant lo Blanch, Valencia, 2009, t. II, pág. 1363. Citado en Atienza, Manuel, “Constitucionalismo y Derecho penal”, ob. cit., pág. 31.

¹⁸⁵ Mir, Santiago, “El principio de proporcionalidad como fundamento constitucional de límites materiales del Derecho penal”, en *Libro homenaje a T. Vives: Constitución, derechos fundamentales y sistema penal (semblanzas y estudios con motivo del 70 aniversario del profesor Tomás Salvador Vives Antón)*, (dir. J. C. Carbonell & otros, coord. M. L. Cuerda), Tirant lo Blanch, Valencia, 2009, t. II, págs. 1364 y 1365. Citado en Atienza, Manuel, “Constitucionalismo y Derecho penal”, ob. cit., págs. 31 y 32.

¹⁸⁶ Mir, Santiago, “El principio de proporcionalidad como fundamento constitucional de límites materiales del Derecho penal”, en *Libro homenaje a T. Vives: Constitución, derechos fundamentales y sistema penal (semblanzas y estudios con motivo del 70 aniversario del profesor Tomás Salvador Vives Antón)*, (dir. J. C. Carbonell & otros,

(o, cuando menos, sería dudoso que podría incluirse) en el principio de proporcionalidad: “El sacrificio del principio de culpabilidad nunca podría, pues, considerarse un coste admisible por el hecho de que pudiera resultar proporcionado al beneficio de una mayor prevención”. Tendría que ser considerado “un coste nunca soportable”, algo que “no puede ‘compensarse’”¹⁸⁷. “Esta [la pena] implica un reproche ético-jurídico que solo es justo dirigir a quien es culpable y en la medida de su culpabilidad. Es este reproche el que en ningún caso puede imponerse al que no lo merece, por muy necesaria y proporcionada al fin de prevención que pueda ser la privación de derechos que implica la pena”¹⁸⁸.

Manuel Atienza¹⁸⁹ afirma que las reticencias de Tomás Vives en relación con el uso de la ponderación parecen estar completamente en línea con las críticas que a ese procedimiento le dirige Ferrajoli¹⁹⁰ y también los positivistas clásicos.

Pero su postura recuerda también mucho a la posición de Jürgen Habermas¹⁹¹, quien afirma lo siguiente: “... la propuesta de R. Alexy en el sentido de entender los principios, de tal guisa transformados en valores, como mandatos de optimización, cuya intensidad permanece abierta. Esta interpretación viene a ajustarse a una expresión algo laxa, pero habitual entre los juristas, que hablan de ‘una ponderación de bienes’. Si los principios sientan

coord. M. L. Cuerda), Tirant lo Blanch, Valencia, 2009, t. II, pág. 1379. Citado en Atienza, Manuel, “Constitucionalismo y Derecho penal”, ob. cit., pág. 32.

¹⁸⁷ Mir, Santiago, “El principio de proporcionalidad como fundamento constitucional de límites materiales del Derecho penal”, en *Libro homenaje a T. Vives: Constitución, derechos fundamentales y sistema penal (semblanzas y estudios con motivo del 70 aniversario del profesor Tomás Salvador Vives Antón)*, (dir. J. C. Carbonell & otros, coord. M. L. Cuerda), Tirant lo Blanch, Valencia, 2009, t. II, pág. 1380. Citado en Atienza, Manuel, “Constitucionalismo y Derecho penal”, ob. cit., pág. 32.

¹⁸⁸ Mir, Santiago, “El principio de proporcionalidad como fundamento constitucional de límites materiales del Derecho penal”, en *Libro homenaje a T. Vives: Constitución, derechos fundamentales y sistema penal (semblanzas y estudios con motivo del 70 aniversario del profesor Tomás Salvador Vives Antón)*, (dir. J. C. Carbonell & otros, coord. M. L. Cuerda), Tirant lo Blanch, Valencia, 2009, t. II, pág. 1382. Citado en Atienza, Manuel, “Constitucionalismo y Derecho penal”, ob. cit., pág. 32.

¹⁸⁹ Atienza, Manuel, “Constitucionalismo y Derecho penal”, ob. cit., pág. 33.

¹⁹⁰ Ferrajoli afirma lo siguiente: “...En cualquier caso, la ponderación es un término infeliz y distorsionador: porque transforma la aplicación de la ley en una aplicación desvinculada de esta, o porque se usa con un significado demasiado extenso, hasta el punto de designar cualquier tipo de razonamiento jurídico y de interpretación sistemática”. Ferrajoli, Luigi, “Dos concepciones de los principios, Una respuesta a Juan Ruiz Manero. En *DOXA*, núm., 36, Alicante, 2013, pág. 256. Citado en Grández Castro, Pedro P., “Los Principios constitucionales. El último tramo de un largo debate (Presentación)”, en *Un debate sobre principios constitucionales*, (ed. Pedro P. Grández Castro), Palestra, Lima, 2014, pág. 21.

¹⁹¹ Habermas, Jürgen, *Facticidad y validez...*, ob. cit., pág. 327.

un valor que debe ser realizado de forma óptima, y si el grado de cumplimiento de este mandato de optimización no puede obtenerse de la norma misma, pues la norma ni lo establece ni lo puede establecer, la aplicación de tales principios en el marco de lo fácticamente posible hace menester una ponderación orientada a fines”¹⁹². Asimismo, el citado autor afirma que la ponderación o sopesamiento de valores se efectúa, o bien de forma discrecional o arbitraria, o bien de forma no reflexiva, es decir, conforme a estándares o a jerarquías a los que está acostumbrado¹⁹³.

Por ello, Jürgen Habermas¹⁹⁴ propone, para los casos difíciles, es decir, en lugar de la ponderación, el “discurso de aplicación” (siguiendo en esto a Klaus Günther) que llevaría a una “determinación unívoca” de la solución; el cual consiste en: “... hallar entre las normas aplicables *prima facie* aquella que se acomoda mejor a la situación de aplicación, descrita de la forma más exhaustiva posible desde todos los puntos de vista relevantes. Entre la norma que venga al caso y las normas que -sin perjuicio de seguir siendo válidas- pasan a un segundo plano, hay que poder establecer una relación con sentido, de suerte que no se vea afectada la coherencia del sistema jurídico en conjunto. Las normas que vienen al caso y las normas que, aun habiendo sido candidatas a ello, no son de aplicación en el caso de que se trate, no se comportan entre sí como valores en competencia que, como mandatos de optimización, hubieran de cumplirse en medida diversa en cada caso, sino como normas ‘adecuadas’ e ‘inadecuadas’. La adecuación significa aquí validez de un juicio singular deducido a partir de una norma válida, que es el que ‘satura’ a la norma correspondiente. Una aplicación del derecho orientada por principios ha de entender acerca de qué pretensión o qué acción son de recibo en un conflicto dado, y no acerca del mejor equilibramiento de bienes o de mejor relación de jerarquía entre valores. Ciertamente, las normas válidas constituyen

¹⁹² Un análisis más minucioso sobre esta discusión, la podemos encontrar en la comparación efectuada por el autor colombiano Carlos Bernal Pulido entre la aplicación del principio de proporcionalidad y la teoría de la norma adecuada de Karl Günther asumida por Jürgen Habermas. Bernal Pulido, Carlos, *El principio de proporcionalidad y los derechos fundamentales...*, ob. cit., págs. 610-615.

¹⁹³ Habermas, Jürgen, *Facticidad y validez...*, ob. cit., pág. 332.

¹⁹⁴ Habermas, Jürgen, *Facticidad y validez...*, ob. cit., págs. 333 y 334.

una estructura flexible de relaciones, en la que tales relaciones pueden desplazarse de caso a caso; pero este desplazamiento está sujeto a la reserva de coherencia, reserva que asegura que todas las normas se articulen en un sistema concentrado y coherente que, por su propia idea, sólo permita para cada caso una única solución correcta. La validez jurídica del juicio o fallo tiene el sentido deontológico de un precepto, no el sentido teleológico de lo alcanzable en el horizonte de nuestros deseos en unas circunstancias dadas. Lo que en cada caso es lo mejor para nosotros no coincide *eo ipso* con lo que es bueno para todos por igual”.

Manuel Atienza¹⁹⁵ -respecto al planteamiento de Habermas antes expuesto-, afirma que es excesivamente abstracto (propio de una “filosofía del Derecho de los filósofos”) y no parece, además, que haga del todo justicia a los planteamientos de Alexy. Ya que este último nunca ha dejado de insistir en la importancia que en todo esto (en la ponderación) tiene la coherencia y lo que él pretende en esencia es mostrar que la ponderación no es un procedimiento arbitrario, sino que obedece a criterios de racionalidad.

Atienza¹⁹⁶ concluye, que la cuestión a plantear no sería la de si uno es partidario o no de la ponderación, sino la de cuándo es legítimo usarlo, en qué consiste la ponderación y en qué sentido puede considerarse -si es que se puede- como un procedimiento racional. Por ello, afirma que la ponderación no es un tipo de argumento que se contraponga exactamente a la subsunción, sino que se trata de un procedimiento más complejo que cabe descomponer en dos fases, la segunda de las cuales consiste en efectuar una subsunción¹⁹⁷. La primera fase de la ponderación consiste en pasar de los principios a la regla, y para ello lo esencial es determinar cuál de los dos conjuntos de principios (o de valores) en conflicto tiene un mayor peso: la regla a la que se da lugar tendrá como supuesto de hecho las propiedades consideradas relevantes en el caso, y como consecuencia jurídica la del principio triunfante. En la ponderación hay, por tanto, la creación de una regla que anteriormente no existía, pero, claro está, esa creación no puede tener lugar de cualquier manera. Si se quiere decirlo con

¹⁹⁵ Atienza, Manuel, “Constitucionalismo y Derecho penal”, ob. cit., pág. 33.

¹⁹⁶ Atienza, Manuel, “Constitucionalismo y Derecho penal”, ob. cit., pág. 34.

¹⁹⁷ Atienza, Manuel, “Constitucionalismo y Derecho penal”, ob. cit., pág. 34.

otras palabras, no se trata de inventar el Derecho, sino de desarrollarlo; y por ello, por cierto, la ponderación judicial no puede equipararse a la que efectúan los legisladores¹⁹⁸.

Volviendo al planteamiento de Santiago Mir, en el sentido de que el principio de culpabilidad no pueda sopesarse con otros, en el sentido de que no podría ser derrotado, por ejemplo, por el “fin de la prevención”. Manuel Atienza¹⁹⁹ afirma que ese problema podría evitarse dentro del propio esquema de Alexy, puesto que sería posible atribuirle siempre un mayor peso al de los otros principios que entrarán en conflicto con él, de manera que siempre saldría triunfante. Al fin y al cabo, el principio de culpabilidad dimana de manera muy inmediata de la dignidad, y Alexy considera que éste último tiene una estructura distinta a los otros derechos fundamentales: “En los derechos fundamentales normales una intromisión no significa todavía una lesión. Una intromisión se convierte en lesión cuando no está justificada. La dignidad humana carece de esa estructura de intromisión/límites. En ese sentido tiene un carácter de regla. Toda intromisión en la dignidad humana significa su lesión”²⁰⁰.

Lo que está sí de acuerdo Manuel Atienza²⁰¹, es respecto a la crítica efectuada por Jürgen Habermas al acusar a Alexy de entender a todos los derechos en términos teleológicos y por tanto en constituir en mandatos de optimización; cuando en realidad algunos principios (los que llamamos directrices) son mandatos de optimización y, en consecuencia, puede hablarse de un cumplimiento graduable (“son optimizables”); pero otros son principios en sentido estricto: si, dadas determinadas circunstancias, puede decirse que un principio de este tipo prevalece sobre todos los otros [como por ejemplo el principio penal de culpabilidad antes expuesto], entonces lo que el mismo exige es un cumplimiento pleno: por eso, la aplicación de estos principios exige ponderación, pero no discrecionalidad²⁰².

¹⁹⁸ Atienza, Manuel, “Constitucionalismo y Derecho penal”, ob. cit., pág. 35.

¹⁹⁹ Atienza, Manuel, “Constitucionalismo y Derecho penal”, ob. cit., pág. 37.

²⁰⁰ Atienza, Manuel, “Entrevista a Robert Alexy”, en *Doxa*, núm. 24, 2001, p. 678. Citando en Atienza, Manuel, “Constitucionalismo y Derecho penal”, ob. cit., pág. 37.

²⁰¹ Atienza, Manuel, “Constitucionalismo y Derecho penal”, ob. cit., pág. 37.

²⁰² Sobre la distinción entre principios de mandato de optimización y en sentido estricto, conviene anotar la clasificación efectuada por Pedro P. Grández Castro, quien señala que los problemas estructurales de las normas pueden contener indeterminaciones en ambos lados y, dependiendo de donde se ubique tales

Sin embargo, esta supremacía *prima facie* de los principios en sentido estricto, no es del todo correcta, cuando existe un conflicto entre principios de la misma naturaleza, ante tal conflicto, Juan Ruiz²⁰³ propone que si es posible su conciliación a través de lo que él denomina una “visión estándar de la ponderación”, que consiste en una “jerarquización armónica” que establezca la prevalencia de cada uno de los principios, frente a otros eventualmente concurrentes; pero dicha jerarquización no debe ser realizada en “abstracto” -como propone Ferrajoli-, esto es, en relación con cualquier caso posible, sino en relación con clases de casos (o, si se prefiere decirlo así, en relación casos genéricos). Operación que finalmente desemboca en la construcción de una regla que determina la prevalencia de alguno de ellos en los casos que presenten ciertas combinaciones de propiedades.

Juan Ruiz Manero²⁰⁴ explica su postura a través del ejemplo siguiente: “... la regla elaborada por nuestro tribunal constitucional de acuerdo con la cual, en los supuestos de conflicto entre la libertad de información y el derecho al honor prevalece la primera sólo si la información tiene relevancia pública, es veraz y se comunica sin emplear expresiones injuriosas, mientras que basta con que esté ausente uno de estos tres requisitos para que prevalezca el derecho al honor”.

Reglas de este tipo valen -agrega Juan Ruiz Manero²⁰⁵- en tanto que un nuevo caso individual no presente una propiedad adicional, no contemplada en la regla, lo suficientemente relevante como para exigir una operación de distinguishing, cuyo resultado sería una nueva regla más fina que la anterior.

indeterminaciones, se tendrá un cuadro, tal como lo presentan Atienza y Juan Ruiz Manero, en el que aparecen normas con el mayor grado de precisión en la descripción del mundo y la configuración jurídica (regla de acción); normas con precisión en la descripción y con cierto nivel de imprecisión en la configuración de la prescripción normativa (Reglas de fin); normas con indeterminación en la descripción del mundo físico pero con claridad o precisión en la prescripción normativa (principio en sentido estricto) y; finalmente, normas con indeterminación tanto en la descripción del mundo como en la prescripción respecto de la obligación normativa o la prohibición que intenta proyectar (directriz). Grández Castro, Pedro P., “Los Principios constitucionales...”, ob. cit., pág. 19.

²⁰³ Ruiz Manero, Juan, “Dos problemas para la ponderación: Tensiones irresolubles y principios imponderables”, en *Un debate sobre principios constitucionales*, (ed. Pedro P. Grández Castro), Palestra, Lima, 2014, págs. 295 y 296.

