

CAPITULO SEGUNDO:

EL VALOR NORMATIVO DE LA CONSTITUCION EN EL PROCESO PENAL

I. Consideraciones preliminares

Para una cabal comprensión del significado del valor normativo de la Constitución en el proceso penal, tenemos que partir de la definición del Derecho como ordenamiento jurídico, entendida en frases de Kelsen como un conjunto de normas cuyo fundamento de validez está en la norma básica (Constitución), y complementada por Bobbio, para quien “solamente se puede hablar de Derecho cuando existe un complejo de normas que forman un ordenamiento...El Derecho no es norma, sino conjunto coordinado de normas... una norma jurídica no se encuentra nunca sola, sino ligada a otras normas con las cuales forma un sistema normativo”.¹

Sin embargo, las concepciones modernas del positivismo jurídico neoinstitucionalista (Weimberger, MacCormick), sostienen que el ordenamiento jurídico es un sistema abierto compuesto por reglas y otros elementos normativos –como son los principios- que además tiene en cuenta otro tipo de consideraciones de carácter consecuencialista, mediante las cuales pretende ser superada una concepción puramente formal del sistema jurídico. Efectivamente, el ordenamiento además de normas, se compone de principios, los que son recogidos por la

Constitución, que es la norma fundamental de un Estado, y sobre la que descansa la validez de todo el ordenamiento, confiriéndole unidad y coherencia².

Políticamente, la Constitución es el instrumento jurídico por la cual se constituye y organiza un Estado Democrático de Derecho, lo cual es fundamental para el correcto ejercicio de la función penal del Estado (la más violenta de todas), entiéndase una función penal garantista, que excluya la arbitrariedad y las violaciones de derechos fundamentales. De ahí que la Constitución se convierta en el instrumento determinante para la validez jurídica y política de un Estado Contemporáneo.

Pero qué es una Constitución? Son muy diversas las definiciones que se pueden encontrar de lo que es una Constitución³. Un correcto entendimiento de su sentido requiere advertir el contexto en el que se pretende averiguar por ésta. En nuestro caso, debemos de limitarnos a

¹ Citado por Javier de Lucas y Otros, en "Introducción a la Teoría del Derecho", Edit. Tirant lo blanch. 3ra. Edición. Valencia, 1997. Pág. 150.

² Además de la teoría de Kelsen, se han formulado otros criterios de unidad, por ejemplo la regla de reconocimiento de Hart, la regla de las concepciones realistas que otorga a los jueces la potestad de declarar el Derecho válido, o de la norma de identificación de normas de Peces-Barba. A partir de estas consideraciones, el Ordenamiento podría ser representado a través de la idea de subsistemas y de cadenas normativas. El Ordenamiento estaría dividido en subsistemas normativos, cada uno de los cuales formaría en sí cadenas de normas y estaría vinculado de igual manera a la Constitución. Vease "Jueces y normas: la decisión judicial desde el Ordenamiento" de Rafael De Asis Roig. Marcial Pons, Ediciones Jurídicas S.A., Madrid, 1995. Pág. 25 y ss.

³ Es en este sentido que, por ejemplo, Carl Schmitt señaló: "La palabra constitución reconoce una diversidad de sentidos. En una acepción general de la palabra, todo, o cualquier hombre y cualquier objeto, cualquier establecimiento y cualquier Asociación, se encuentran de alguna manera en una constitución, y todo lo imaginable puede tener una constitución. De aquí no cabe obtener ningún sentido específico. Si se quiere llegar a una inteligencia hay que limitar la palabra constitución a Constitución del Estado, es decir, de la unidad política de un pueblo". SCHMITT, Carl. **Teoría de la Constitución**. Madrid – España: Alianza Universidad Textos, Traducción de la edición alemana, 1982, págs. 29 y ss. Cfr. además, GARCIA-PELAYO, Manuel. "**Tipología de los conceptos de Constitución**", en CHANAME/PALOMINO/SAENZ (comps.) **Derecho Constitucional General y Teoría del Estado (Selección de lecturas)**. Lima – Perú: Ediciones Jurídicas, 1994, págs. 315 y ss.

TESIS UNMSM

inquirir por la definición jurídica de la Constitución Política de un Estado. Sin embargo, es necesario tener en cuenta que la definición que podamos dar, no se encuentra privada de condicionantes, configurados esencialmente por las concepciones jurídico-políticas vigentes en un ámbito espacio-temporal determinado⁴.

Los antecedentes del uso del término Constitución se pueden ubicar en épocas muy remotas⁵; sin embargo en su sentido moderno recién va a aparecer durante el siglo XVIII, cuando se usa para designar la Carta Política Federal Norteamericana (1787), que, asimismo, es considerada como la primera de las constituciones modernas; de las que se ha señalado como característica definidora: la afirmación radical de la libertad del individuo, y la existencia de unos derechos irrenunciables del mismo, como criterio esencial de la organización del Estado⁶.

⁴ Conforme ha señalado Herrera Paulsen, "existen varias clases de constituciones con diferentes contenidos, con arreglo a los países y momentos históricos". HERRERA PAULSEN, Dario. **Derecho Constitucional e Instituciones Políticas**. Lima – Perú: EDDILI, Segunda edición, pág. 131.

⁵ Así: "En el lenguaje jurídico romano se usaba el término Constitución para distinguir las fuentes del derecho dotadas de un valor particular; por ejemplo, la expresión *constitutionis principis* hacia referencia a los actos normativos del Emperador, dotados de eficacia superior respecto de los demás actos. Análogo uso se encuentra en el ordenamiento canónico a propósito de las *constitutioni pontificie e sinodali*, revestidas también de una importancia superior al de las otras normas. CICERON hablaba de *constitutio populi* para indicar la estructura política de un pueblo. Ese mismo término se encuentra en el medioevo, por ejemplo, en MARSILIO DE PADOVA y otros autores que emplean la expresión *constitutio reipublicae*, en el sentido de estructura política fundamental". LOPEZ GUERRA, Luis. **Introducción al Derecho Constitucional**. Valencia – España: Tirant lo blanch, 1994, pág. 3. Por su parte López Guerra ha señalado que, con anterioridad a la época de las revoluciones de los siglos XVII y XVIII han existido ciertos precedentes constitucionales, en el sentido de normas que presentan características similares, en cuanto a su forma y contenido, a las propias del constitucionalismo moderno. Se ha podido hablar así de constitucionalismo antiguo, con referencia a normas, principios y resoluciones judiciales que, en la Edad Media, e incluso en épocas anteriores, pretendían regular las actividades de los poderes públicos, señalando sus competencias y límites". LOPEZ GUERRA, Luis. **Introducción al Derecho Constitucional**. Valencia – España: Tirant lo blanch, 1994, pág. 17.

⁶ LOPEZ GUERRA, L. **Introducción...** pág. 17

TESIS UNMSM

Una adecuada comprensión del significado de la Constitución Política de un Estado requiere de la puesta en relación de criterios formales y materiales⁷. Desde el punto de vista formal la Constitución se define a partir de los órganos y procedimientos que intervienen en su adopción. Desde el punto de vista material la Constitución se define por ser el conjunto de reglas fundamentales que se aplican al ejercicio del poder estatal.

Es en el marco referido que la Constitución puede ser definida como el conjunto de normas que regulan, en garantía de la libertad del individuo en una comunidad política organizada, las posiciones jurídicas fundamentales de la persona frente al Estado, y la distribución de poder entre los principales órganos de éste; normas que por su carácter fundamental y definidor del sistema jurídico, tienen el carácter de normas superiores⁸.

Como ya se deslizó, en el panorama mundial es posible encontrar varias clases de Constituciones. No obstante, en nuestro contexto cultural son las constituciones escritas⁹, normativas y rígidas las más numerosas, perteneciendo a este tipo, la Constitución Política del Perú de 1993, actualmente vigente.

⁷ Cfr. LOPEZ GUERRA, L. **Introducción...** pág. 22.

⁸ LOPEZ GUERRA, L. **Introducción...** pág. 22.

⁹ En algunos estados existen constituciones consuetudinarias, esto ocurre cuando la organización y funcionamiento del Estado resulta de prácticas, de tradiciones consagradas por el uso constante y que llegan a tener fuerza jurídica; v.gr. La Constitución inglesa es un conjunto de prácticas tradicionales que han adquirido el valor de verdaderas leyes constitucionales. Una regla tan capital como la responsabilidad de los ministros ante la Cámara de los Comunes no se encuentra escrita en ningún texto. HERRERA PAULSEN, D. **Derecho...** pág. 134.

TESIS UNMSM

Es la confluencia de las características jurídicas de rigidez y normatividad lo que le da a la Constitución su especial ubicación en el ordenamiento jurídico¹⁰. Se trata de Constituciones rígidas en el sentido de que no pueden ser modificadas ni contradichas por las normas legales comunes y, normativas en el sentido de que forman parte del ordenamiento jurídico normativo. Esto genera que la Constitución quede configurada como Norma Fundamental; lo que significa, que, entre las normas que componen el ordenamiento jurídico interno de un país, la Constitución es la norma de mayor jerarquía y la que otorga el fundamento para la validez de las que le son inferiores.

La Constitución condiciona la validez de las normas jurídicas legales desde dos perspectivas; por un lado, fija el procedimiento al que se debe someter su aprobación, promulgación y puesta en vigencia; y, por el otro, les fija límites materiales de contenido. Sin embargo no sólo produce efectos en la actividad legiferante, sino respecto de todo el aparato estatal, y especialmente, al nivel de la aplicación del derecho sin lugar a dudas.

Es en este sentido que el Tribunal Constitucional colombiano ha señalado que: “La Constitución se erige en el marco supremo y último para determinar tanto la pertenencia al orden jurídico como la validez de cualquier norma, regla o decisión que formulen o profieran los órganos por ella instaurados”¹¹. Pero aun más, posee una “fuerza vinculante

¹⁰ Esto no debe llevar a olvidar que desde una perspectiva política, también esencial, esta especial condición viene legitimada por el hecho de ser el fruto del poder constituyente ejercido por el pueblo, manifestación de su soberanía. C.m.d. CALZADA PADRON, Feliciano. **Derecho Constitucional**. México D.F. – México: HARLA, 1990, pág. 154 y ss.

¹¹ CABALLERO, G – ANZOLA, M. **Teoría...** pág. 5.

bilateral” (IHERING), pues vincula tanto a las autoridades como a los ciudadanos¹².

II. El valor normativo de la Constitución para el proceso penal

Son muy variadas las proposiciones que como consecuencia de la consagración de la Constitución como la norma fundamental de un Estado se pueden extraer para todas y cada una de las parcelas que conforman el ordenamiento jurídico de nuestro país; pero en ningún sector logran la especial relevancia que alcanzan en la parcela destinada al Derecho penal; fundamentalmente, en razón de que la principal de las herramientas con que cuenta el Derecho criminal, la pena privativa de libertad, se constituye en la intervención más violenta que el Estado social y democrático de Derecho se puede permitir en el ámbito de las libertades y derechos fundamentales de la persona humana¹³.

En el ámbito del proceso penal esta relevancia alcanza su grado máximo, pues es en él, que el Estado ejercerá toda su fuerza para pretender aplicar dicha pena responsable de un delito. El Estado define las reglas procesales, diseña el proceso, determina la competencia de los funcionarios estatales, fija los casos de afectación de los derechos

¹² GARCIA DE ENTERRIA, Eduardo. “**Los fundamentos del valor normativo de la Constitución. La Constitución como norma fundamental**”, en BLANCAS/LANDA/RUBIO (comps.) **Derecho Constitucional General. Selección de lecturas de Derecho Constitucional. Tomo I.** Lima – Perú: Fondo Editorial de la Pontificia Universidad Católica del Perú, Cuarta edición, 1994, pág. 463.

¹³ En este sentido, MAURACH, Reinhart - ZIPF, Heinz. **Derecho penal. Parte general 1. Fundamentos generales del derecho penal y estructura del hecho punible.** Buenos Aires - Argentina: ASTREA, Traducción de la séptima edición alemana, 1994, pág. 8 (nº marg. 9). ROXIN, Claus. **Derecho penal. Parte general. Tomo I. Fundamentos. Estructura de la**

TESIS UNMSM

fundamentales del imputado, con la finalidad de aplicar el Derecho Penal. Mientras que el imputado, es la persona humana que ingresa al proceso penal dominado por el Estado, en franca desigualdad material, para defender su libertad personal. En el proceso penal tiene lugar el conflicto entre el poder punitivo estatal y la libertad personal del imputado, y como se verá, es un conflicto que tiene raíces constitucionales. De ahí que se afirme con razón, que es el Derecho procesal penal el que se encuentra más fuertemente condicionado por la normatividad constitucional¹⁴.