²⁰⁴ Ruiz Manero, Juan, “Dos problemas para la ponderación...”, ob. cit., pág. 296.

²⁰⁵ Ruiz Manero, Juan, “Dos problemas para la ponderación...”, ob. cit., pág. 296.

Juan Ruiz Manero²⁰⁶ afirma que Luigi Ferrajoli critica duramente esta visión estándar de la ponderación, puesto para él la selección del principio aplicable, en supuestos de concurrencia entre más de uno de ellos, debe llevarse a cabo -lo que, a su juicio, resulta posible en la mayor parte de las ocasiones- atendiendo a relaciones preestablecidas de jerarquía entre diversos tipos de principios, relaciones de jerarquía cuya aplicabilidad no requiere de ningún tipo de ponderación; se trata de “soluciones en abstracto”, de acuerdo con las cuales un primer grupo de principios, aquellos que establecen “simples inmunidades fundamentales” aparecerían como supra ordenadas a todos los demás; un segundo grupo de principios, los que establecen “derechos activos de libertad” y derechos sociales aparecerían subordinados al primer grupo y supra ordenados a un tercero, tercero que estaría integrado por los principios que corresponden a los derechos-poder de autonomía, que se situarían, así, en el nivel más bajo, porque su ejercicio se encuentra subordinado a todos los pertenecientes a los dos primeros grupos. Juan Ruiz Manero observa que dicha jerarquización no puede, con todo, resolver todos los casos de colisión entre principios. Pues caben, obviamente, colisiones entre principios que se sitúan en un mismo grupo de los tres distinguidos por Ferrajoli - específicamente, colisiones entre principios correspondientes a los derechos activos de libertad-.

En tales colisiones, Juan Ruiz Manero²⁰⁷ manifiesta que la solución que plantea Ferrajoli ha de venir, no, como sostiene la visión estándar de la ponderación, sino de lo que él llama “ponderación equitativa”, entendida como la ponderación entre las características irreductiblemente singulares propias de cada caso individual; de forma que, las colisiones entre principios, o bien no presentarían características que exigieran un tratamiento diferenciado, pues encontrarían su solución en reglas predispuestas en las que subsumirlas, o bien, cuando tal subsunción de la colisión en una regla predispuesta no resultara posible, habrían de entregarse a un tratamiento puramente particularista. Al respecto, Juan Ruiz

²⁰⁶ Ruiz Manero, Juan, “Dos problemas para la ponderación...”, ob. cit., págs. 297 y 298.

²⁰⁷ Ruiz Manero, Juan, “Dos problemas para la ponderación...”, ob. cit., pág. 298.

Manero advierte que la postura de Ferrajoli, está orientada al tratamiento de los principios como si se trataran de reglas, al utilizar el criterio de la subsunción -pese a lo que él denomina “ponderación equitativa”-, lo que denota finalmente en un reduccionismo del contenido normativo de la Constitución a reglas y no a principios. Lo que existe verdaderamente en el tratamiento estándar de la ponderación, es una regla preestablecida para el tratamiento del conflicto entre principios en sentido estricto, y que la misma se aplica -en términos de Ruiz Manero- de forma genérica a cualquier tipo de caso que genere dicho conflicto de principios, de modo que dicha regla -creada por el Tribunal Constitucional a través del precedente- establece los presupuestos o condiciones para configurar la prevalencia de un determinado principio. Situación que no ocurre, cuando el caso que origina el conflicto entre principios en sentido estricto, denota de ciertas características disímiles, que no encajan del todo en los presupuestos exigidos por la regla jurisprudencial, por lo que obliga al juez constitucional en crear una nueva regla aplicable a este nuevo caso particular y con ello finalmente decidir por cuál de los principios en conflicto aplicar.

Por tanto, resulta adecuada la postura asumida por Pedro Grández Castro²⁰⁸, al señalar que las reglas necesitan de los principios para “aclararse” a la luz de los principios que los sustentan, mientras que los principios requieren, seguramente, de las concreciones (¿judiciales?, ¿legislativas?, o ¿solo legislativas?), para poder expresar con más precisión las reglas que se “esconden” tras su indeterminación, a la luz de cada circunstancia de los casos.

Finalmente, queda agregar que el propio Juan Ruiz Manero²⁰⁹ acepta y comparte la postura de Manuel Atienza, en el sentido de la eficacia plena de algunos principios en sentido estricto, y que por tanto tienen el carácter de ser imponderables, tal es el caso del principio de respeto a la dignidad humana, por tanto no puede verse desplazado, en el caso que se considere, por algún otro principio concurrente. Claro está, que dicho principio se encuentra sometido tanto en su reconocimiento y eficacia con la existencia de un derecho fundamental vulnerado, y por

²⁰⁸ Grández Castro, Pedro P., “Los Principios constitucionales...”, ob. cit., págs. 22 y 23.

²⁰⁹ Ruiz Manero, Juan, “Dos problemas para la ponderación...”, ob. cit., pág. 312.

ello, no podría afirmarse una afectación directa y exclusiva a la dignidad humana, sino a través de un derecho fundamental derivado de este. Por lo que se puede concluir, que el principio penal de culpabilidad, al momento de ser ponderado en el examen o sub principio de proporcionalidad en sentido estricto, siempre prevalecerá ante cualquier bien jurídico que sea de igual o menor jerarquía al derecho de libertad afectado por la norma penal. De esta forma queda legitimada la aplicación del principio de proporcionalidad en sentido amplio y los sub principios que lo contienen, como uno de los principios constitucionales fundamentales para la delimitación del control constitucional de las leyes penales.

CAPÍTULO IV

LÍMITES DEL CONTROL CONSTITUCIONAL DE LA LEYES PENALES

Conforme a lo señalado en el capítulo precedente, el objeto de análisis del presente trabajo es el control de constitucionalidad de las leyes penales en su aspecto material, específicamente en lo que respecta a la regulación de la conducta como delito (tipificación); en consecuencia, en el presente capítulo se analizará el control efectuado por diversos Tribunales Constitucionales respecto a la tipicidad y con ello verificar los límites a dicho control, incidiendo en la función que cumple el principio de proporcionalidad conjuntamente con los principios del Derecho penal.

Al respecto, tal como señala César Landa Arroyo²¹⁰, se debe dar cuenta de la manera en que el Tribunal Constitucional peruano ha interpretado el principio de legalidad penal, así como la posibilidad de que el Tribunal realice el control constitucional sobre la tipificación penal.

1. CONTROL DE CONSTITUCIONALIDAD DE LAS LEYES PENALES

Luis López Guerra²¹¹ afirma que el control de constitucionalidad de las normas con fuerza de ley es el instrumento de fiscalización jurídica de los poderes públicos que cierra el Estado de Derecho; con él se trata de asegurar la supremacía de la Constitución, haciendo prevalecer a ésta, sobre las normas aprobadas por el poder legislativo.

1.1 Control constitucional de la observancia del principio de legalidad

César Landa Arroyo²¹² sostiene que el principio de legalidad implica, *prima facie*: i) la prohibición de tipos penales en blanco y abiertos²¹³; ii) la prohibición de leyes violatorias de

²¹⁰ Landa Arroyo, César, "Interpretación constitucional y...", ob. cit., pág. 95.

²¹¹ López Guerra, Luis, et alli, *Derecho constitucional*, Tirant lo Blanch, Valencia [vol. II], 2013, pág. 227.

²¹² Landa Arroyo, César, "Interpretación constitucional y...", ob. cit., pág. 95.

²¹³ Se está frente a un tipo penal en blanco cuando la conducta no está íntegramente descrita, por lo que es necesario la remisión al mismo ordenamiento o a otro a fin de precisarla. Por el contrario, el tipo penal abierto

derechos fundamentales (a la justicia, a la verdad, al debido proceso y a la tutela judicial); iii) la prohibición de la analogía respecto a normas penales (artículo 139.9 de la Constitución Peruana); y iv) la exigencia de que el delito y la pena estén determinados por una norma que tenga rango de ley o, preferentemente, de ley orgánica.

Asimismo César Landa Arroyo²¹⁴ afirma que el Tribunal Constitucional Peruano ha tenido ocasión de pronunciarse ampliamente respecto del principio de legalidad y concretamente sobre la exigencia de *lex certa*²¹⁵. A partir de una concepción de la Constitución como norma fundamental jurídico-política, no se ha limitado a realizar una interpretación hermenéutica de esta. En efecto, sin dejar de reconocer el mandato de determinación que se deriva del principio de legalidad -según el cual las conductas prohibidas y las sanciones deben estar claramente delimitadas en la ley-, ha señalado que la exigencia que se colige del artículo 2.24.d de la Constitución Peruana, no puede entenderse en el sentido de exigir del legislador una claridad y precisión absoluta en la formulación de los conceptos legales. Ello no es posible, pues la naturaleza propia del lenguaje, con sus características de ambigüedad y vaguedad, admiten cierto grado de indeterminación, mayor o menor, según sea el caso.

1.2 Control constitucional de la tipificación penal

Víctor Ferreres Comella²¹⁶ advierte que han existido cuestiones de inconstitucionalidad planteadas por diversos jueces ordinarios españoles frente a la ley penal, la cuales ha motivado sendos pronunciamientos por parte del Tribunal Constitucional español, como ejemplo, cabe citar las cuestiones planteadas a propósito del delito de negación al genocidio previsto en el artículo 607.2 del Código penal (STC 235/2007); la distinción por razón de sexo establecida en el artículo 153.1 del Código Penal, en el ámbito de los delitos de violencia de

es aquel en el que está ausente una guía objetiva para completar el tipo, de modo que en la práctica resultaría imposible la diferenciación entre el comportamiento permitido y prohibido con la sola ayuda del texto legal.

²¹⁴ Landa Arroyo, César, "Interpretación constitucional y...", ob. cit., págs. 96 y 97.

²¹⁵ Sentencia del Tribunal Constitucional Peruano recaída en el Expediente N° 0010-2002-AI-TC. En esta Sentencia, el Tribunal en realidad se pronunció sobre diversos aspectos constitucionales de la mayor relevancia, tales como los delitos de traición a la patria y de apología del terrorismo, así como sobre el derecho fundamental al debido proceso y sobre la humanización de las penas.

²¹⁶ Ferreres Comella, Víctor, "El control de las leyes penales por parte de los jueces ordinarios", ob. cit., pág. 109.

género (STC 59/2008); y el carácter categórico, sin excepciones, de la imposición de la pena de alejamiento prevista en el artículo 57.2 del Código penal (STC 60/2010). Sin embargo, durante los más de 30 años de jurisdicción constitucional, el Tribunal Constitucional español sólo ha declarado la nulidad de dos normas penales: en la STC 235/2007, el Tribunal decretó la nulidad parcial del artículo 607.2 del Código Penal (negación del genocidio), y en la reciente STC 101/2012 ha anulado el artículo 335 del Código penal, en su versión anterior a la reforma de 2003 (delito de caza y pesca). Observándose que la única vez que el Tribunal ha decretado la nulidad total de un precepto penal ha sido en esta última sentencia, que se pronuncia sobre una norma que ya estaba derogada al momento de emitir fallo (hay que tener en cuenta que el Tribunal Constitucional tardó 11 años en resolver la cuestión de inconstitucionalidad elevada por el juez ordinario)²¹⁷.

En el caso peruano, en la Sentencia del Pleno Jurisdiccional del Tribunal Constitucional del 12 de diciembre del 2012, recaída en el Expediente N° 00008-2012-PI/TC Lima, [fundamentos 15, 25, 44 y 76], dicho tribunal determinó que la disposición penal contenida en el artículo 173, inciso 3) del Código Penal²¹⁸ constituye una intervención injustificada en el ámbito constitucionalmente protegido del derecho al libre desarrollo de la personalidad contenido en el artículo 2 inciso 1) de la Constitución, declarando de este modo la inconstitucionalidad de dicho precepto legal.

Por su parte César Landa Arroyo²¹⁹ señala que el Tribunal Constitucional Peruano ha precisado que excepcionalmente, se puede efectuar un control constitucional sobre una resolución judicial por afectación del principio de legalidad penal y, en concreto, 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

²¹⁷ Ferreres Comella, Víctor, "El control de las leyes penales por parte de los jueces ordinarios", ob. cit., págs. 115 y 116.

²¹⁸ Artículo modificado por la Ley N° 28704, que establece en caso de los delitos de violación sexual de menores, que si la víctima tiene entre 14 y 18 años de edad, la pena será no menor de 25 ni mayor de 30 años independientemente de que se manifieste consentimiento en dichas relaciones.

²¹⁹ Sentencia del Tribunal Constitucional recaída en el expediente N° 2758-2004-HC/TC (F. N.° 8). Citado en Landa Arroyo, César, "Interpretación constitucional y...", ob. cit., pág. 99.

pautas interpretativas manifiestamente extravagantes o irrazonables, incompatibles con el ordenamiento constitucional y su sistema material de valores.

2. LÍMITES AL CONTROL CONSTITUCIONAL DE LAS LEYES PENALES

2.1 El principio de proporcionalidad como criterio racional en el control constitucional de las leyes penales

Desde una concepción material del control de constitucional de las leyes, entendida esta como la constatación del contenido de la ley aplicable al caso sea compatible con la Constitución, Carlos Bernal Pulido²²⁰ establece -siguiendo las posiciones contrarias a la doctrina expuesta por J. H. Ely referida a un control de constitucionalidad restringido a la vigilancia de los procedimientos democráticos- "...que el ejercicio limitado, no arbitrario y legítimo de la *judicial review* está garantizado cuando el juez interpreta la Constitución de manera adecuada o racional. Si el juez emplea correctamente los métodos de interpretación y se mantiene siempre dentro del ejercicio de su competencia, asegura de forma pertinente la supremacía de la Constitución y la integridad de los derechos fundamentales y no representa un peligro para el funcionamiento de las instituciones democráticas".

Sin embargo, el citado autor, señala que esta postura se enfrenta con el problema de precisar cuándo debe considerarse que el juez emplea correctamente los métodos de interpretación de la Constitución, y más aún, con la necesidad de definir si existen unos métodos de interpretación que sean mejores que otro; y, en todo caso, con el imperativo de establecer cómo deben ser empleados estos métodos por el juez²²¹.

Ante esta cuestión, ha surgido una aguda controversia en los Estados Unidos, entre los denominados originalistas y los no originalistas para hallar la solución del mismo; es por ello,

²²⁰ Bernal Pulido, Carlos, *El principio de proporcionalidad y los derechos fundamentales...*, ob. cit., pág. 273.

²²¹ Bernal Pulido, Carlos, *El principio de proporcionalidad y los derechos fundamentales...*, ob. cit., pág. 273.

que Carlos Bernal²²², acoge en buena medida la postura de los segundos, quienes postulan que el Juez Constitucional debe recurrir a otras fuentes para interpretar la Constitución: a los precedentes, a las tradiciones, a algunos principios neutrales -según la famosa invocación de Wechsler- o a los principios o a los valores actuales de la comunidad. En contra posición a los originalistas, que de manera simplista acogen la postura de que la Constitución debe ser interpretada de acuerdo con ciertas circunstancias acaecidas en tiempos de sus orígenes: el significado original de su texto, o bien las intenciones originales de los constituyentes²²³.