Son diversas las referencias que en la doctrina moderna podemos encontrar acerca del valor normativo que la Constitución posee para el proceso penal. Así, por ejemplo, Klaus Tiedemann ha señalado la “dependencia del Derecho procesal penal respecto del Derecho constitucional”¹⁵, Alberto Martín Binder se ha referido a la existencia de un “diseño constitucional del proceso penal”¹⁶, Juan - Luis Gómez Colomer ha manifestado la necesidad de un “proceso constitucionalmente debido”¹⁷, y por su parte, Eberhard Schmidt ha afirmado que el proceso penal tiene “fundamentos constitucionales”¹⁸.

Teoría del Delito. Madrid - España: Civitas, Traducción de la segunda edición alemana, 1997, pág. 65 (nº marg. 29).

¹⁴ En este sentido, TIEDEMANN, Klaus. “**Constitución y Derecho penal**”, en **Revista Española de Derecho Constitucional. Nº 33**. Madrid - España: 1991, pág. 157.

¹⁵ TIEDEMANN, Klaus. “**El Derecho procesal penal**”, en ROXIN, Claus - ARTZ, Günter - TIEDEMANN, Klaus. **Introducción al Derecho penal y al Derecho penal procesal**. Barcelona - España: Ariel, Traducción de la segunda edición alemana, 1989, pág. 140.

¹⁶ BINDER, Alberto. **Introducción al Derecho procesal penal**. Buenos Aires - Argentina: Ad - hoc, 1993, pág. 61.

¹⁷ GOMEZ COLOMER, Juan - Luis. **El proceso penal español. Para no juristas**. Valencia - España: Tirant lo blanch, 1992, pág. 39.

¹⁸ SCHMIDT, Eberhard. “Fundamentos teóricos y constitucionales del Derecho Procesal Penal”. Edit. Bibliográfica Argentina. Buenos Aires, 1957. Pág. 189 y ss.

Frases como las glosadas no hacen sino reconocer la fundamental trascendencia y valor normativo que le corresponde a la Constitución en el proceso penal, tanto en su diseño legal como en su desarrollo para cada caso específico.

Efectivamente, la Constitución va a cumplir una función normativa muy importante en la concreta configuración del sistema procesal penal nacional. La principal de las razones se encuentra -como ya lo deslizamos- en el hecho de que el poder penal y su realización mediante el proceso penal le corresponden en exclusividad al Estado, no siendo otra cosa que ejercicio de poder estatal. Pues bien, es precisamente la Constitución el instrumento jurídico normativo supremo en el que se fijan los contenidos, límites, posibilidades y competencias del ejercicio del poder estatal; toda la actuación estatal tiene que sujetarse necesariamente a lo constitucionalmente previsto.

Es también razón esencial el hecho de que el proceso penal va a comportar necesariamente la afectación de algunos de los derechos de los procesados; derechos que se encuentran consagrados como “fundamentales” en las Constituciones modernas. En el proceso penal se verifica una intervención coercitiva del Estado sobre personas de las que no existe certeza respecto a su responsabilidad criminal, a las que se les va a restringir sus derechos y libertades fundamentales, consagradas constitucionalmente, mediante el ineludible despliegue de violencia que comportan los medios de coerción procesal¹⁹.

¹⁹ No creemos que sea correcto sostener que la Constitución adquiere una gran relevancia, desde una perspectiva material, en razón de que los derechos en conflicto en el proceso penal “adquieren la naturaleza de fundamentales, ya que vienen integrados, de un lado, por el

Otra de las razones esenciales de la importancia de la Constitución para el proceso penal peruano se va a encontrar en el hecho de que ésta se configura en la fuente de los valores fundamentales del ordenamiento jurídico normativo²⁰; los que deberán de tenerse en cuenta en toda la estructuración del sistema de control social jurídico y, especialmente, en el momento de la estructuración del control jurídico penal²¹.

Sin embargo, además, en la Constitución se han previsto, por la importancia de la materia, cláusulas y principios de eminente raigambre procesal penal; como, por ejemplo, cuando se señala que le

“derecho de penar” que ejercita (sic) las partes acusadoras y, de otro, por el *derecho a la libertad* del imputado que hace valer la defensa. (GIMENO SENDRA, Vicente – MORENO CATENA, Víctor – CORTES DOMINGUEZ, Valentín. **Derecho procesal penal**. Madrid – España: COLEX, Segunda edición, 1997, pág. 42); pues, de un lado, el proceso penal, en sí mismo, comporta ya restricciones de derechos fundamentales, sin limitarse sólo a la libertad, y sin ser necesario para ello que se llegue a expedir una sentencia condenatoria (existe una relación conflictiva ya entre los derechos fundamentales de la persona y la eficacia actividad persecutoria estatal propiamente dicha) y, de otro, en nuestro país no se puede sostener que exista un **derecho fundamental de penar**, ni de las partes, ni siquiera del propio Estado. Este error lo recoge en nuestro país César San Martín Castro, cuando señala: “Es sabido que en el proceso penal moderno, fruto del Estado de Derecho, la Constitución adquiere una gran relevancia... porque materialmente en el proceso penal los derechos en conflicto son **fundamentales**, de relevancia constitucional al estar integrado –de un lado- por el derecho de penar que ejercita el Ministerio Público (art. 159°, incs. 4 y 5 Const.) y –de otro- por el derecho a la libertad del imputado que hace valer la defensa (arts. 2°. 24 y 139°.14 Const.)”. Por lo demás, no se puede decir que el Ministerio Público tenga un derecho de penar, a lo mucho un derecho (aunque lo correcto es hablar de potestad) de perseguir.

²⁰ Cfr. BERDUGO GOMEZ DE LA TORRE, Ignacio et al. **Lecciones de Derecho penal. Parte general**. Barcelona – España: Praxis, 1996, pág. 2. LARENZ Karl. **Metodología de la Ciencia del derecho**. Barcelona – España: Ariel, Traducción de la Cuarta edición alemana, 1979, pág. 339. LOPEZ GUERRA, L. **Introducción...** pág. 54. CABALLERO, G – ANZOLA, M. **Teoría...** pág. 43.

²¹ Es en este sentido que Robert Alexy ha señalado: “La suposición de que, a más de las normas de tipo tradicional, al sistema jurídico pertenecen también valores, que en tanto valores de rango constitucional, ejercen un “efecto de irradiación” en todo el derecho ordinario tiene amplias consecuencias. La Constitución no es ya sólo base de autorización y marco del derecho ordinario. Con conceptos tales como los de dignidad, libertad e igualdad y de Estado de derecho, democracia y Estado social, la Constitución proporciona un contenido sustancial al sistema jurídico”. ALEXY, Robert. “**Sistema jurídico y razón práctica**”, en **El concepto y la validez del Derecho y otros ensayos**. Barcelona – España: Gedisa, 1994, pág. 159.

corresponde al Ministerio Público la conducción de la investigación del delito (art. 159° inc. 4 de la Constitución), entre otros importantes postulados, tales como los siguientes:

A) Derechos fundamentales que limitan la actividad probatoria del proceso penal

Art. 1º: La defensa de la persona humana y el respeto de su dignidad como fin supremo.