Es por ello, que Carlos Bernal Pulido²²⁴ postula que: "... el principio de proporcionalidad es el criterio que ofrece esta mayor racionalidad comparativa. Esta ventaja comparativa se debe a que la estructura del principio de proporcionalidad garantiza la mayor claridad conceptual y argumentativa posible. Por una parte, en esta estructura puede establecerse con mayor exactitud, en los casos concretos, sobre la base de qué aspectos específicos se efectúan las valoraciones y apreciaciones del Tribunal Constitucional; y por otra, dicha estructura permite construir una escala de intensidad del control de constitucionalidad, de acuerdo con la fórmula de Konrad Hesse: cuánto más intensa sea la intervención del Legislador en los derechos fundamentales, tanto más intenso debe ser el control del Tribunal Constitucional. La aplicación

²²² Bernal Pulido, Carlos, *El principio de proporcionalidad y los derechos fundamentales...*, ob. cit., págs. 273-275.

²²³ Sin embargo, existe en los Estados Unidos la doctrina originalista de "textualismo razonable" propuesto por Scalia, como método de interpretación constitucional, el cual -según refiere Pierluigi Chiassoni- se basa en dos tesis: tesis de la omnipresencia y tesis de la no-especificidad. La primera, sostiene que toda aplicación presupone interpretación: no es posible aplicar un texto jurídico a cualquier caso individual, sin interpretar antes el texto, en consecuencia, la interpretación es, por lo tanto, una actividad necesaria en la aplicación del derecho escrito: no ya eventual, como sugieren lo que la confinan a los casos de textos indeterminados y dudosos, conforme a la antigua y engañosa máxima *in claris non fit interpretatio*. La segunda, sostiene, en cambio, que la interpretación de un texto constitucional no necesita de "principios especiales", diferentes de los que hay que utilizarse en la interpretación de cualquier ley de un legislador democrático. Sin embargo, el carácter "inusual" del documento constitucional sugiere aplicar los principios "usuales" teniendo en cuenta dos rasgos esenciales: 1. Una constitución, según su naturaleza, no contiene sólo reglas detalladas, sino que traza "las grandes líneas" y concierne a "los sujetos importantes" del gobierno de una sociedad. Por lo tanto, en línea de principio, hace falta "proporcionar a las palabras y expresiones [constitucionales] una interpretación expansiva más bien que una restrictiva (*narrow*)" (principio de interpretación tendencialmente expansiva de la Constitución). 2. Una constitución democrática, según su naturaleza, es un texto en función anti-mayoritaria: es decir, es un texto cuyo objeto consiste en garantizar algunos derechos individuales contra las eventuales violaciones por las generaciones futuras y sus representantes políticos. Por lo tanto, en línea de principio, hace falta interpretarla de manera tal que logre preservar dicha función anti-mayoritaria. Chiassoni, Pierluigi, "El textualismo razonable: Una tentación resistible (Nota Preliminar)", en *Una cuestión de interpretación. Los tribunales federales y el derecho*, (edit. Amy Gutmann), Palestra, Lima, 2015, págs. 17 y 18.

²²⁴ Bernal Pulido, Carlos, *El principio de proporcionalidad y los derechos fundamentales...*, ob. cit., págs. 313-314.

de esta escala de intensidades en el control de constitucionalidad y la localización de las valoraciones del Tribunal no tiene lugar con la misma facilidad si se intenta aplicar dentro del esquema de los criterios alternativos al principio de proporcionalidad”.

Finalmente, el citado autor establece que la aplicación del principio de proporcionalidad no constituye un procedimiento que garantice la objetividad o la racionalidad jurídica absoluta de la fundamentación de las normas adscritas, ni que conduzca en todos los casos al hallazgo de una única solución correcta. No obstante, esta no representa una característica exclusiva de la aplicación del principio de proporcionalidad. Ningún criterio alternativo a este principio puede garantizar la objetividad, en razón de que es imposible suprimir los radicales conflictos sobre apreciaciones analíticas, normativas y fácticas que se presentan en la interpretación de los derechos fundamentales y que deben ser resueltos mediante valoraciones del Tribunal Constitucional. Además, tampoco parece conveniente alcanzar la objetividad en este campo, pues este hecho haría inane la competencia legislativa para configurar la vida política de la sociedad y convertiría al Parlamento en un mero ejecutor del detallado catálogo de decisiones constitucionales que podrían derivarse por un método objetivo²²⁵.

Sin embargo Jordi Jaria i Manzano sostiene si bien es cierto que es al legislador al que le corresponde decidir las conductas que considerará merecedoras de reproche penal y la sanción que les asocia, ello no excluye la intervención del Tribunal Constitucional para proteger los derechos de las personas, para el caso en que la mayoría parlamentaria utilice su capacidad de decisión en el ámbito penal de manera desproporcionada en relación con el bien jurídico que se pretende tutelar o, directamente, sin base constitucional alguna, ni que sea remota²²⁶.

Es así -agrega el citado autor- que el Tribunal Constitucional Español en la STC 235/2007, de 7 de noviembre, en relación al artículo 607.1 del Código penal español, cuyo tenor original

²²⁵ Bernal Pulido, Carlos, *El principio de proporcionalidad y los derechos fundamentales...*, ob. cit., págs. 314-315.

²²⁶ Jaria i Manzano, Jordi, “El marco constitucional del Derecho Penal”, en *Derecho penal constitucional*, (dir. Gonzalo Quintero Olivares, coord. Jordi Jaria i Manzano), tirant lo blanch, Valencia, 2015, pág. 155.

establecía que “la difusión por cualquier medio de ideas o doctrinas que nieguen o justifiquen los delitos tipificados en el apartado anterior de este artículo [se hace referencia a los Delitos de genocidio], o pretendan la rehabilitación de regímenes o instituciones que amparen prácticas generadoras de los mismos, se castigará con la pena de uno a dos años”, fue declarada inconstitucional en el extremo del inciso “nieguen o” contenido en el precepto. De esta manera el Tribunal Constitucional Español ha establecido que, si bien no puede considerarse la proporcionalidad en abstracto como elemento pertinente en el control de constitucionalidad de la norma penal, sí puede tomarse en consideración la lesión por parte de la incriminación efectuada por la norma penal de determinados derechos o bienes constitucionales -en este caso, la libertad de expresión-, lo que justifica, en definitiva, la declaración de inconstitucionalidad cuando, efectivamente, tal incriminación constituye una vulneración del derecho o un menoscabo del bien afectado²²⁷.

Además -añade el citado autor- el Tribunal Constitucional español consideró que “[l]a libertad de configuración del legislador penal encuentra su límite en el contenido esencial” (STC 235/2007, de 7 de noviembre, f. J. 6)²²⁸. Más aún si el Tribunal Constitucional español ya anteriormente, en la STC 55/1996, de 28 de marzo, f. J. 7, estableció que “si se ha producido un sacrificio patentemente innecesario de derechos que la Constitución garantiza”, con el consecuente “derroche inútil de coacción que convierte la norma en arbitraria y que socava los principios elementales de justicia inherentes a la dignidad de la persona y al Estado de Derecho”, ello justificaría la declaración de inconstitucionalidad²²⁹.

Por lo que Jordi Jaria i Manzano²³⁰ concluye que se puede construir la idea de que la proporcionalidad de la respuesta penal y, con ello, el principio de *ultima ratio* del Derecho penal encuentran un anclaje constitucional, en la relación entre los límites impuestos a determinados derechos fundamentales y el principio de legalidad penal. Dicho anclaje

²²⁷ Jaria i Manzano, Jordi, “El marco constitucional del Derecho Penal”, ob. cit., pág. 155.

²²⁸ Jaria i Manzano, Jordi, “El marco constitucional del Derecho Penal”, ob. cit., págs. 155 y 156.

²²⁹ Jaria i Manzano, Jordi, “El marco constitucional del Derecho Penal”, ob. cit., pág. 156.

²³⁰ Jaria i Manzano, Jordi, “El marco constitucional del Derecho Penal”, ob. cit., pág. 157.

constitucional permite el control de la proporcionalidad de la respuesta penal del Estado y, si es el caso, la declaración de inconstitucionalidad en relación con determinadas decisiones del legislador penal, que estaría sometido a límites particularmente exigentes, teniendo en cuenta su incidencia en la esfera de autonomía de las personas (STC 60/2007, de 7 de octubre, f. J. 7).

También resulta oportuno exponer el meritorio aporte que brinda Ana Prieto del Pino²³¹ quien, desde la óptica del principio constitucional de proporcionalidad aplicado a la actividad legislativa penal, apuesta por una ordenación racional del proceso de incriminación de una conducta como delito realizado por el legislador penal a través del principio constitucional de proporcionalidad, conforme al siguiente esquema:

Nivel externo del principio de proporcionalidad en sentido amplio

1. Fragmentariedad (expresión del principio de proporcionalidad en sentido estricto):
 - a) Bienes jurídicos más importantes. Presupuesto: existencia de un bien jurídico. Principio de protección exclusiva de bienes jurídicos. Contenido: relevancia del bien.
 - b) Ataques más graves. Presupuesto: principio de lesividad. Contenido: desvalor de acción-desvalor del resultado.
2. Necesidad:
 - a) Presupuesto: idoneidad del Derecho penal para alcanzar el fin buscado, o sea, para evitar que se produzcan comportamientos lesivos del bien jurídico sin provocar daños mayores que los que trata de evitar.
 - b) Subsidiariedad: la imposición de pena ha de ser necesaria, es decir, ha de demostrarse que otros sectores del ordenamiento no logran un nivel satisfactorio de eficacia protectora de ese bien con costes menores (necesidad de pena).

²³¹ Prieto del Pino, Ana María, "Los contenidos de racionalidad del principio de proporcionalidad...", ob. cit., págs. 293-294.

Nivel interno del principio de proporcionalidad en sentido amplio

1. Proporcionalidad ilícito-pena abstracta.
2. Necesidad de pena abstracta más o menos grave:
 - a) Presupuesto: idoneidad de la pena prevista para alcanzar el fin buscado, o sea, para evitar que se produzcan comportamiento lesivos de bien jurídico sin provocar mayores daños que los que trata de evitar.
 - b) Subsidiariedad: necesidad de la pena. Ha de demostrarse que otra pena (distinta en su naturaleza, carácter y/o extensión) menor grave no logra un nivel satisfactorio de eficacia protectora con menos costes.

Si bien es cierto, el esquema antes expuesto describe como el principio constitucional de proporcionalidad resulta aplicable a la actividad legislativa penal (control pre legislativo); ello no obsta, a que se pueda postular también por la aplicación de dicho principio en el control constitucional de la ley penal (control post legislativo), y constituir un criterio delimitador del control constitucional de la ley penal, bajo el amparo -claro está- de los propios principios del Derecho penal, tal como ha quedado demostrado en el capítulo anterior.

2.2 Modelo racional de la actividad legislativa penal (control ex ante) aplicada al control constitucional de las leyes penales (control ex post)

A nivel doctrinal, si bien José Díez Ripollés, formula un modelo de racionalidad legislativa penal en la actividad legislativa penal, dicha formulación teórica no dista mucho para ser aplicable al propio control constitucional de las leyes penales²³², y servir con ello de parámetros o criterios que la jurisdicción constitucional ha de tener en cuenta al momento de determinar si un determinado precepto legal penal es conforme a la Constitución o de lo contrario establecer su inconstitucionalidad.

²³² Díez Ripollés, José Luis, “El control de constitucionalidad de las leyes penales”, en *Derecho Constitucional Penal*, (coord. José Urquiza Olaechea & Nelson Salazar Sánchez), Idemsa, Lima, 2012, pág. 75. El propio autor afirma: “El control de la racionalidad legislativa penal puede lograrse, sin duda, a través de la declaración de inconstitucionalidad de una ley o de algunos de sus preceptos, llevada a cabo por nuestro Tribunal Constitucional”.

Efectuada dicha precisión, conviene en explicar los niveles de racionalidad legislativa penal propuestos por José Díez Ripollés²³³, los cuales vienen a ser los siguientes:

- a. Racionalidad ética.** Esta racionalidad nos remite al sistema de creencias, cultural e históricamente condicionado, que sustenta a nuestra colectividad. Se trata de una serie de actitudes vitales y principios reguladores de la interacción social que, en cuanto compartidos de forma general, no está normalmente sometidos al debate social o político, sino que lo fundamentan. Cada sector de ordenamiento jurídico dispone de un núcleo de principios específicos que, sin perjuicio de sus frecuentes coincidencias con los propios de otros sectores, se refieren al conjunto de interacciones con la realidad social que es característico en este sector. Se trataría así de verificar el respeto por el legislador de tales pautas.
- b. Racionalidad teleológica.** En esta racionalidad se produce la necesaria confrontación entre los valores, principios y aspiraciones contrapuestos presentes en la sociedad en un momento dado, así como entre los intereses particulares y sectoriales que los diferentes agentes sociales y grupos de presión quieren garantizar. Tras el ineludible debate sociopolítico, deberá reflejar con claridad los acuerdos alcanzados sobre los objetivos a perseguir por la concreta decisión legislativa penal, en especial, el objeto de tutela, su ámbito y grado de protección deseables, y los correspondientes niveles de exigencia de responsabilidad y sanción aplicable que se estimen procedentes en caso de incumplimiento de la norma.
- c. Racionalidad pragmática.** En esta racionalidad deberá de ajustarse los objetivos trazados por la racionalidad teleológica a las posibilidades reales de intervención social al alcance de la concreta decisión legislativa. Ello supone verificar que la norma pueda satisfacer una serie de exigencias mutuamente entrelazadas: el mandato o la prohibición han de ser susceptibles de ser *cumplidos*, satisfaciéndose así la función de

²³³ Díez Ripollés, José Luis, *La racionalidad de la leyes penales*, Trotta, Madrid (2da edición ampliada), 2013, págs. 208 y 209.

la norma como directiva de conducta. Los órganos de control social han de estar en condiciones de reaccionar al incumplimiento del mandato o la prohibición mediante la *aplicación coactiva* de la ley, cumpliendo así la función de ésta como expectativa normativa. Asimismo, se ha de asegurar que la aplicación de la norma se va a poder mantener dentro de los *límites acordados* de exigencia de responsabilidad y de nivel de sanción.

- d. Racionalidad jurídico-formal.** En esta racionalidad se trata asegurar que la nueva decisión legislativa se integre de una manera sistemáticamente coherente en el ordenamiento jurídico preexistente. Con el debido respeto a la legítima pretensión de la norma de innovar el cuerpo jurídico en el que se inserta, las prioridades de esta racionalidad serán, entre otras, verificar que no acude a criterios ajenos a los principios básicos del ordenamiento, ni se produzcan lagunas, contradicciones o consecuencias indeseadas en otros sectores del ordenamiento. En suma, garantizar la consistencia jurídica.
- e. Racionalidad lingüística.** En esta racionalidad se pretende preservar las habilidades comunicacionales de la norma hacia sus destinatarios, esto es, que la concreta decisión legislativa esté formulada con la llaneza, claridad y precisión suficientes para que pueda ejercer su función transmisora del mensaje normativo. Objeto de prevención particular habrán de ser los defectos sintácticos, oscuridades semánticas, tecnicismos innecesarios, pero también, en estrecha relación con el nivel de racionalidad precedente, la desordenada exposición de sus previsiones.