Art. 2º:

Inc. 1. Derecho a la integridad moral, psíquica y física.

Inc. 4. Jurisdicción penal común para los delitos de prensa

Inc. 5. Necesidad de petición del juez, del Fiscal de la Nación o, de la comisión investigadora del Congreso para levantar el secreto bancario o la reserva tributaria.

Inc. 9. Derecho a la inviolabilidad del domicilio.

Necesidad de autorización del titular mandato judicial para ingresar y efectuar registros o investigaciones, salvo flagrante delito o muy grave peligro de su perpetración.

Inc. 10. Derecho al secreto e inviolabilidad de las comunicaciones y documentos privados.

Necesidad, en las únicas posibilidades de injerencia, de mandamiento legal y motivado del juez.

Necesidad de mandato judicial para sustracción o incautación de libros, comprobantes y documentos contables y administrativos.

Inc. 18. Derecho a guardar el secreto profesional.

h) Prohibición de la violencia moral, psíquica y física; así como del sometimiento a tortura o a tratos inhumanos o humillantes.

*Prohibición de valorar las declaraciones obtenidas por la
violencia.*

B) Normas constitucionales que protegen la libertad del imputado

Art. 2:

Inc. 11. Derecho a transitar por el territorio nacional y a salir de él.

Necesidad de mandato judicial para su limitación.

Inc. 24. Derecho a la libertad y a la seguridad personales

De lo que se deriva:

*b) Interdicción de las restricciones extralegales de la libertad
personal.*

e) Principio de no culpabilidad.

*f) Necesidad de mandato judicial escrito y motivado para la
detención.*

*Permisión de la detención por la policía, exclusivamente en los
casos de flagrancia.*

*Necesidad de poner al detenido a disposición del juzgado
correspondiente en el plazo máximo de veinticuatro horas o en el
término de la distancia.*

*Como excepción, el plazo máximo de quince días naturales para
la detención preventiva en los delitos de terrorismo, espionaje y
tráfico ilícito de drogas; con la obligación de dar cuenta al
Ministerio Público y al juez, siendo facultad de éste asumir su
competencia antes de vencido el término.*

*g) Interdicción de la incomunicación, salvo en los casos en que
sea indispensable y de acuerdo a lo previsto por la ley.*

*Obligación de señalar sin dilación y por escrito el lugar donde se
halla la persona detenida.*

C) Derecho de defensa

Inc. 19. Derecho a la identidad étnica y cultural.

Derecho a usar el propio idioma

D) Extradición y cooperación penal internacional

Art. 36º: Reconocimiento del asilo político

Art. 37º: Procedencia de la extradición sólo cuando se concede por el Poder Ejecutivo, previo informe de la Corte Suprema, en cumplimiento de la ley y los tratados, y según el principio de reciprocidad.

Imposibilidad de conceder la extradición cuando se considera que ha sido solicitada con el fin de perseguir o castigar por motivo de religión, nacionalidad, opinión o raza.

Prohibición de la extradición de perseguidos por delitos políticos o conexos con ellos.

E) Enriquecimiento ilícito de funcionarios públicos y duplicación del plazo de prescripción

Art. 41º: Necesidad de la denuncia del Fiscal de la Nación para los casos en que se presume enriquecimiento ilícito de los funcionarios o servidores públicos que estén obligados a hacer declaración jurada de bienes y rentas al tomar posesión de sus cargos, durante su ejercicio y al cesar en los mismos.

Duplicación del plazo de prescripción en los delitos contra el patrimonio del Estado.

F) Derechos fundamentales análogos

Art. 3º: Vigencia de los derechos que la Constitución garantiza; así como de otros de naturaleza análoga o que se funden en la dignidad del hombre, o en los principios de soberanía del pueblo, del Estado democrático de derecho y de la forma republicana de gobierno.

G) Deberes primordiales del Estado de Derecho

Art. 43º: La configuración del Perú como una república social y democrática.

Art. 44º: Garantizar la plena vigencia de los derechos humanos, proteger a la población de las amenazas contra su seguridad; y promover el bienestar general que se fundamenta en la justicia, como deberes primordiales del Estado.

Art. 45º: Necesidad de que el poder sea ejercido con las limitaciones que la Constitución y las leyes establecen.

H) Falta de legitimidad de funcionario

Art. 46º: No se debe obediencia a quien asume funciones públicas en violación de la Constitución y las leyes.

I) La ley penal y su sumisión a la norma constitucional

Art. 51º: Jerarquía normativa.

La Constitución prevalece sobre las normas legales, y éstas sobre las de menor jerarquía.

J) Ley penal y Tratados

Art. 55º: Vigencia y pertenencia al derecho nacional de los tratados suscritos por el Perú que se encuentren en vigor.

CUARTA DISPOSICIÓN FINAL: *Interpretación de las normas constitucionales relativas a los derechos y a las libertades de conformidad con la declaración Universal de los Derechos Humanos y con los tratados y acuerdos internacionales sobre las mismas materias ratificados por el Perú.*

K) Prerrogativas, Antejuiicio y Cuestión Previa

Art. 93º: Inmunidad parlamentaria.

Art. 99º: Privilegio de “antejuicio”, para funcionarios públicos de alta jerarquía.

Art. 100º: Derecho de defensa en el proceso de “antejuicio”

La formulación de la denuncia corresponde al Fiscal de la Nación, siendo competente, para su conocimiento, la Corte Suprema.

Los términos de la denuncia fiscal y el auto de apertura de instrucción no podrán exceder ni reducir los términos de la acusación del Congreso.

Art. 201º: Se concede a los miembros del Tribunal Constitucional el privilegio de la inmunidad jurisdiccional, en los mismos términos en que le otorga a los congresistas.

Art. 161º: Se concede al Defensor del Pueblo el privilegio de la inmunidad jurisdiccional, en los mismos términos en que se le otorga a los congresistas.

L) Facultad del Presidente de la República con efecto penal

Art. 118º: Corresponde al Presidente de la República.

1. Obligación de cumplir y hacer cumplir las sentencias y resoluciones de los órganos jurisdiccionales.

2. Posibilidad de ejercer el derecho de gracia en los casos en que la instrucción haya excedido el doble de su plazo más su ampliatoria.

M) La Ley penal y características

Art. 97º: Interdicción de la expedición de leyes por la diferencia de las personas

Prohibición de la retroactividad de las leyes.

Efectos retroactivos de la ley penal que favorece al procesado.

Art. 139º.-

8. Prohibición de dejar de administrar justicia por vacío o deficiencia de la ley. Recurso a los principios generales del derecho y el derecho consuetudinario.

9. Inaplicabilidad por analogía de las prescripciones jurídico-procesales que restrinjan derechos.

10. Necesidad de proceso previo

11. Aplicación de la ley más favorable, en caso de duda o conflicto de las leyes procesales penales.

N) La función jurisdiccional, principios y características

TESIS UNMSM

Art. 138º: Atribución de la potestad de administrar justicia al Poder Judicial.

Prevalencia de la norma constitucional en caso de incompatibilidad con una legal, y de ésta respecto de las de menor jerarquía.

Art. 139º: Principios y derechos de la función jurisdiccional:

- 1. Unidad y exclusividad.*
- 2. Independencia.*
- 3. Debido proceso, tutela jurisdiccional, juez natural y legalidad procesal.*
- 4. Publicidad del proceso.*
- 5. Necesidad de motivación escrita, fáctica y jurídica de las resoluciones jurisdiccionales.*
- 6. Pluralidad de instancia.*
- 7. Indemnización por errores judiciales o detenciones arbitrarias.*
- 12. Prohibición de la condena en ausencia.*
- 13. Inviolabilidad de la cosa juzgada*
- 14. Derecho de defensa.*
- 15. Derecho a ser informado inmediatamente y por escrito de las causas o razones de su detención.*
- 16. Gratuidad de la administración de justicia y defensa gratuita.*
- 18. Obligación del ejecutivo de prestar colaboración.*
- 19. Prohibición de ejercer la función jurisdiccional sin un nombramiento constitucional y legal.*
- 21. Derecho a ocupar establecimientos adecuados.*

Art. 146º: Garantías de los magistrados judiciales:

- 1. Independencia.*

2. *Inamovilidad.*

3. *Permanencia.*

*Art. 149º: Reconocimiento del ejercicio de función
jurisdiccional por las autoridades de las Comunidades
Campesinas y Nativas.*

O) Casación en materia penal

*Art. 141º: Corresponde a la Corte Suprema conocer del
recurso de casación; así como, en última instancia cuando la
acción se inicia en una Corte Superior o ante ella misma.*

P) Competencia del Ministerio Público

Art. 159º: Corresponde al Ministerio Público:

4. dirección de la investigación

Autoridad funcional sobre la policía

5. Titularidad del ejercicio de la acción penal

Q) Competencia de la justicia militar

*“Art. 173º: Competencia de la jurisdicción penal militar para
conocer de los delitos de función cometidos por los miembros de
las Fuerzas Armadas y la Policía nacional del Perú; así como, en
los delitos de traición a la patria y terrorismo que la ley determine,
aun en caso los responsables de estos ilícitos sean civiles.*

*La casación a que se refiere el artículo 141 sólo es
procedente en los casos en que se imponga pena de muerte.”*

Por último, la Constitución posee un techo ideológico que también deberá de ser tomado en cuenta e irradiará en el complejo de las normas jurídicas establecidas para posibilitar la vida en sociedad²².

2.1. Valor normativo de la Constitución en la regulación legal del proceso penal

Las normas legales que constituyen Derecho penal formal y que, por ende, deben de regular el proceso penal peruano se encuentran contenidas, fundamentalmente, en: el Código de Procedimientos Penales de 1940 (y sus modificatorias), el Código Procesal Penal de 1991 (sus prescripciones vigentes), la Ley Orgánica del Poder Judicial (Texto Único Ordenado), la Ley Orgánica del Ministerio Público, el Código Penal de 1991²³ y algunas leyes especiales (en delitos de tráfico ilícito de drogas, tributarios, aduaneros, terrorismo agravado, etcétera).

Es función del Congreso²⁴ proveer a los agentes encargados de la persecución punitiva estatal de las normas que han de regular la realización de los actos procesales dirigidos a la resolución jurídica del conflicto de carácter criminal. No obstante, en la función legislativa no

²² Cfr. SAGÜÉS, Néstor Pedro. **Elementos de derecho constitucional. Tomo 1**. Buenos Aires – Argentina: ASTREA, 1993, pág. 53 y ss. CABALLERO, G. – ANZOLA, M. **Teoría...** pág. 52.

²³ Se debe recordar que: “el lugar de colocación de un precepto nada dice sobre su naturaleza”. PRIETO - CASTRO, Leonardo y GUTIERREZ DE CABIEDES, Eduardo. **Derecho procesal penal**. Madrid - España: Tecnos, Reimpresión de la segunda edición, 1982, pág. 103

²⁴ Aunque, como es lamentable constatar, en nuestro país la función legislativa en materia penal generalmente ha sido entregada al ejecutivo, vía el mecanismo de la delegación de funciones. Se pueden mencionar, como muestra: El Código Penal de 1991 (D. Leg. N° 635), la Ley Penal Tributaria (D. Leg. N° 813) o la Legislación Penal de Seguridad Nacional.

TESIS UNMSM

se posee completa libertad, sino que debe existir una necesaria e ineludible sujeción al contenido material, valores e ideología de la Constitución.

Es en la Constitución donde se encuentran consagrados normativamente los criterios político-criminales rectores, que van a condicionar la estructuración y funcionamiento de nuestro sistema penal, y que deben ser adoptados por el legislador ordinario como el programa²⁵ que corresponde desarrollar de manera obligatoria, si se desea que el ejercicio del poder punitivo sea legítimo. Se trata del instrumento normativo que -junto a los instrumentos internacionales de Derechos humanos- cristaliza las grandes decisiones tomadas o adquiridas por la nación en materia de política criminal²⁶.

Las prescripciones legales que van a regular el proceso penal deben hallarse subordinadas al diseño que de éste se ha realizado en el ámbito constitucional. El legislador ordinario deberá respetar ineludiblemente el sentido de las normas constitucionales que consagran derechos fundamentales de la persona humana, principios y derechos de la función jurisdiccional, instituciones o atribuciones particulares de relevancia procesal penal; así como los valores e ideología que le es propia.