Nuestra postura de utilizar dichos niveles de racionalidad legislativa penal en el ámbito del control constitucional de la leyes penales, tiene su sustento en lo expuesto por el discípulo de José Díez Ripollés, Luis A. Vélez Rodríguez²³⁴, quien en su tesis doctoral titulada: “El control

²³⁴ Vélez Rodríguez, Luis A., Tesis Doctoral: El control constitucional de leyes penales en el marco de un modelo racional de legislación penal, Prof. Dr. José Luis Díez Ripollés (Dir.), Universidad de Málaga, Málaga, 2014, págs. 316 y 317. Esta Tesis Doctoral está depositada en el Repositorio Institucional de la Universidad de Málaga (RIUMA): riuma.uma.es (visitado el 30 de enero del 2017).

constitucional de las leyes penales en el marco de un modelo racional de legislación penal”, explica que los jueces constitucionales cuentan con un amplio abanico de posibilidades acerca de qué pueden hacer cuando hallen dentro del procedimiento de control de constitucionalidad elementos que cuestionen la racionalidad de la decisión legislativa, y que no pasan por la declaratoria directa de inconstitucionalidad. Los jueces constitucionales podrían devolver la ley penal a la cámara legislativa correspondiente para que repensaran su decisión a la luz de las nuevas consideraciones aportadas por los intervinientes que fueron inicialmente excluidos; también podrían, al detectar una situación que resulte contraria a la Constitución, ordenar al legislador que emplee algún mecanismo para dar solución a la situación, sin decirle qué ni cómo hacerlo.

Asimismo, esta posición asumida por nosotros, se ampara en el sentido de que estas racionalidades guardan estrecha coherencia con los principios del Derecho penal reconocidos en la Constitución y por ende con el control constitucional de las leyes penales a través de la aplicación de principio de proporcionalidad tal como se ha demostrado en el capítulo anterior. Por ejemplo, los principios de política criminal establecidos en la Constitución (principio de proporcionalidad de las penas y culpabilidad) formarían parte dentro del objeto de análisis tanto de la racionalidad teleológica y pragmática, dejando al principio de legalidad propiamente dicha o determinación de la ley penal como objeto en la racionalidad jurídico-formal y lingüística, y los principios de mínima intervención y lesividad penal en la racionalidad ética.

Así parece entenderlo el autor de dichas racionalidades -José Diez Ripollés²³⁵-, quien afirma que en el nivel de la racionalidad ética se encontrarían los principios de esencialidad o fragmentariedad, principio de intervención mínima y principio de protección. Asimismo, señala respecto al principio de proporcionalidad en sentido amplio, que el elemento propiamente dicho del referido principio, esto es, la idoneidad de la norma, parece desenvolverse al nivel de la racionalidad pragmática, cuya pretensión es atender de modo especial a la *efectividad*

²³⁵ Diez Ripollés, José Luis, “El control de constitucionalidad de las leyes penales”, ob. cit., pág. 106.

de la norma como directiva de conducta de los ciudadanos, esto es, a su virtualidad para prevenir el surgimiento de conductas prohibidas, sin que haya referencias a la efectividad de la norma como expectativa normativa, es decir, a su capacidad para ser aplicada coactivamente en casos de incumplimiento. Su *eficacia* para obtener los fines de tutela perseguidos es otro componente, también inserto en la racionalidad pragmática apreciable²³⁶.

Asimismo, José Díez Ripollés²³⁷ sostiene que un óptimo aprovechamiento de la posibilidad de un control del contenido de las leyes penales, supondría que nuestro texto constitucional contuviera algún precepto que estableciera de manera directa los límites mínimos de racionalidad a lo que debería acomodarse toda actividad legislativa. Sin embargo, la Constitución obliga al legislador a adecuarse a un programa penal que consta en su parte dogmática. De esta forma, el legislador, cuando define tipos penales, está ante una paradoja, por un lado, debe promover los derechos humanos y evitar su restricción; por otro lado, debe restringir los derechos de las personas que cometen delitos. En este dilema, el legislador debe basar su actividad en algunos principios básicos del Derecho penal -los cuales como se ha explicado tienen directa relación con las racionales de la actividad legislativa propuestas por José Díez Ripollés-.

Rámiro Ávila Santamaría²³⁸ citando a Juan Terradillos Basoco²³⁹ enuncia una serie de principios del Derecho penal como derechos fundamentales que tendrían relación con el control constitucional de las leyes penales, las mismas que vendrían a ser las siguientes:

- a. El principio de proporcionalidad:** el daño que se produce por la imposición de una pena no puede ser mayor al daño producido por la infracción. Si una persona viola una señal de tránsito, tipo pararse un semáforo en rojo en la noche, no puede ser privado de

²³⁶ Díez Ripollés, José Luis, “El control de constitucionalidad de las leyes penales”, ob. cit., pág. 107.

²³⁷ Díez Ripollés, José Luis, “El control de constitucionalidad de las leyes penales”, ob. cit., pág. 89.

²³⁸ Ávila Santamaría, Ramiro, “El principio de legalidad vs. El principio de proporcionalidad...”, ob. cit., págs. 319-322.

²³⁹ En esta exposición se sigue la estructura de Juan M. Terradillos Basoco, “La Constitución Penal. Los derechos de libertad”, en *Las sombras del sistema constitucional español*, Madrid, Trota, 2003, págs. 355-381. Citado en Ávila Santamaría, Ramiro, “El principio de legalidad vs. El principio de proporcionalidad...”, ob. cit., pág. 319.

la libertad. La privación de la libertad es desproporcionada en relación al semáforo rojo inobservado.

- b. El principio de necesidad:** sólo los valores más relevantes deben ser los bienes jurídicos protegidos penalmente cuando no hay otro mecanismo menos lesivo para proteger esos derechos. Si yo puedo conseguir la reparación del daño sin privar de la libertad a la persona, no hay que tipificar el hecho. Por ejemplo, en los delitos económicos quizás la forma de reparar el daño sea a través de perjuicios patrimoniales exclusivamente.
- c. El principio de igualdad:** en el tratamiento de las infracciones, las hipótesis de hecho de las reglas penales, no deben estar inspiradas en categorías prohibidas, tipo raza, etnia, género, edad, condición económica o social. Si un tipo penal sanciona a los vagos o mendigos por su condición, estaría atentando contra la igualdad.
- d. El principio del libre desarrollo de la personalidad:** en un régimen democrático, las personas tienen derecho a la libertad y esto quiere decir que tienen derecho a un proyecto de vida y poder realizarlo. Cada vez que se crea un tipo penal, se amplían las posibilidades de restringir el libre desarrollo de la personalidad de alguien. Potencialmente, un tipo penal aumenta el poder del Estado para investigar, procesar y sancionar. En cualquiera de estas posibilidades, el libre desarrollo de la personalidad se ve amenazado y severamente imposibilitado cuando hay una sanción.
- e. El principio de lesividad:** éste es uno de los principios más importantes. Los tipos penales deben prever situaciones en las que el bien jurídico protegido pueda sufrir un daño concreto y verificable empíricamente. Si no hay daño, el bien jurídico no debería estar protegido porque no tiene amenaza alguna. Si no hay daño, la intervención penal provocaría un daño injustificado. En otras palabras, sólo caben los tipos penales que lesionen un derecho humano en el que se pueda identificar al titular y se pueda cuantificar el daño concreto. Los delitos que tipifican conductas como los injustos formales, las puras desobediencias, las bagatelas, las irregularidades en el funcionamiento del derecho privado, deben sospecharse desde la mirada constitucional.

- f. El principio de excepcionalidad:** aunque se crea que el uso del Derecho penal es efectivo porque presiona a las personas, ante el temor de perder la libertad, el poder punitivo no se justifica. El medio no justifica el fin. El Derecho penal es de *ultima ratio*. Siempre debe ser utilizado de modo excepcional, cuando no existan otros mecanismos para lograr los fines propuestos por el sistema penal. Si el sistema penal sostiene que la finalidad de la pena es rehabilitar y resocializar, no cabría el uso del sistema penal para cobrar deudas o promover algún tipo de comportamiento que se considera moralmente inaceptable, como en el caso de la tenencia de drogas o la represión a la homosexualidad.
- g. El principio de subsidiariedad:** los problemas sociales que tienen relevancia jurídica deben ser resueltos de forma que fomenten la cohesión social y que no provoquen daños²⁴⁰. Para llegar a la vía penal debe explorarse, previamente la vía civil, la constitucional, la administrativa, la arbitral, la mediadora, la autocomposición: la vía penal es subsidiaria a seis mecanismos que le anteceden. El legislador tiene la obligación de reforzar estos mecanismos para que resuelvan el problema y si éste no es resoluble por éstos, entonces ahí procede la regulación penal.
- h. El principio de legalidad:** éste es un principio clásico del Derecho penal. Este principio pretende garantizar la seguridad jurídica de las personas, de tal forma que se sepa con antelación a los hechos qué conductas están prohibidas, cuáles son las penas y quiénes son las autoridades encargadas de imponerlas.

Solo, nos queda concluir, que las racionalidades aplicadas en la actividad legislativa penal -propuestas por José Díez- debidamente conjugadas con los principios del Derecho penal- constituyen los criterios de delimitación del control constitucional de las leyes penales, sea en

²⁴⁰ No es por demás destacar la visión abolicionista sobre los delitos. Aquellos no son más que un entequeia creada por el legislador para encubrir los verdaderos problemas sociales. Detrás de los delitos no hay más que conflictos, de cuya solución el Estado se apropia. En otras palabras, por medio del Derecho Penal el Estado se roba los conflictos de la ciudadanía. Ver Jorge Paladines, *Periodismo sin garantismo: ¿La reparación de la picota pública?*, en www.cienciaspenales.net, Instituto de Derecho Penal Europeo e Internacional y Universidad de Castilla La Mancha, Toledo, noviembre, 2008, p. 15 (visita 3 de diciembre de 2008). En Ávila Santamaría, Ramiro, "El principio de legalidad vs. El principio de proporcionalidad...", ob. cit., pág. 321.

su faz pre y post legislativo; mientras que las posturas de racionalidad del principio de proporcionalidad de Carlos Bernal y el esquema del principio de proporcionalidad aplicado a la actividad legislativa penal propuesto por Ana Prieto, demostrarían que el principio constitucional de proporcionalidad constituiría el proceso de concretización de dichos criterios de delimitación en el control constitucional de las leyes penales.

CAPÍTULO V

JURISPRUDENCIA CONSTITUCIONAL RELATIVA A LA APLICACIÓN DEL PRINCIPIO DE PROPORCIONALIDAD EN LA DELIMITACIÓN DEL CONTROL CONSTITUCIONAL DE LAS LEYES PENALES

A continuación, analizaremos tres sentencias de los Tribunales Constitucionales tanto del Perú como España, en donde se aplicaron el principio de proporcionalidad en la delimitación del control constitucional material de las leyes penales sustantivas respecto a la tipificación de diversos delitos; los dos primeros en relación al control de constitucionalidad de los delitos de Apología al terrorismo y Violación sexual de menor de edad entre 14 a 18 años respectivamente en el ámbito peruano, y el tercero respecto al delito de Violencia de género en el ámbito español.

1. CASO PERUANO: CONSTITUCIONALIDAD DEL DELITO DE APOLOGÍA AL TERRORISMO

Para el presente caso nos remitiremos al análisis efectuado por Marcial Rubio Correa²⁴¹, conforme al siguiente detalle:

Sentencia del Tribunal Constitucional Peruano emitida el 09 de agosto del 2006 en el Expediente N° 0003-2005-PI-TC sobre el proceso de inconstitucionalidad contra los Decretos Legislativos N° 921, 922, 923, 924, 925, 926 y 927, que tipifican el delito de Apología al terrorismo.

²⁴¹ Rubio Correa, Marcial Antonio, *El test de proporcionalidad en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional Peruano*, Fondo Editorial de la Pontificia Universidad Católica del Perú, Lima, 2012, págs. 163-166.

1.1 Intensidad de la intervención

El Tribunal Constitucional -en el fundamento jurídico 245- al analizar la intensidad de la intervención del delito en la esfera de la libertad de expresión, refiere que en el caso del delito de apología del terrorismo [debiera decirse apología al terrorismo], la importancia de los bienes jurídicos que con su criminalización se busca proteger puede ser calificado como de intensidad media, ya que en efecto, mediante la apología del delito de terrorismo, el delincuente no afecta directamente diversos bienes jurídicos tutelados por la ley penal, sino se “[...] incita a la comisión de un nuevo delito terrorista, ya sea a través del elogio o de cualquier otra forma directa o indirecta [...]”.

“[...] su dañosidad social radica en que acentúa las consecuencias del terrorismo, contribuyendo a legitimar la acción delictiva y, sobre todo, la estrategia de los propios grupos armados. Ese propósito de legitimación constituye un objetivo fundamental del terrorismo [...]”.

1.2 Finalidad constitucionalmente legítima

Por otro lado, en el fundamento jurídico 230, el Tribunal Constitucional peruano al analizar la finalidad constitucionalmente legítima, expresa que la libertad de opinión garantiza el derecho de toda persona a tener y mantener sus ideas y convicciones, y a poderlas manifestar libremente. Como tal, se trata de un derecho que tiene dos dimensiones: La primera, de carácter interno, mediante la cual se garantiza el derecho de toda persona a adoptar libremente su concepción del hombre, la sociedad y el mundo, ya sea en términos políticos, filosóficos o morales. Como concreción de la dignidad humana que es, en virtud de ella nadie puede ser forzado a asumir o prestar su adhesión a un determinado ideario, provenga este del Estado o, incluso, de los privados. Impide, de esta forma, que el Estado pueda sentirse autorizado a inculcar o adoctrinar política, filosófica o moralmente y, correlativamente, que su ordenamiento pueda valorar positiva o negativamente las diferentes ideas y convicciones que una persona se pueda formar. Por ello, el inciso 3) del artículo 2 de la Constitución garantiza

que nadie pueda ser perseguido por razón de sus ideas o creencias y que el legislador, dentro del amplio margen que tiene para configurar los comportamientos prohibidos por el ordenamiento penal, y que tampoco se criminalice la opinión, así esta sea disidente o minoritaria.

En su fundamento jurídico 231, el Tribunal Constitucional, señala que con respecto a la dimensión externa, el ejercicio de la libertad de opinión se encuentra estrechamente relacionado al ejercicio, a su vez, de la libertad de expresión. Mediante ella se garantiza que toda persona pueda actuar o comportarse de manera acorde con su cosmovisión del hombre, la sociedad y del mundo, o divulgarla públicamente, siempre que dicho ejercicio no afecte el orden público constitucional.

Sin embargo, estas manifestaciones de la libertad de opinión, tienen sus límites, así lo expone el alto tribunal peruano cuando en su fundamento 232 señala que al igual que otras libertades, tanto la dimensión externa de la libertad de opinión como el ejercicio de la libertad de expresión, no puede considerarse como absolutas, en el sentido de que garanticen cualquier contenido del discurso. Pueden ser limitadas cuando su ejercicio pretenda exteriorizar pensamientos u opiniones que alaben, elogien o exalten comportamiento calificados como ilícitos, y cuya finalidad sea la de afectar la vida humana y destruir los cimientos en lo que se asienta una sociedad democrática.

Cabe señalar, que el Tribunal Constitucional peruano en su fundamento jurídico 235, justifica dicha limitación conforme a lo previsto en el artículo 13.5 de la Convención Americana de Derechos Humanos, el cual establece: “Estará prohibida por la ley toda propaganda a favor de la guerra y toda apología de odio nacional, racial o religioso que constituyan incitaciones a la violencia o cualquier otra acción ilegal similar contra cualquier persona o grupo de personas, por ningún motivo, inclusive los de raza, color, religión, idioma u origen nacional.

Finalmente, en el fundamento jurídico 237, dicho tribunal concluye, que el ámbito garantizado por las libertades de opinión (en su dimensión externa) y expresión, no prohíbe

que el legislador penal pueda criminalizar determinados contenidos del discurso proscritos por los artículos 18.3 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, y 12.3 y 13.5 de la Convención Americana de Derecho Humanos. El Tribunal observa que esa es la finalidad, *prima facie*, de la disposición impugnada y del artículo 316 del Código Penal y, por ello, no puede reputarse que tenga fines constitucionalmente prohibidos.

1.3 Relación entre el objetivo que se busca conformar y el fin que se persigue alcanzar

En Alto Tribunal peruano, en su fundamento 238 señala que el objetivo del artículo primero de Decreto Legislativo 924 es sancionar discursos que alaban la comisión del delito de terrorismo o de la persona que haya sido condenada como su autor o partícipe. Se sanciona una conducta consistente en incitar a la comisión de un nuevo delito terrorista, o hacer alabanza o exaltación de un delincuente terrorista, ya sea en su condición de autor o partícipe. La finalidad de la pena allí prevista es preservar los bienes jurídicos tutelados por la ley penal, de valor o relevancia constitucional. Esos bienes que se busca garantizar son varios y de distinta entidad. En la Sentencia del Tribunal Constitucional N° 0010-2002-AI/TC, el Tribunal declaró que la [...] dañosidad social [del delito de apología del terrorismo] radica en que acentúa las consecuencias del terrorismo, contribuyendo a legitimar la acción delictiva y, sobre todo, la estrategia de los propios grupos armados. Ese propósito de legitimación constituye un objetivo fundamental del terrorismo. [...] Las actividades delictivas cometidas por grupos armados o elementos terroristas crean un peligro efectivo para la vida y la integridad de las personas y para la subsistencia del orden democrático constitucional (STC 199/1987). La apología del terrorismo no es una conducta irrelevante desde el punto de vista de los bienes jurídicos atacados por estos delitos.

Por lo expuesto, el Tribunal considera que entre el objetivo perseguido por la ley penal y la finalidad constitucional que subyace a ella, existe una relación causal, por tanto, declaró infundada la demanda de inconstitucionalidad planteada.

2. CASO PERUANO: CONSTITUCIONALIDAD DEL DELITO DE VIOLACIÓN SEXUAL DE MENORES DE EDAD ENTRE 14 A 18 AÑOS

En el caso peruano, en la Sentencia del Pleno Jurisdiccional del Tribunal Constitucional del 12 de diciembre del 2012, recaída en el Expediente N° 00008-2012-PI/TC Lima, [fundamentos 15, 25, 44 y 76], dicho tribunal ha analizado si la disposición penal contenida en el artículo 173, inciso 3) del Código Penal²⁴² constituye una intervención injustificada en el ámbito constitucionalmente protegido del derecho al libre desarrollo de la personalidad contenido en el artículo 2 inciso 1) de la Constitución, entre otros.

El Tribunal Constitucional peruano afirma que los menores de edad entre 14 años y menos de 18 (sujetos pasivos del delito) también pueden ser titulares del derecho a la libertad sexual como parte de su derecho al libre desarrollo de la personalidad, por tanto el mandato prohibitivo contenido en la norma penal antes descrita, respecto de dichos menores de edad, es evidente que constituye una intervención en el ámbito *prima facie* garantizado por su libertad sexual como componente del derecho al libre desarrollo de la personalidad, pues al hacer irrelevante el consentimiento de dichos menores, interviene y limita la libertad de autodeterminación de estos en el ámbito de su sexualidad.

Agrega dicho tribunal que dicha intervención finalmente resulta ilegítima o injustificada, por cuanto no supera el sub principio de necesidad, ya que existe un medio alternativo hipotético igualmente idóneo pero definitivamente más benigno para la libertad sexual como componente del derecho al libre desarrollo de la personalidad de los referidos menores, el cual vendría a ser que el propio legislador penal sancione única y exclusivamente a aquellas personas adultas que tuviesen relaciones sexuales no consentidas con los aludidos menores de edad, pero no sancionando indistintamente todo tipo de relación sexual con dichos menores, sin que importe en absoluto el consentimiento que estos pudieran expresar en tanto

²⁴² Artículo modificado por la Ley N° 28704, que establece en caso de los delitos de violación sexual de menores, que, si la víctima tiene entre 14 y 18 años de edad, la pena será no menor de 25 ni mayor de 30 años independientemente de que se manifieste consentimiento en dichas relaciones.

titulares del mencionado derecho fundamental al libre desarrollo de la personalidad; por lo que resulta incompatible con la Constitución.

Asimismo el citado Alto Tribunal peruano analizando si la opción interpretativa que exime responsabilidad penal a quien tiene relaciones sexuales consentidas con menores de 14 años a menos de 18 es conforme a la Constitución, ha estimado que la interpretación del artículo 173°, inciso 3) del Código Penal propuesta por el apoderado del Congreso de la República, en el sentido de asumir que los menores de edad entre 14 años y menos de 18 tienen *libertad sexual* y que, por lo tanto, su consentimiento para tener relaciones sexuales exime de responsabilidad penal al adulto al que se le atribuye la autoría de tal delito, es una interpretación que no puede ser asumida por el Tribunal Constitucional como constitucionalmente conforme, toda vez que desplazaría al legislador como órgano competente en la formulación de la política criminal del Estado y consecuente tipificación de conductas y penas, cambiando el bien jurídico protegido por el legislador (libertad sexual en lugar de indemnidad sexual) y con ello permitiendo la configuración de una causal de exención de responsabilidad penal como es el “consentimiento válido del titular de un bien jurídico de libre disposición” (artículo 20°, inciso 10, del Código Penal), lo cual no resultaba permitido por la disposición penal tal como la estableció el legislador penal.

En su fundamento 67 dicho Tribunal estableció 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 efecto, conforme al artículo 2°, inciso 24, párrafo “f” de la Norma Fundamental, “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 o prevista en la ley”, lo que implica que la Constitución ha establecido que el órgano competente para establecer las conductas punibles y las respectivas penas es el Poder Legislativo, lo que excluye claramente a la jurisdicción. 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 interpretativa²⁴³; 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 penal²⁴⁴; y 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, pues la aplicación del principio *pro reo* (artículo 139°, inciso 11 de la Constitución) está supeditada a la verificación de la constitucionalidad del sentido interpretativo identificado²⁴⁵.

Por otro lado, dicho alto tribunal peruano [fundamentos 26, 31 y 46] ha determinado que la Constitución establece como criterios de justificación para la intervención, restricción o

²⁴³ En el fundamento 69 de la Sentencia del Tribunal Constitucional Peruano materia del presente análisis, explica que en materia penal, en el caso de las decisiones aditivas, el principio de legalidad penal tiene 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 y consecuente tipificación de conductas y penas.

²⁴⁴ En el fundamento 71 de la referida Sentencia, se señala que, en materia penal, *prima facie*, queda restringido la posibilidad de que la jurisdicción emita decisiones sustitutivas cuando controle leyes penales, toda vez que ello afectaría el principio constitucional de legalidad penal.

²⁴⁵ La argumentación que utiliza el principio de interpretación *favorable al reo* como única justificación para que los jueces puedan crear cualquier contenido normativo no es una que *per se* y en todos los casos pueda resultar correcta, ni una que pueda ser considerada como único límite a la actividad interpretativa de los jueces. Así por ejemplo, respecto al principio *favor rei*, como criterio de legitimidad para justificar las decisiones “manipulativas” en materia penal, se ha sostenido que dicha argumentación es débil “ante todo porque el principio de reserva de la ley en materia penal no puede reducirse, en la óptica del juicio constitucional, al sólo respeto, por parte de la Corte, del principio del *favor rei* (...) No es demostrable -y más bien se puede demostrar fácilmente lo contrario- que la reducción del supuesto de hecho penalizado o de la medida de una pena, no vulnera por sí misma, el artículo 25, 2° párrafo de la Constitución [italiana], [Nadie podrá ser castigado sino en virtud de una ley que haya entrado en vigor antes de haberse cometido el hecho], el que reserva sólo al legislador la elección sobre la punibilidad, así como sobre el *quantum* y sobre el *quomodo*, exigiendo también que el supuesto de hecho penalizado y la medida de la pena sean *taxativamente* determinadas (...) Reduciendo un supuesto de hecho penalizado, la Corte llega de todos modos a modificar el alcance, el significado original, así como, reduciendo la medida de una pena, la Corte reconstruye la norma (por lo menos en la parte relativa a la sanción). Todo ello, en mi opinión, no es conforme con el principio de legalidad en materia penal constitucionalmente consagrado, que es una garantía para el ciudadano contra la persecución penal, en general, precisamente porque reserva sólo al legislador cualquier elección sobre las normas penales, y no sólo sobre aquellas desfavorables”. [D’amico, Marilisa, *Sulla “costituzionalita” delle decisioni manipolative in materia penale*. Unione tipografico editrice torinese, Torino, 1990, pp. 41-42]. Citado en la Sentencia del Pleno Jurisdiccional del Tribunal Constitucional del 12 de diciembre del 2012, recaída en el Expediente N° 00008-2012-PI/TC Lima [fundamento 59].

limitación de un derecho fundamental, al principio de legalidad o reserva de ley, reserva de jurisdicción, irretroactividad de la ley, principio de proporcionalidad, entre otros.

A su vez, dicho Tribunal, analizando el sub principio de idoneidad del principio de proporcionalidad, ha señalado que, en efecto, la prohibición de una conducta mediante la limitación de derechos fundamentales sólo será constitucionalmente válida si ésta tiene como fin la protección de bienes jurídicos de relevancia constitucional, y siempre y cuando la conducta prohibida lesione o ponga en peligro los referidos bienes jurídicos.

Finalmente, explicando el sub principio de necesidad del principio de proporcionalidad, el máximo interprete la Constitución en el Perú ha determinado que, en un Estado constitucional, el Derecho penal, al encontrarse relacionado con la limitación de un derecho fundamental tan preciado como la libertad individual, entre otros derechos, sólo debe ser utilizado cuando ya no funcionen otros medios (disposiciones de derechos disciplinario, de derecho administrativo sancionatorio, etc.). Antes de criminalizar determinadas conductas o establecer determinadas penas, el Estado debe recurrir a otros medios, menos aflictivos, para proteger los bienes jurídicos que pretende cautelar mediante la aludida criminalización, teniendo siempre en consideración los fines de prevención de la pena, entre otros aspectos. Sólo si fracasan estos otros medios se deben penalizar tales conductas.

3. CASO ESPAÑOL: CONSTITUCIONALIDAD DEL DELITO DE MALTRATO OCASIONAL

Sentencia del Tribunal Constitucional Español 58/2008, de 14 de mayo de 2008²⁴⁶. Cuestión de inconstitucionalidad 5939-2005. Planteada por el Juzgado en lo Penal núm. 4 de Murcia, en relación con el artículo 153.1 del Código penal, redactado por la Ley Orgánica 1/2004, de 28 de diciembre, de medidas de protección integral contra la violencia de género.

²⁴⁶ BOE núm. 135 Suplemento, miércoles 4 de junio del 2008, 9606, págs. 14 y ss. En <http://hj.tribunalconstitucional.es/docs/BOE/BOE-T-2008-9606.pdf> (visitado el 15 de setiembre del 2017)

Supuesta vulneración de los principios de igualdad y de culpabilidad: trato penal diferente en el delito de maltrato familiar ocasional. Votos particulares.

3.1 Fundamentos de la cuestión de inconstitucionalidad

La Ley Orgánica 1/2004 introduce en el párrafo 1 del artículo 153 un nuevo subtipo agravado para un círculo de personas más restringido, con la siguiente redacción: “El que por cualquier medio o procedimiento causare a otro menoscabo psíquico o una lesión no definidos como delito en este Código, o golpear o maltratare de obra a otro sin causarle lesión, cuando la ofendida sea o haya sido esposa, o mujer que esté o haya estado ligada a él por una análoga relación de afectividad aun sin convivencia, o persona especialmente vulnerable que convivía con el autor”.

En este nuevo subtipo se observa la predeterminación legal del sexo, diferenciado los sujetos activo y pasivo, derivando consecuencias jurídicas diversas en función del sexo de los sujetos. Concretamente, existe una referencia expresa a “la ofendida”, lo que claramente identifica el sexo del sujeto pasivo; en cuanto al activo, la inclusión de los términos “esposa” y “mujer ligada a él” deja poco margen para una interpretación, sostenida por algunos autores, que admita la autoría femenina respecto a este inciso en el que, se insiste, es en todo claro el sexo necesariamente femenino del sujeto pasivo.

El precepto presupone así un sujeto pasivo activo hombre y un sujeto pasivo mujer, y exige además una relación, actual o pasada, conyugal o de afectividad análoga. Este elemento relacional no añade nada significativo a la discriminación por sexo porque tal relación es concebible también en sujetos homosexuales, en particular tras la entrada en vigor de la Ley 13/2005, de 1 de julio. Dicho de otro modo: las notas definitorias de la agravación son el sexo de los sujetos del delito y la relación conyugal o análoga entre ellas; no así la convivencia, cuya eliminación, unida a la limitación del sexo necesariamente masculino del autor apuntan como bien jurídico adicional a la integridad física y psíquica de las personas a que se refiere el título, la proscripción de conductas discriminatorias, expresadas de forma violenta, en un

ámbito muy concreto, el de las relaciones de pareja heterosexuales, por parte del hombre sobre la mujer.

De esta forma, se examina la posible infracción de artículo 14 de la Constitución Española señalando que el derecho a la igualdad que consagra se ve conculcado en razón de la discriminación por razón de sexo que dimana de la definición de los sujetos activo y pasivo en el precepto cuya constitucionalidad se cuestiona.

Asimismo, la medida penal antes expuesta, que endurece la respuesta punitiva en atención a la diferenciación sexual de los sujetos del delito, no tendría el carácter de “acciones positivas”. Para sostener esta afirmación se reproducen las consideraciones del Informe del Consejo General del Poder Judicial al Anteproyecto de la que es ahora la Ley Orgánica 1/2004, donde se rechaza la procedencia de la adopción de medidas de acción positiva en ámbitos, como el penal o el orgánico judicial, en los que no exista un desequilibrio previo y no exista escasez de bienes a los que accede la mujer.