²⁵ Conforme han manifestado Caballero – Anzola: “La Constitución no se limita ya a señalarle simplemente al poder público los límites de su acción y de sus competencias, sino que además le impone el deber positivo de crear un orden político, social y económico. La Constitución se transforma en un verdadero programa, la actividad del legislador ya no implica una acción política libre, sino que por el contrario debe configurar un desarrollo del programa constitucional”. CABALLERO, G. – ANZOLA, M. **Teoría...** pág. 10.

²⁶ BINDER, Alberto. “Política criminal, Derecho penal y Derecho procesal penal”, en **Justicia penal y sociedad. Nº 02.** Guatemala, 1992, pág. 55.

TESIS UNMSM

En nuestro país rige desde 1993 una nueva Constitución, la misma que, en sus aspectos esenciales, no difiere en mucho de su predecesora; mas, ya desde comienzos de la década del ochenta, el proceso penal se viene desarrollando mediante la aplicación de (algunas) prescripciones legales que son lesivas de la Ley Fundamental.

a. Procesos penales especiales

La necesidad de que el legislador se sujete a las exigencias constitucionales también se debe observar cuando se trata de procesos penales especiales; por más que se aduzca que éstos responden a situaciones particulares, requerimientos de seguridad o eficiencia, siempre se debe respetar las prescripciones constitucionales y, en especial, los principios, garantías y derechos fundamentales que en ella se consagran, configurados como límites al ejercicio arbitrario del poder punitivo estatal²⁷.

En la actualidad el Derecho procesal penal peruano presenta un grupo importante de prescripciones especiales. En principio, si con ello se busca contribuir a la economía procesal, eliminando esfuerzos innecesarios para una adecuada resolución jurídica del conflicto, o potenciar la eficacia del aparato de persecución estatal ante ilícitos penales que requieren formas peculiares de abordaje, no podemos manifestar nuestro rechazo, por el contrario, creemos que se debe pensar seriamente en implementar un número mayor de dichos instrumentos normativos; lo que no se puede aceptar son las

²⁷ En este sentido, FERNANDEZ ENTRALGO, Jesús. “**El compromiso del juez penal con la tutela de los derechos y libertades fundamentales**”, en **Poder Judicial. Número especial X**. Madrid - España: 1988, págs. 80 y s.

TESIS UNMSM

prescripciones que, contraviniendo las normas constitucionales, rebasan el marco fijado para el ejercicio del poder penal del Estado. Esto sucede, por ejemplo, cuando la Ley Penal Tributaria (D. Leg. N° 813 - art. 10°) pone un precio para la libertad del imputado, relacionándolo de manera directa y obligatoria con el monto de lo adeudado; pues de esta manera la regulación legal del mandato de detención en los procesos que tienen su origen en la sospecha de la comisión de delitos de defraudación tributaria resulta lesiva de los principios de inocencia, juicio previo y excepcionalidad de la detención, consagrados a nivel constitucional, que fundamentan su imposición en la necesidad de evitar el peligro procesal²⁸.

Un caso que merece mención aparte, entre los procesos penales especiales, es el que corresponde a los delitos calificados normativamente como de “terrorismo agravado”, contenido en el Decreto Legislativo N° 895. En un inicio se estableció el juzgamiento en el fuero privativo militar, para delitos que siendo graves resultan de naturaleza común. Por otro lado, se configura una forma especial de juzgamiento en el que resultan conculcados varios de los principios inherentes al debido proceso y al derecho a la tutela jurisdiccional efectiva; por ejemplo, se establece la posibilidad de disponer la incomunicación de los detenidos hasta por un tiempo máximo de diez días²⁹ (art. 6°. c del D. Legislativo), así mismo se señala la

²⁸ En sentido similar, pronunciándose por la inconstitucionalidad del art. 17 de la Ley 23.771 (“Ley penal tributaria”, en Argentina). PASTOR, Daniel R. “**Disertación sobre la libertad bajo caución en el proceso penal por delito fiscal**”, en BINDER - MAIER (comps). **El Derecho penal hoy. Homenaje a David Baigún**. Buenos Aires - Argentina: Editores del Puerto, 1995, págs. 423 y s.

²⁹ Tocora se ha referido a la incomunicación como un “**túnel corto pero suficientemente oscuro**”, señalando como una gran deficiencia en el ejercicio del derecho de defensa reside en la oportunidad en que puede empezar a actuar el apoderado. Si se tiene en cuenta las amplias

improcedencia de la recusación contra los magistrados intervinientes, ni contra los auxiliares de justicia³⁰ (art. 7° i del D. Legislativo).

b. Reforma del proceso penal

Así como las normas legales que han de ser expedidas por el legislativo (“leyes futuras”) deben adecuarse al diseño que del proceso penal ha realizado el constituyente, la vigencia de una nueva Ley Fundamental amerita la revisión de la legislación previa, para eliminar expresamente las prescripciones que se opongan al nuevo texto, y reemplazarlas por normas que sean más coherentes con sus exigencias.

2.2. En el proceso penal

La resolución jurídica del conflicto social de carácter criminal requiere el desarrollo de un conjunto de actividades orientadas a lograr convicción sobre la efectiva realización de un ilícito penal, la identidad de su autor y, en el supuesto que se lograra resultados positivos, la sanción que se debe imponer en el caso concreto. En todas estas actividades los agentes del sistema penal no se pueden comportar como mejor les parezca, por el contrario, sus conductas deben respetar y ser fruto de

facultades otorgadas a la policía tendremos un túnel, espacio oscuro y siniestro donde la humanidad y la dignidad resultan muchas veces lesionadas. La incomunicación se sumará a conformar esta región inexpugnable en la que el Estado corta todos los hilos del ciudadano con su medio, dejándolo a merced de gendarmes y carceleros. Es un túnel corto pero suficientemente oscuro para ejercer la coacción y la tortura, para arrancar la confesión o propinar un castigo por la desviación, real o supuesta. Incluso, aunque no se ejerza violencia ni coacción, las tinieblas de la incomunicación y el aire enrarecido de los calabozos policiales ablandarán el espíritu del reo. TOCORA, Fernando. **Política criminal en América Latina**. Bogotá – Colombia: Ediciones librería del profesional, 1990, págs. 94 y s.

los principios y normas jurídicas destinadas a regular las funciones persecutoria y jurisdiccional.