Por ello, no se alcanza comprender cómo favorece la igualdad de oportunidades para la mujer, en la línea señalada por el Tribunal Constitucional (STC 229/1992), el castigo más severo de conductas como la enjuiciada cuando son cometidas por un hombre. Aún más incomprensible resulta esa hipótesis si se tiene en cuenta la insistencia del intérprete constitucional en la idea de eliminación de trabas para la mujer, más como agente de su realización personal que como sujeto protegido, lo que significa un superior respeto a la dignidad de la mujer como persona capaz de regir sus propios destinos en igualdad de condiciones, una vez eliminados esos obstáculos de acceso, a través de una política de promoción, que no de protección.

Tampoco sería de recibo la caracterización de esta tipificación como una fórmula de “reparación o compensación” colectivas por pretéritas discriminaciones sufridas por las mujeres como grupo social, pues se traduciría en la imputación a cada acusado varón de una responsabilidad también colectiva, como “representante o heredero del grupo opresor”, lo que

chocaría frontalmente con el principio de culpabilidad que rige en Derecho penal. Se cuestiona, por tanto, la introducción de medidas positivas en un ámbito como el penal, ajeno a aquéllos en que se ha venido desarrollando la acción positiva, como el laboral, educativo o de representación política, y se pone en duda la legitimidad que, con tan errada etiqueta, se pretende revestir a estas medidas penales, insólitas en el Derecho comparado, dado que sólo se contemplan, en el ámbito europeo, en las legislaciones de España y Suecia.

3.2 Alegaciones del Fiscal General del Estado

El Fiscal General del Estado estima, al contrario de la Magistrada Juez proponente, que las relaciones de pareja y de sexo de los miembros de la misma carecen en la realidad social de la neutralidad que se predica, siendo constatables los condicionamiento socioculturales que actúan sobre el género femenino y masculino, así como el hecho de que las mujeres son objeto de agresiones en una proporción muy superior a las que ellas ocasionan. De ahí que la toma en consideración de ambos datos por el legislador penal no carezca de una justificación objetiva y razonable, dado que en el ámbito de las relaciones de pareja, con carácter mayoritario, uno de los sexos intervinientes es el agresor y el otro la víctima. Se constata así una forma delictiva con autonomía propia caracterizada por unas conductas que encierra un plus de antijuricidad, al ser expresivas de unas determinadas relaciones de poder y sometimiento del hombre sobre la mujer que implicaría el desconocimiento por parte de aquél de los derechos más elementales de éstas.

3.3 Alegaciones del abogado del Estado

La redacción del precepto está principalmente inspirada por la protección de la mujer en el seno de la relación conyugal, ámbito en el cual aquélla es el ser más débil como demostraría la realidad cotidiana. Pero la escisión del precepto en dos categorías penales diferenciadas ha impedido ver a la promotora de la cuestión las posibilidades que permite apreciar la conjugación interpretativa de estos términos yuxtapuestos: el sexo femenino y la especial vulnerabilidad. Una interpretación conjunta de esos dos términos permite una interacción

recíproca en la medida de cada uno de ellos. Lo que la ley penal persigue evitar es esa actuación discriminatoria frente a las mujeres por el hecho de serlo, por ser consideradas por sus agresores carentes de derechos mínimos de libertad, respeto y capacidad de decisión en el círculo íntimo de la relación conyugal. Aunque inspirado en este objetivo, el precepto cuestionado no es reconducible al esquema simplista que propone el Auto, colocando en exclusividad a los sexos en el lado activo y pasivo del delito.

3.4 Fundamentos jurídicos de la Sentencia

En el fundamento jurídico 4, el Tribunal Constitucional español aprecia previamente dos cuestiones; la primera relativa a que la autoría necesariamente masculina del delito es el fruto de una de las interpretaciones posibles de los términos del enunciado legal, y a que cabría entender que también las mujeres pueden ser sujetos activos del delito. La segunda precisión se refiere a la inclusión en el enunciado de artículo 153.1 de Código Penal de otro sujeto pasivo alternativo, descrito como “persona especialmente vulnerable que conviva con el autor.

3.4.1 Aplicabilidad y relevancia del precepto cuestionado

Respecto a la primera cuestión, el Alto Tribunal estima que el círculo de sujetos activos del delito se escribe en el tipo por “el que” y porque la ofendida “sea o haya sido esposa, o mujer que esté o haya estado ligada a él por una análoga relación de afectividad aun sin convivencia”. Lo que conlleva concluir a dicho Tribunal de que en relación con el sexo del sujeto activo ha de ser, en suma, el que aporta el órgano cuestionante, porque es el que presenta un mayor grado de diferenciación y es con ello la diferencia más incisiva con la perspectiva del principio de igualdad, dado que incluye la más severa relativa al sujeto activo, y porque se refiere a los dos elementos personales del tipo (sujeto activo y sujeto pasivo). Sólo si esta norma resultara inconstitucional habríamos de analizar la que deriva de interpretación alternativa respecto del sexo del sujeto activo (tanto hombre como mujer), a los efectos de cumplir la tarea de “explorar las posibilidades interpretativas del precepto cuestionado, por su hubiera alguna que permitiera salvar la primacía de la Constitución”.

La segunda precisión en torno a los contornos típicos del enunciado cuestionado se refiere a su inserción en un panorama normativo complejo, en el que el inciso siguiente del artículo 153.1 del Código Penal añade como sujeto pasivo a la “persona especialmente vulnerable que conviva con el autor”. Con ello, queda notablemente reducida la objeción sustancial del Auto a la norma en cuestión, relativa a que se castigan más las agresiones del hombre a la mujer que es o fue su pareja (artículo 153.1 del Código Penal), que cualesquiera otras agresiones en el seno de tales relaciones y significativamente las agresiones de la mujer al hombre (artículo 153.2 del Código Penal). Así, si respecto de las agresiones a personas especialmente vulnerables no hay restricción alguna en el sexo del sujeto activo, resultará que la misma pena que se asigna a las agresiones del varón hacia quien es, o fue su pareja femenina (la pena del artículo 153.1 del Código Penal) será la que merezcan las demás agresiones en el seno de la pareja o entre quienes lo fueron cuando el agredido o la agredida sea una persona especialmente vulnerable que conviva con el autor o la autora de la agresión.

3.4.2 Adecuación constitucional del artículo 153.1 del Código Penal desde la perspectiva del artículo 14 de la Constitución española

La duda de constitucionalidad de dicho precepto legal en torno al artículo 14 de la Constitución española ha de comenzar recordando que la duda se refiere a la selección legislativa de una determinada conducta para su consideración como delictiva con una determinada pena, y que esta labor constituye una competencia exclusiva del legislador para la que “goza, dentro de los límites establecidos en la Constitución, de un amplio margen de libertad que deriva de su posición constitucional y, en última instancia, de su específica legitimidad democrática. Es al legislador al que compete “la configuración de los bienes penalmente protegidos, los comportamientos penalmente reprobables, el tipo y la cuantía de las sanciones penales, y la proporción entre las conductas que pretende evitar y las penas con la que intenta conseguirlo”.

El hecho de que el diseño en exclusiva de la política criminal corresponda al legislador y que la determinación de las conductas que han de penarse y la diferenciación entre ellas a

los efectos de asignarles la pena adecuada para su prevención sea “el fruto de un completo juicio de oportunidad que no supone una mera ejecución o aplicación de la Constitución”, demarca “los límites que en esta materia tiene jurisdicción de este Tribunal... Lejos... de proceder a la evaluación de su conveniencia, de sus efectos, de su calidad o perfectibilidad, o de su relación con otras alternativas posibles, hemos de reparar únicamente, cuando así se nos demande, en su encuadramiento constitucional.

Por lo que concluye en este punto el Tribunal Constitucional español que solamente le compete enjuiciar si se han respetado los límites externos que el principio de igualdad impone desde la Constitución a la intervención legislativa.

3.4.3 Examen de finalidad discernible y legítimo

El Tribunal Constitucional en su fundamento 7 señala que tanto en lo que se refiere a la protección de la vida, la integridad física, la salud, la libertad y la seguridad de las mujeres, que el legislador entiende como insuficientemente protegidos en el ámbito de las relaciones de pareja, como en lo relativo a la lucha contra la desigualdad de la mujer en dicho ámbito, que es una lacra que se imbrica con dicha lesividad, es palmaria la legitimidad constitucional de la finalidad de la ley, y en concreto del precepto penal ahora cuestionado, y la suficiencia al respecto de las razones aportadas por el legislador, que no merecen mayor insistencia. La igualdad sustancial es “elemento definidos de la noción ciudadana” (STC 12/2008, de 29 de enero, FJ 5) y contra ella atenta de modo intolerable cierta forma de violencia del varón hacia la mujer que es o fue su pareja: no hay forma más grave de minusvaloración que la que se manifiesta con el uso de la violencia con la finalidad de coartar al otro su más esencial autonomía en su ámbito más personas y de negar su igual e inalienable dignidad.

En su fundamento jurídico 9 párrafo a) se señala que la justificación de la diferenciación de sujeto pasivo o de protección está vinculada a la del sujeto activo o de sanción, pues, como a continuación se expondrá, el mayor desvalor de la conducta en el que se sustenta esta diferenciación parte, entre otros factores, no sólo de quién sea el sujeto activo, sino también

de quién se a víctima. Debe señalarse, no obstante, que esta última selección típica encuentra ya una primera razón justificativa en la mayor necesidad objetiva de protección de determinados bienes de las mujeres en relación con determinadas conductas delictivas. Tal necesidad la muestran las altísimas cifras en torno a la frecuencia de una grave criminalidad que tiene por víctima a la mujer y por agente a la persona que es o fue su pareja. Esta frecuencia constituye un primer aval de razonabilidad de la estrategia penal del legislador de tratar de compensar esta lesividad con la mayor prevención que pueda procurar una elevación de la pena.

La cuestión se torna más completa en relación con la diferenciación relativa al sujeto activo, pues cabría pensar *a priori*, que la restricción del círculo de sujetos activos en la protección de un bien, no sólo no resulta funcional para tal protección, sino que se revela incluso como contraproducente. Así, si la pretensión fuera sin más la de combatir el hecho de que la integridad física y psíquica de las mujeres resulte menoscabada en mucha mayor medida que la de los varones por agresiones penalmente tipificadas, o, de un modo más restringidos, que lo fuera sólo en el ámbito de las relaciones de pareja, la reducción de los autores a los varones podría entenderse como no funcional para la finalidad de protección del bien jurídico señalado, pues mayor eficiencia cabría esperar de una norma que al expresar la autoría en términos neutros englobara y ampliara la autoría referida sólo a aquellos sujetos. Expresado en otros términos: si de lo que se trata es de proteger un determinado bien, podría considerarse que ninguna funcionalidad tiene que restringir los ataques al mismo restringiendo los sujetos típicos.

Finalmente, en su fundamento jurídico 11, el Tribunal Constitucional establece que en el marco de la argumentación del cuestionamiento de la norma ex artículo 14 de la Constitución española, se encuentran dos alegaciones que se expresan como de contrariedad de la misma al principio de culpabilidad penal. La primera se sustenta en la existencia de una presunción legislativa de que en las agresiones del hombre hacia quién es o ha sido su mujer o su pareja femenina afectiva concurre una intención discriminatoria, o un abuso de superioridad, o una

situación de vulnerabilidad de la víctima. La segunda objeción relativa al principio de culpabilidad, de índole bien diferente, se pregunta si no se está atribuyendo al varón “una responsabilidad colectiva, como representante o heredero del grupo opresos”.

Respecto a la primera objeción, el Alto Tribunal señala que no puede acogerse, dado que el legislador no presume un mayor desvalor en la conducta descrita de los varones -los potenciales sujetos activos del delito en la interpretación del Auto de cuestionamiento- a través de la presunción de algún rasgo que aumente la antijuricidad de la conducta o la culpabilidad de su agente. Lo que hace el legislador, y lo justifica razonablemente, es apreciar el mayor desvalor y mayor gravedad propios de las conductas descritas en relación con la que tipifica el apartado siguiente. No se trata de una presunción normativa de lesividad, sino de la constatación razonable de tal lesividad a partir de las características de la conducta descrita y, entre ellas, la de su significado objetivo como reproducción de un arraigado modelo agresivo de conducta contra la mujer por parte del varón en el ámbito de la pareja.

Tampoco se trata de que una especial vulnerabilidad, entendida como una particular susceptibilidad de ser agredido o padecer un daño, se presuma en las mujeres o de que se atribuya a las mismas por el hecho de serlo, en consideración que podría ser contraria a la idea de dignidad igual de las personas (artículo 10.1 de la Constitución española), como apunta el Auto de planteamiento. Se trata de que, como ya se ha dicho antes y de un modo no reprochable constitucionalmente, el legislador aprecia una gravedad o un reproche peculiar en ciertas agresiones concretas que se producen en el seno de la pareja o entre quienes lo fueron, al entender el legislador, como fundamento de su intervención penal, que las mismas se insertan en ciertos parámetros de desigualdad tan arraigados como generadores de graves consecuencias, con lo que aumenta la inseguridad, la intimidación y el menosprecio que sufre la víctima.

Tampoco puede estimarse la segunda objeción. Ciertamente es que “La Constitución española consagra sin duda el principio de culpabilidad como principio estructural básico del Derecho penal” como derivación de la dignidad de la persona [STC 150/1991, FJ 4b)], y que ello

comporta que la responsabilidad penal es persona, por los hechos y subjetiva: que sólo cabe imponer una pena al autor del delito por la comisión del mismo en el uso de su autonomía personal. La pena sólo puede “imponerse al sujeto responsables del ilícito penal”, “no sería constitucionalmente legítimo un derecho penal ‘de autor’ que determinara las penas en atención a la personalidad del reo y no según la culpabilidad de éste en la comisión de los hechos” [STC 150/1991, FJ 4 a)]; y no cabe “la imposición de sanciones por mero resultado y sin atender a la conducta diligencia” del sujeto sancionado, a si concurría “dolo, culpa o negligencia grave y culpa o negligencia leve o simple negligencia” [SSTC 76/1990, de 26 de abril, FJ 4 a); 164/2005. De 20 de junio, FJ 6], al “elemento subjetivo de la culpa” (STC 246/1991, de 19 de diciembre, FJ 2).

Que en los casos cuestionados que tipifica el artículo 153.1 del Código Penal el legislador haya apreciado razonablemente un desvalor añadido, porque el autor inserta su conducta en una pauta cultura generadores de gravísimos daños a sus víctimas y porque dota así a su acción de una violencia mucho mayor que la que su acto objetivamente expresa, no comporta que se esté sancionando al sujeto activo de la conducta por la agresiones cometidas por otros cónyuges varones, sino por el especial desvalor de su propia y personas conducta: por la consciente inserción de aquélla en una concreta estructura social a la que, además, él mismo, coadyuva con su violenta acción.