La Constitución no sólo resulta de obligatoria observancia en el proceso legiferante; sino que, también, en el proceso de realización de la pretensión punitiva estatal. En este sentido, su naturaleza vinculante presenta un doble aspecto:

a. Valor directamente normativo de la Constitución

Se ha señalado como uno de los problemas clave de los ordenamientos en los que la Constitución tiene verdadero carácter de norma jurídica el de si resulta o no aplicable por los órganos llamados a aplicar el ordenamiento, fundamentalmente por los jueces (eficacia directa o valor directamente normativo) o si, por el contrario, constituye un mandato dirigido al legislador y que sólo afectará la actividad de los demás órganos del Estado en la medida en que se haya incorporado a las leyes (eficacia indirecta)³¹.

Durante mucho tiempo, gran parte de las normas de las constituciones carecieron de fuerza vinculante. En caso se revise los primeros documentos constitucionales se podrá advertir que sólo se pretendía orientar a los poderes públicos, más que crear normas cuyo cumplimiento fuera efectivamente exigible. Es fundamentalmente la

³⁰ Se debe recordar que la recusación es un mecanismo previsto para garantizar el apartamiento del proceso de los jueces en los que no exista la garantía de imparcialidad en el ejercicio de la función jurisdiccional. Cfr. BINDER, A. **Introducción...** págs. 299 y s.

³¹ DE OTTO PARDO, Ignacio. “**Derecho Constitucional. La Constitución como fuente del Derecho**”, en ACADEMIA DE LA MAGISTRATURA (comp.) **Programa de Formación de Aspirantes. Módulo 2: Derecho Constitucional**. Lima - Perú: s. año, pág. 8

TESIS UNMSM

tendencia al desarrollo y perfeccionamiento de la protección de los derechos individuales la que ha conducido a que, en muchos supuesto, se dote de eficacia directa e inmediata a su reconocimiento en normas de índole constitucional³².

Ha señalado De Otto que la eficacia directa significa –al menos en su fórmula pura- que los jueces, y en general todos los llamados a aplicar el Derecho, habrán de tomar la norma constitucional como premisa de su decisión, igual que cualquier otra norma, con las siguientes consecuencias: 1. dado que la Constitución es norma superior habrá, de examinar con ella todas las leyes cualesquiera normas para comprobar si son conformes con la norma constitucional; 2. habrán de aplicar la norma constitucional para extraer de ella la solución del litigio o, en general, para configurar de un modo u otro una situación jurídica; 3. habrán de interpretar todo el ordenamiento conforme a la Constitución. En otras palabras, si la Constitución tiene eficacia directa no será norma sobre normas, sino norma aplicable, no será sólo fuente sobre la producción, sino también fuente del derecho sin más³³.

En este contexto, las prescripciones constitucionales que consagran derechos, principios o garantías con naturaleza procesal penal (expresa o tácita) no pueden ser tomadas como meras cláusulas programáticas, sino que poseen “eficacia directa”, constituyen Derecho procesal penal;

³² LOPEZ GUERRA, L. **Introducción...** págs. 22 y s.

³³ DE OTTO PARDO, I. **“Derecho...”** págs. 8 y s.

y en tal virtud, deben ser aplicadas en la práctica judicial, incluso, así las normas de carácter ordinario nada digan al respecto³⁴.

Es en este último sentido que, por ejemplo, no se puede negar que, a pesar de no existir en la legislación procesal penal ordinaria una norma que haga referencia explícita a la prohibición de valorar la prueba ilegítimamente obtenida, en los casos que los elementos probatorios estén constituidos por declaraciones que se hayan conseguido con el uso de violencia (moral, psíquica o física), dicha prohibición va a venir impuesta por la aplicación del art. 2 inc. 24. h. de nuestra Constitución.

b. Interpretación conforme a la Constitución

En la aplicación de las normas procesales penales es imprescindible una labor hermenéutica³⁵. Entre los posibles métodos o criterios que se pueden utilizar para extraer el significado de la norma procesal penal para su aplicación al caso concreto, uno debe poseer un lugar de preferencia: el de interpretación conforme a la Constitución, es decir, la exigencia de que el contenido que se le atribuye a la norma legal no debe contravenir el espíritu de la norma fundamental, ni el sentido de sus prescripciones específicas; por el contrario, ésta debe servir de condicionamiento y guía teleológica-valorativa de la labor hermenéutica.

³⁴ En este sentido, VIVES ANTON, Tomás. “**Ne bis in idem procesal**”, en **Cuadernos de Derecho Judicial. Los principios del proceso penal y la presunción constitucional de inocencia**. Madrid - España: 1992, pág. 13. PICO I JUNOY, Joan. **Las garantías constitucionales del proceso**. Barcelona - España: Jesús María Bosch, 1997, págs. 24 y s.

³⁵ Conforme nos lo recuerda García Rivas: “Hoy día se mantiene que contrariamente a lo sugerido por el apotegma *“in claris non fit interpretatio”*, todas las normas necesitan una interpretación”. GARCIA RIVAS, Nicolás. **Legalidad penal e interpretación judicial: garantías**

TESIS UNMSM

Como consecuencia de estas premisas, entre varias interpretaciones posibles, según los demás criterios, siempre debe tener preferencia la que mejor concuerde con la Carta Magna. Sin embargo, es necesario advertir que, si la interpretación conforme a la Constitución quiere seguir siendo una interpretación, no debe traspasar los límites que resultan del posible sentido literal y de la conexión de significado de la ley. No obstante, si el legislador había intentado un efecto más amplio de lo que es permitido según la Constitución, la ley puede ser interpretada restrictivamente “conforme a la Constitución”³⁶.

En el caso que ninguna de las posibles interpretaciones pueda adecuarse a los condicionamientos y exigencias de la Ley Fundamental la norma resultará inaplicable, por inconstitucional.

En este contexto, es necesario advertir que, a pesar que los significados que se le haya otorgado a las normas procesales penales por la jurisprudencia o la doctrina resultaran coherentes con la Constitución que se encontraba vigente en el momento en que se realizó la labor hermenéutica, con el vigor de una nueva Carta Magna será imprescindible la revisión de la interpretación que se haya dado a la normatividad preexistente y su adecuación al nuevo marco (una “lectura constitucional de sus preceptos”³⁷).

Es en este último sentido que la doctrina española ha señalado que la Constitución de 1978 ha influido en forma radical y total en la

constitucionales. Ponencia en la Ira Jornada Iberoamericana de Derecho. Universidad Privada Antenor Orrego, 1996, pág. 7.

³⁶ LARENZ, K. **Metodología...** pág. 338.

³⁷ RAMOS MENDEZ, F. **El proceso...** pág. 5.