En su fundamento 12, resalta que aun considerando que el sujeto activo del inciso cuestionado del artículo 153.1 del Código penal ha de ser un varón, la diferenciación normativa que impugna el Auto de cuestionamiento por comparación con el artículo 153.2 de Código penal queda reducida con la adición en aquel artículo de la “persona especialmente vulnerable que conviva con el autor” como posible sujeto pasivo del delito. La diferencia remanente no infringe el artículo 14 de la Constitución española, como ha quedado explicado con anterioridad, porque se trata de una diferenciación razonable, fruto de la amplia libertad de opción de que goza el legislador penal, que, por la limitación y flexibilidad de sus previsiones punitivas, no conduce a consecuencias desproporcionada. Se trata de una diferenciación

razonable porque persigue incrementar la protección de la integridad física, psíquica y moral de las mujeres en un ámbito, el de la pareja, en el que están insuficientemente protegidos, y porque persigue esta legítima finalidad de un modo adecuado a partir de la, a su vez, razonable constatación de una mayor gravedad de las conductas diferenciadas, que toma en cuenta su significado social objetivo y su lesividad peculiar para la seguridad, la libertad y la dignidad de las mujeres, Como esta gravedad no se presume, como la punición se produce precisamente por la consciente realización del más grave comportamiento tipificado, no podemos apreciar vulneración alguna del principio constitucional de culpabilidad.

3.5 Fundamentos jurídicos del voto particular del Magistrado don Vicente Conde Martín de Hijas

En su fundamento jurídico párrafo primero el Magistrado señala lo siguiente: “Toda la Sentencia se apoya en una base conceptual que, a mi juicio, resulta inadmisiblemente apodíctica: que las conductas previstas en el apartado 1 del artículo 153 CP tienen mayor desvalor y consecuentemente mayor gravedad que las del apartado 2, lo que justifica que puedan ser sancionadas con mayor pena. En otros términos: que la agresión producida en el ámbito de las relaciones de pareja del varón a la mujer tienen mayor desvalor que las producidas en esa misma relación por la mujer al varón. Y es sobre esa base apriorística, que por mi parte rechazo, sobre la que se asienta la aplicación al caso del canon de la igualdad”.

3.6 Fundamentos jurídicos del voto particular del Magistrado don Javier Delgado Barrio

En su fundamento 1 párrafo 2 el citado magistrado señala lo siguiente: “... Como fácilmente se parecía en el sentido implícito en los razonamiento jurídicos de la Sentencia, y en términos más expresivos en el segundo párrafo de su fundamento jurídico 4, la norma cuestionada en la pura literalidad de su redacción es claramente inconstitucional, calificación última esta de la que se salva merced a la introducción en el tipo de un nuevo elemento que el legislador no ha incluido expresamente, pero que la Sentencia añade a la descripción legal: para que una conducta sea subsumible en el artículo 153.1 CP no basta con que se ajuste cumplidamente a la detallada descripción que contiene, sino que es preciso además que el desarrollo de los

hechos constituya “manifestación de la discriminación, situación de desigualdad y las relaciones de poder de los hombres sobre las mujeres” (FJ 9.a)”.

3.7 Fundamentos jurídicos del voto particular del Magistrado don Jorge Rodríguez-Zapata Pérez

En su fundamento jurídico 2 segundo, tercer y cuarto párrafo, el citado Magistrado señala lo siguientes: “En lo que ahora interesa, la Ley Orgánica 1/2004, de 28 de diciembre, señala en su artículo 1.1 que constituye su objeto actuar contra la violencia que, ‘como manifestación de la discriminación, la situación de desigualdad y las relaciones de poder de los hombre sobre las mujeres se ejerce sobre éstas por parte de quienes sean o hayan sido sus cónyuges o de quienes estén o hayan estado ligados a ellas por relaciones similares de afectividad, aun sin convivencia”’.

“Sin embargo, en el artículo 153.1 CP ese elemento finalista no se ha incorporado al texto finalmente aprobado por el legislador -y los trabajos parlamentarios permiten entender que tal omisión ha sido deliberada- por lo que el precepto, aplicado en sus propios términos, sólo atiende al hecho objetivo de que se cause un menoscabo psíquico o una lesión de carácter leve, o se golpee o maltratare de obra sin causar lesión, cualquiera que sea la causa y el contexto de dicha acción. Esta falta de identidad entre la redacción dada al precepto cuestionado y el propósito declarado por la Ley que lo introduce en el Código Penal, genera una duda razonable acerca de cuál sea la conducta tipificada por el legislador, duda que ya por sí misma es incompatible con el imperativo de taxatividad *-lex certa-* que deriva del artículo 25.1 de la Constitución Española, puesto que el principio de legalidad penal, cuando se proyecta sobre la función legislativa, obliga a configurar las leyes sancionadores llevando a cabo el máximo esfuerzo posible para garantizar la seguridad jurídica, es decir, para que los ciudadanos puedan conocer de antemano el ámbito de lo prohibido y prever, así, las consecuencias de sus acciones (por todas, STC 283/2006, de 9 de octubre, FJ 5)”.

“La aparición de sentencias interpretativas desestimatorias (*Sentenze interpretative di rigetto*) y de sus múltiples variedades de sentencias aditivas (*Sentenze di rigetto di tipo*

additivo o aggiuntivo) o elusivas (*Sentenze di rigerro per errónea premessa interpretativa*) generó, desde mediados del siglo pasado, una de las polémicas más enconadas en la historia de la dogmática italiana, hasta que terminó por prevalecer la fórmula de las sentencias estimatorias que contienen un fallo vinculante, imponiendo una determinada interpretación del precepto, y que no produce la inseguridad para la certeza del Derecho y de sus fuentes que ocasionan las sentencias interpretativas de rechazo. El recurso a esta técnica en nuestra jurisprudencia también ha sido polémico, máxime cuando se utiliza en materia penal, siendo paradigmáticos, en ese sentido, las críticas que se contienen en los Votos particulares formulados contra nuestra STC 24/2004, de 24 de febrero, que interpretó restrictivamente el artículo 563 del Código Penal sobre el delito de tenencia de armas prohibidas.”

3.8 Fundamentos jurídicos del voto particular del Magistrado don Ramón Rodríguez Arribas

El citado magistrado en su fundamento 3 primer y segundo párrafo señaló lo siguiente: “En la Sentencia de la mayoría se encuentra una solución, haciendo una interpretación finalista, al entender que la agresión del hombre a la mujer en el contexto de una relación sentimental tiene un superior desvalor que la misma conducta de la mujer hacia el hombre, por la secular situación de sometimiento de unas a otros en las relaciones de pareja, lo que genera una mayor gravedad y, por ende, un reproche social mayor, que legitiman la diferencia de trato penal; todo ello según se anunciaba en la exposición de motivos de la Ley 1/2004 y se plasmó en el artículo 1.1. de la misma, al que la Sentencia se remite”.

“Con esta fórmula yo estaba de acuerdo, pero creo también que supone añadir algo al tipo penal en cuya descripción no está expreso y aunque se considere que esos sucesivos mayor desvalor, gravedad y reproche social hacia el hombre agresor de la mujer, pueda considerarse implícito o ínsito en el tipo penal, la realidad es que es nuestra interpretación la que lo aflora y ello obligaba, en mi opinión y reiterando mi respecto a la contraria, a hacer una Sentencia interpretativa que así lo expresara en el fallo, bien directamente o bien, al menos, por remisión a algún párrafo conclusivo de un fundamento jurídico.”

CONCLUSIONES

- 1 El Derecho penal tiene una vinculación directa con la Constitución, a través de los principios en materia penal que han sido recogidos algunos de manera expresa, como por ejemplo el principio de Legalidad, y otras de manera indirecta a través su vinculación con principios y valores constitucionales, tales como el de Lesividad, de Protección de bienes jurídicos, Subsidiariedad y Mínima intervención reconocidos y aplicados por el principio constitucional de Proporcionalidad en sentido amplio o de Prohibición de exceso.
- 2 Claro está, que el Principio constitucional de Proporcionalidad en sentido amplio, tampoco se encuentra reconocido expresamente en el texto constitucional, sino que a través de la jurisprudencia constitucional de los Tribunales Constitucionales ha sido vinculado con los principios de Legalidad, Dignidad Humana, Interdicción de arbitrariedad, entre otros.
- 3 De esta forma, el principio de Proporcionalidad en sentido amplio cumple una primera función, que viene a ser el de relacionar los contenidos normativos de la Constitución con el Derecho penal, y en específico con la construcción dogmática de los delitos y de las penas.
- 4 Por otro lado, a través de esta constitucionalización del Derecho penal, por parte del principio de Proporcionalidad, tanto la teoría del delito como de la pena, tienen que ser reformuladas y orientadas hacia los principios penales propiamente dichos, los cuales, como se ha señalado tienen directa incidencia con los principios y valores constitucionales.
- 5 Claro está, que el papel del principio de proporcionalidad, específicamente, su sub principio de proporcionalidad en sentido estricto, han venido siendo utilizados por la doctrina penal, -incluso ante de su utilización en el Derecho constitucional- en la ponderación de bienes jurídicos llevado a cabo en las causas de justificación penal, tales como el estado de necesidad justificante, legítima de defensa y ejercicio legítimo de un derecho.

- 6 De esta forma, corrientes de pensamiento como el “Derecho penal del enemigo”, en el cual se excluye a un grupo de ciudadanos de la esfera de garantías que el Derecho penal reconoce, considerándolos no personas y por tanto no siéndoles aplicables ningún principio del Derecho penal, devendría en inaplicable en el Derecho penal, por atentar con el valor superior de “igualdad” que la Constitución –en el caso español- reconoce a toda persona.
- 7 En lo que respecta a la interpretación constitucional, podemos advertir que este proceso de concretización del contenido normativo de una determinada disposición constitucional, tiene características muy distintas a la interpretación jurídica en general, pero dada a su especificidad, se ha notado que muchos tribunales constitucionales han venido aplicando criterio o cánones de la interpretación jurídica para la interpretación de la Constitución, claro está, sin descuidar los principios de interpretación constitucional propuestos por Konrad Hesse.
- 8 En lo que respecta, a la metodología de la interpretación constitucional, se puede advertir que el método específico de la ponderación y su vinculación con el principio de proporcionalidad, viene a ser el procedimiento más adecuado para el control constitucional de las leyes -y específico de las leyes penales-, teniendo en cuenta -claro está-, que dicho control constituye una forma de interpretación constitucional.
- 9 Sin embargo, se ha podido advertir también, que en el control constitucional de las leyes penales, específicamente, la llevada a cabo por los Tribunales Constitucionales alemán y español, ha primado el principio constitucional de interpretación conforme a la Constitución, por lo que se han venido desestimando las cuestiones de inconstitucionalidad y utilizando las denominadas sentencias interpretativas, tanto aditivas como restrictivas, añadiendo elementos en el tipo penal que antes no existían o incluso restringiendo el sentido interpretativo de un determinado elemento típico; violando de este modo el principio de legalidad reconocido tanto a nivel constitucional como en el Derecho penal, para la descripción típica de una determinada conducta calificada como delito.

- 10** Situación, que en el caso italiano ha sido en parte solucionada, a través de la emisión de sentencias estimativas, pero incorporando en su fallo un sentido de interpretación de la ley declarada inconstitucional. Solución, que también viene siendo asumida por el Tribunal Constitucional en los últimos años, a través de la emisión de la Sentencia del Pleno Jurisdiccional del Tribunal Constitucional Peruano del 12 de diciembre del 2012, recaída en el Expediente N° 00008-2012-PI/TC Lima, el cual se declaró inconstitucional el delito de violación sexual de menores de edad entre 14 a 18 años, y reconduciendo dicha tipificación al delito de violación sexual de mayores de edad, por considerar a dichas menores con plena libertad sexual y no de indemnidad sexual -tal como se venía regulando en el tipo penal declarado constitucional-.
- 11** Sin embargo, el principio de proporcionalidad en sentido amplio, en un sentido u otro, es el método específico de interpretación constitucional que ha venido siendo utilizado en el control constitucional de las leyes penales, sea estimando o desestimando la cuestión de inconstitucionalidad planteada con la ley penal, y ha sido, el principal nexo para la efectiva aplicación de los principios del Derecho penal, a la hora de analizar la constitucionalidad de una determinado tipo penal.
- 12** Es así, que tanto los sub principios del principio de proporcionalidad “necesidad” e “idoneidad” han venido siendo utilizados para el control constitucional de la tipificación de los delitos, empleando para ello los principios de protección de bienes jurídicos y lesividad (en el juicio de necesidad); y, fragmentariedad y última ratio (en el juicio de idoneidad). Mientras, que el sub principio de proporcionalidad en sentido estricto, ha venido siendo empleado para el control constitucional de la imposición de la pena, a través de los principios penales de proporcionalidad de las penas y de culpabilidad.
- 13** Sin embargo, la función del principio de proporcionalidad no solamente se reduce a ser un mero proceso para llevar a cabo el control constitucional de las leyes penales, sino que además, constituye el criterio delimitador de dicho control, a través de los límites racionales que impone este tanto en la fase de control ex ante (fase legislativa) como ex post (fase post legislativa).

14 Criterios racionales, que han sido desarrollados en la dogmática penal por los autores españoles Díez Ripollés y Prieto del Pino; lo que demuestra una preocupación actual de la doctrina penal en tratar de dar un desarrollo constitucional y por tanto legitimador del Derecho penal, que como se ha podido observar, viene siendo orientada su interpretación por corrientes de pensamiento funcionalistas radicales, que olvidan en verdadero papel que cumple el bien jurídico protegido como valor constitucional y pretenden legitimar al Derecho penal desde la protección exclusiva de la norma, olvidando el papel relevante que cumple la Constitución a través de su principio de proporcionalidad, para legitimar la actividad punitiva del Estado en la esfera de libertad del ciudadano.

BIBLIOGRAFÍA

- 1 Aguado Correa, Teresa, “El Principio de Proporcionalidad en la jurisprudencia de Tribunal Constitucional Peruano”, en *Derecho Constitucional Penal*, (coord. José Urquizo Olaechea & Nelson Salazar Sánchez), Idemsa, Lima, 2012.
- 2 Aguado Correa, Teresa, “El principio de proporcionalidad en el Derecho Penal peruano”, en *El principio de proporcionalidad en el Derecho Contemporáneo*, (coord. Miguel Carbonell & Pedro P. Grández Castro), Palestra, Lima, 2010.
- 3 Atienza, Manuel, “Constitucionalismo y Derecho penal”, en *Constitución y sistema penal*, (dirs. Santiago Mir Puig & Mirentxu Corcoy Bidasolo, coord. Juan Carlos Hortal Ibarra), Marcial Pons, Madrid, 2012.
- 4 Ávila Santamaría, Ramiro, “El principio de legalidad vs. El principio de proporcionalidad (Reflexiones sobre la constitucionalidad de las leyes penales y el rol de los parlamentos y los jueces)”, en *El principio de proporcionalidad y la interpretación constitucional*, (edit. Miguel Carbonell), Ministerio de Justicia y Derechos Humanos, Quito, 2008.
- 5 Bachof, Otto, *¿Normas constitucionales inconstitucionales?*, Palestra, Lima, 2010.
- 6 Bernal Pulido, Carlos, *El principio de proporcionalidad y los derechos fundamentales. El principio de proporcionalidad como criterio para determinar el contenido de los derechos fundamentales vinculante para el Legislador*. Universidad Externado de Colombia, Bogotá (4ta edición), 2014.
- 7 Chiassoni, Pierluigi, “El textualismo razonable: Una tentación resistible (Nota Preliminar)”, en *Una cuestión de interpretación. Los tribunales federales y el derecho*, (edit. Amy Gutmann), Palestra, Lima, 2015.
- 8 Comanducci, Paolo, “Modelos e Interpretación de la Constitución”, en *Interpretación jurídica y teoría del Derecho*, (edit. Isabel Lifante Vidal), Palestra, Lima, 2010.

- 9 Díaz Revorio, Francisco Javier, *Estado, Constitución, Democracia. Tres conceptos que hay que actualizar*, Palestra, Lima, 2017.
- 10 Díaz Revorio, Francisco Javier, "Interpretación de la Constitución y juez constitucional", en *Revista IUS, del Instituto de Ciencias Jurídicas de Puebla*, México, año X, núm. 37, [Enero-Junio], 2016.
- 11 Díaz Revorio, Francico Javier, *Valores Superiores e Interpretación Constitucional*, Tribunal Estatal Electoral de Chihuahua, Chihuahua (1ra edición), 2009.
- 12 Díez Ripollés, José Luis, "El control de constitucionalidad de las leyes penales", en *Derecho Constitucional Penal*, (coord. José Urquizo Olaechea & Nelson Salazar Sánchez), Idemsa, Lima, 2012.
- 13 Díez Ripollés, José Luis, *La racionalidad de la leyes penales*, Trotta, Madrid (2da edición ampliada), 2013.
- 14 Donini, Massimo, *El derecho penal frente a los desafíos de la modernidad*, ARA Editores, Lima, 2010.
- 15 Eguiguren Praeli, Francisco José, "Las sentencias interpretativas o 'manipulativa' y su utilización por el Tribunal Constitucional Peruano", en Instituto de investigaciones jurídicas de la Universidad Autónoma de México. En <https://es.scribd.com/document/356494707/Las-Sentencias-Interpretativas-Eguiguren-Praeli> (visitado el 15 de setiembre del 2016).
- 16 Fernández Cruz, José Ángel, "Principialismo, garantismo, reglas y derrotabilidad en el control de constitucionalidad de las leyes penales", en *Revista Nuevo Foro Penal de la Universidad EAFIT - Medellín*, Vol. 11, N° 85, [julio-diciembre], 2015.
- 17 Ferreres Comella, Víctor, "El control de las leyes penales por parte de los jueces ordinarios", en *Constitución y sistema penal*, (dirs. Santiago Mir Puig & Mirentxu Corcoy Bidasolo, coord. Juan Carlos Hortal Ibarra), Marcial Pons, Madrid, 2012.
- 18 García Amado, Juan Antonio, *Razonamiento jurídico y argumentación. Nociones Introductorias*, Zela, Puno (1ra edición), 2017.

- 19 García Belaunde, Domingo, “La interpretación constitucional en su laberinto”, en *Cuadernos sobre jurisprudencia constitucional*, N° 11, [diciembre], 2016.
- 20 Grández Castro, Pedro P., “Los Principios constitucionales. El último tramo de un largo debate (Presentación)”, en *Un debate sobre principios constitucionales*, (ed. Pedro P. Grández Castro), Palestra, Lima, 2014.
- 21 Habermas, Jürgen, *Facticidad y validez. Sobre el derecho y el Estado democrático de derecho en términos de teoría del discurso*, Trotta, Madrid (6ta edición), 2010.
- 22 Härbele, Peter, *Tiempo y Constitución Ámbito público y jurisdicción constitucional*, Palestra, Lima (1ra edición), 2017.
- 23 Hesse, Konrad, *Escritos de Derecho Constitucional*, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid (2da edición), 1992.
- 24 Igartua Salaverría, Juan, *El razonamiento en las resoluciones judiciales*, Palestra, Lima, 2009.
- 25 Jaria i Manzano, Jordi, “El marco constitucional del Derecho Penal”, en *Derecho penal constitucional*, (dir. Gonzalo Quintero Olivares, coord. Jordi Jaria i Manzano), tirant lo blanch, Valencia, 2015.
- 26 Jiménez Díaz, María José, “Expansión del derecho penal y libertades”, en *Constitución, Derecho y derechos. Libro de Ponencias del Primer Encuentro de la Red Justicia, Derecho, Constitución y Proceso*, (coord. Giovanni Priori Posada), Palestra, Lima, 2016.
- 27 Kuhlen, Lothar, *La interpretación conforme a la Constitución de las leyes penales*, Marcial Pons, Madrid, 2012.
- 28 Lagodny, Otto, “El Derecho penal sustantivo como piedra de toque de la dogmática constitucional”, en *La teoría del bien jurídico ¿Fundamentos de legitimación del Derecho penal o juego de abalorios dogmático?*, (ed. Roland Hefendehl), Marcial Pons, Madrid, 2007.
- 29 Landa Arroyo, César, “Interpretación constitucional y derecho penal”, en *Anuario de Derecho Penal, Interpretación y aplicación de la ley penal*, 2005. En

https://www.unifr.ch/ddp1/derechopenal/anuario/an_2005_06.pdf (visitado el 15 de Setiembre del 2016).

- 30 Larenz, Karl, *Metodología de la Ciencia del Derecho*, Ariel, Barcelona, 2010.
- 31 Lascurain, Juan Antonio, "El control constitucional de las leyes penales", en *Derecho Penal y Constitución*, (dir. F. Velásquez), Universidad Sergio Arboleda, Bogotá, 2014.
- 32 Lopera Mesa, Gloria Patricia, "Principio de proporcionalidad y control constitucional de las leyes penales", en *El principio de proporcionalidad y la interpretación constitucional*, (edit. Miguel Carbonell), Ministerio de Justicia y Derechos Humanos, Quito, 2008.
- 33 López Guerra, Luis, et allí, *Derecho constitucional*, Tirant lo Blanch, Valencia [vol. II], 2013.
- 34 Montoya Vivanco, Yvan, "Aproximaciones a una funcionalización constitucional de la teoría del delito", en *Revista de Derecho PUCP*, N° 71, 2013/ISSN 0251-3420.
- 35 Moreso, José Juan, *La indeterminación del Derecho y la interpretación de la Constitución*, Palestra, Lima (2da edición ampliada), 2014.
- 36 Pérez Royo, Javier, *Curso de Derecho Constitucional*, Marcial Pons, Madrid (7ma edición), 2000.
- 37 Pino, Giorgio, *Derechos fundamentales, conflictos y ponderación*, Palestra, Lima, 2013.
- 38 Portocarrero Quispe, Jorge Alexander, *La ponderación y la autoridad en el derecho. El rol de los principios formales en la interpretación constitucional*. Marcial Pons, Madrid, 2016.
- 39 Prieto del Pino, Ana María, "Los contenidos de racionalidad del principio de proporcionalidad en sentido amplio: el principio de subsidiariedad", en *Hacia una evaluación racional de las leyes penales*, (dirs. Adán Nieto Martín, Marta Muñoz de Morales Romero & José Becerra Muñoz), Marcial Pons, Madrid, 2016.
- 40 Prieto Sanchís, Luis, *Sobre principios y normas. Problemas del razonamiento jurídico*. Palestra, Lima, 2013.
- 41 Quintero Olivares, Gonzalo, et allí, "Aspectos generales", en *Derecho penal constitucional*, (dir. Gonzalo Quintero Olivares, coord. Jordi Jaria i Manzalo), Tirant lo Blanch, Valencia, 2015.

- 42 Quintero Olivares, Gonzalo, et alli, “La construcción del bien jurídico protegido a partir de la Constitución”, en *Derecho penal constitucional*, (dir. Gonzalo Quintero Olivares, coord. Jordi Jaria i Manzalo), Tirant lo Blanch, Valencia, 2015.
- 43 Rubio Correa, Marcial Antonio, *Manual de razonamiento jurídico*, Fondo Editorial de la Pontificia Universidad Católica del Perú, Lima, 2017.
- 44 Rubio Correa, Marcial Antonio, *La interpretación de la Constitución según el Tribunal Constitucional*, Fondo Editorial de la Pontificia Universidad Católica del Perú, Lima (3ra edición aumentada), 2013.
- 45 Rubio Correa, Marcial Antonio, *El test de proporcionalidad en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional Peruano*, Fondo Editorial de la Pontificia Universidad Católica del Perú, Lima, 2012, págs. 163-166.
- 46 Ruiz Manero, Juan, “Dos problemas para la ponderación: Tensiones irresolubles y principios imponderables”, en *Un debate sobre principios constitucionales*, (ed. Pedro P. Grández Castro), Palestra, Lima, 2014.
- 47 Sosa Sacio, Juan Manuel, “La interpretación constitucional y la doctrina del “bloque de constitucionalidad o de las normas interpuestas”, en *Cuadernos sobre jurisprudencia constitucional*, N° 11, [diciembre], 2016.
- 48 Tarello, Giovanni, “El problema de la interpretación: una formulación ambigua”, en *Disposición vs. Norma*, (edit. Susanna Pozzolo & Rafael Escudero), Palestra, Lima, 2011.
- 49 Tiedemann, Klaus, “Constitución y derecho penal”, [trad. Luis Arroyo Zapatero], en *Revista Española de Derecho Constitucional*, núm. 33, [Septiembre-Diciembre], 1991. Publicada por el Instituto de Derecho Penal Europeo e Internacional de la Universidad de Castilla La Mancha, [\[www.cienciaspenales.net\]](http://www.cienciaspenales.net).
- 50 Tribe, Laurence H. & Dorf, Michael C., *Interpretando la Constitución*, Palestra, Lima, (2da edición), 2017.
- 51 Vélez Rodríguez, Luis A., Tesis Doctoral: El control constitucional de leyes penales en el marco de un modelo racional de legislación penal, Director Prof. Dr. José Luis Díez Ripollés, Universidad de Málaga, Málaga, 2014. Esta Tesis Doctoral está depositada en el

Repositorio Institucional de la Universidad de Málaga (RIUMA): riuma.uma.es (visitado el 30 de enero del 2017).

APÉNDICE
SENTENCIAS CITADAS

- Sentencia del Tribunal Constitucional Federal Alemán (tomo 17 pág. 155) del año de 1963.
- Sentencia del Tribunal Constitucional Federal Alemán del año 1975.
- Sentencia del Tribunal Constitucional Federal Alemán (tomo 45, pág. 187) del año de 1977.
- Sentencia del Tribunal Constitucional Federal Alemán (tomo 182, pág. 185) del año de 1980.
- Sentencia del Tribunal Constitucional Español (5/1981, F. J. 9).
- Sentencia del Tribunal Constitucional Español (18/1981, F. J. 2).
- Sentencia del Tribunal Constitucional Español (27/1981, F. J. 2 y 10).
- Sentencia del Tribunal Constitucional Español (62/1982, F. J. 5).
- Sentencia del Tribunal Constitucional Español (67/1983, F. J. 3).
- Sentencia del Tribunal Constitucional Español (72/1984, F. J. 6).
- Sentencia del Tribunal Constitucional Español (53/1985, F. J. 3 y 9).
- Sentencia del Tribunal Constitucional Español (66/1985, F. J. 1).
- Sentencia del Tribunal Constitucional Español (90/1985).
- Sentencia del Tribunal Constitucional Español (65/1986, F. J. 2).
- Sentencia del Tribunal Constitucional Español (108/1986, F. J. 18).
- Sentencia del Tribunal Constitucional Federal Alemán (tomo 73 pág. 206) del año de 1986.
- Sentencia del Tribunal Constitucional Español (99/1987, F. J. 4 b).
- Sentencia del Tribunal Constitucional Español (160/1987, F. J. 6).
- Sentencia del Tribunal Constitucional Español (19/1988, F. J. 8).

- Sentencia del Tribunal Constitucional Español (227/1988, F. J. 7).
- Sentencia del Tribunal Constitucional Español (20/1990, F. J. 3).
- Sentencia del Tribunal Constitucional Español (150/1991, F. J. 4 y 4 b).
- Sentencia del Tribunal Constitucional Español (85/1992, F. J. 5).
- Sentencia del Tribunal Constitucional Español (206/1992, F. J. 3).
- Sentencia del Tribunal Constitucional Español (239/1992, F. J. 5).
- Sentencia del Tribunal Constitucional Español (24/1993, F. J. 5).
- Sentencia del Tribunal Constitucional Español (111/1993, F. J. 8).
- Sentencia del Tribunal Constitucional Español (142/1993, F. J. 9 y 10).
- Sentencia del Tribunal Constitucional Español (50/1995, F. J. 7).
- Sentencia del Tribunal Constitucional Español (55/1996, F. J. 3, 7, 8 y 9).
- Sentencia del Tribunal Constitucional Español (88/1996, F. J. 4).
- Sentencia del Tribunal Constitucional Español (129/1996, F. J. 3 y 4).
- Sentencia del Tribunal Constitucional Español (212/1996, F. J. 16).
- Sentencia del Tribunal Constitucional Español (161/1997, F. J. 9 y 11).
- Sentencia del Tribunal Constitucional Español (116/1999, F. J. 14).
- Sentencia del Tribunal Constitucional Español (136/1999, F. J. 20, 23, 28 y 29).
- Sentencia del Tribunal Constitucional Español (73/2000, F. J. 4).
- Sentencia del Tribunal Constitucional Español (104/2000, F. J. 8).
- Sentencia del Tribunal Constitucional Español (181/2000, F. J. 13).
- Sentencia del Tribunal Constitucional Español (96/2002, F. J. 6, 7 y 10).
- Sentencia del Tribunal Constitucional Peruano recaída en el Expediente N° 0010-2002-AI-TC.
- Consulta de la Tercera Sala Penal Suprema Alemán, dictada en 2003.
- Sentencia del Tribunal Constitucional Español (24/2004).
- Sentencia del Tribunal Constitucional Peruano recaído en el Expediente N° 2758-2004-HC/TC.

- Sentencia del Tribunal Constitucional Peruano recaída en el Expediente N° 003-2005-PI/TC, de fecha 9 de agosto de 2006.
- Sentencia del Tribunal Constitucional Peruano recaída en el Expediente N° 0012-2006-PI/TC, de fecha 15 de diciembre de 2006.
- Sentencia del Tribunal Constitucional Peruano recaída en el Expediente N° 0014-2006-PI/TC, de fecha 19 de enero de 2007.
- Sentencia del Tribunal Constitucional Español (235/2007, F. J. 6).
- Sentencia del Tribunal Constitucional Español (49/2008, F. J. 5).
- Sentencia del Tribunal Constitucional Español (58/2008).
- Sentencia del Tribunal Constitucional Español (59/2008, F. J. 6).
- Sentencia del Tribunal Constitucional Español (45/2009, F. J. 3).
- Sentencia del Tribunal Constitucional Español (127/2009, F. J. 3).
- Sentencia del Tribunal Constitucional Español (41/2010, F. J. 5).
- Sentencia del Tribunal Constitucional Español (60/2010, F. J. 7 y 22).
- Sentencia del Tribunal Constitucional Español (101/2012).
- Sentencia del Pleno Jurisdiccional del Tribunal Constitucional Peruano del 12 de diciembre del 2012, recaída en el Expediente N° 00008-2012-PI/TC Lima.