TESIS UNMSM

concepción que se debe tener de la Ley de Enjuiciamiento criminal, que “la interpretación de las normas de la Ley de Enjuiciamiento criminal ha adquirido un sentido completamente distinto; ya que no se trata sólo de estudiar y explicar la forma procesal sino de hacerlo desde el punto de vista constitucional”, lo que “explica que la Ley... haya sufrido su modificación más importante sin que el legislador la haya prácticamente modificado”³⁸.

III. El control de la constitucionalidad de las normas legales

Se ha señalado que de poco vale el principio de supremacía constitucional si no se planifica un aparato de control de esa supremacía³⁹. Es necesario establecer mecanismos jurídicos idóneos que permitan controlar la sujeción de las leyes a lo constitucionalmente previsto, que permitan garantizar la constitucionalidad de las leyes y, por ende, la efectiva vigencia de las normas constitucionales en el ordenamiento jurídico⁴⁰.

Como ya se ha dejado evidenciado la Constitución dispone que una norma vale jurídicamente cuando ha sido dictada por un órgano competente en la forma prescrita y no viola el contenido del derecho

³⁸ GIMENO SENDRA, Vicente et al. “Presentación”, en **Derecho procesal. Tomo II. Proceso penal**. Valencia - España: Tirant lo blanch, Reimpresión de la tercera edición, 1990. En sentido similar, RAMOS MENDEZ, F. **El proceso...** pág. 5.

³⁹ SAGÜÉS, N. **Elementos...** pág. 145. En sentido similar, LOPEZ GUERRA, L. **Introducción...** pág. 193.

⁴⁰ Es en este sentido que tenemos que advertir que el hecho que las normas procesales penales deban ser concebidas, aprobadas, promulgadas y aplicadas adecuándose cuidadosamente a las prescripciones constitucionales no representa sólo una exigencia de “coherencia sistémica de las normas jurídicas”, como pareciera creer MIXAN MASS, Florencio. **Derecho procesal penal. Tomo 1**. Trujillo – Perú: MARSOL, Segunda edición, 1990, pág. 8.

de orden superior⁴¹; que las leyes no sólo habrán de ser elaboradas según el procedimiento que en ella se prescribe, sino además, que no podrán contener ninguna disposición que menoscabe la igualdad, la libertad, etc⁴². Entonces, se tendrá que garantizar que las normas legales que se pongan en vigencia o pretendan ser aplicadas en cada caso concreto respeten estas exigencias constitucionales de forma y fondo.

Conforme señaló Kelsen⁴³ en su oportunidad: “una Constitución en la que los actos inconstitucionales y en particular las leyes inconstitucionales se mantienen válidos –no pudiéndose anular su constitucionalidad- equivale más o menos, del punto de vista estrictamente jurídico, a un deseo sin fuerza obligatoria”.

Ha precisado Sagüés⁴⁴ que un sistema completo de control de constitucionalidad requiere varios ingredientes:

a. Una Constitución rígida. Puesto que si ella es totalmente flexible, y puede ser reformada por leyes ordinarias, no hay protección de la Constitución ante la ley inconstitucional. Toda ley es aquí constitucional.

⁴¹ ALEXY, R. “La validez del derecho”, en *El concepto...* pág. 95.

⁴² KELSEN, Hans. “La garantía jurisdiccional de la Constitución”, en *Ius et Veritas N° 09*. Lima – Perú: 1994, pág. 21.

⁴³ KELSEN, H. “La garantía...” pág. 40

⁴⁴ SAGÜÉS, N. *Elementos...* págs. 144 y s.

TESIS UNMSM

b. Un órgano de control independiente del órgano controlado. Pues difícilmente un autocontrol (por ejemplo, del Congreso respecto de las leyes que el mismo dicta) será en definitivo útil.

c. Facultades decisorias del órgano de control. La razón está en que si sus pronunciamientos sólo concluyen en recomendaciones o consejos, carece de vigor y efectividad.

d. Derecho de los perjudicados a reclamar e impulsar el control. Ello es así, por cuanto de poco serviría un sistema de revisión de constitucionalidad si el agraviado no pudiera exigir el pronunciamiento del órgano de control.

e. Sometimiento de todo el mundo jurídico al control. Si ciertas áreas del quehacer estatal o de los particulares están exentas del examen de constitucionalidad, esto quiere decir que la supremacía constitucional no impera realmente sobre en ellas

En nuestro país existen dos diferentes formas de control de la constitucionalidad de las normas jurídicas legales, cada uno con sus respectivas peculiaridades.

3.1. El control difuso de la constitucionalidad

El art. 138, segundo párrafo de la Constitución prescribe: “En todo proceso, de existir incompatibilidad entre una norma constitucional y una norma legal, los jueces prefieren la primera”.

TESIS UNMSM

Esta clase de control se le encuentra entregada esencialmente a los funcionarios jurisdiccionales. Se le denomina control difuso de la constitucionalidad en razón de que se quiere significar que el control no se concentra en un solo órgano jurisdiccional, sino que por el contrario corresponde a todas las autoridades judiciales del país, que tienen el poder implícito de desaplicar o inaplicar las leyes que consideren inconstitucionales en los casos concretos, puestos bajo su conocimiento y decisión⁴⁵.

La eficacia del control difuso de la constitucionalidad se encuentra circunscripta a las partes que han intervenido en el conflicto jurídico resulto por el funcionario jurisdiccional, sólo para ese caso concreto, no producen efectos *erga omnes*, sino únicamente *inter partes*⁴⁶.

3.2. El control concentrado de la constitucionalidad

En el art. 200, inc. 4 de la Constitución se ha previsto: “Son garantías constitucionales: La Acción de Inconstitucionalidad, que procede contra las normas que tienen rango de ley: leyes, decretos legislativos,... tratados... que contravengan la Constitución en la forma o en el fondo”.

En el art. 201 del texto fundamental encontramos: “El Tribunal Constitucional es el órgano de control de la Constitución”.

⁴⁵ CABALLERO, G. – ANZOLA, M. **Teoría...** pág. 367.

⁴⁶ Cfr. PELAYO SAMANAMUD, Rubén. “Control constitucional de las leyes”, en **Revista de Derecho y Ciencia Política Vols. 54 (N° 2) y 55 (N°1)**. Lima – Perú: Facultad de Derecho de la

TESIS UNMSM

El control concentrado de la constitucionalidad de las normas con rango de ley se le encuentra entregado al Tribunal Constitucional. Se le denomina concentrado en razón de que el control de la constitucionalidad se centraliza en un solo órgano, quien al efecto tiene el monopolio exclusivo de la declaratoria de inconstitucionalidad sobre los actos normativos objeto de proceso⁴⁷.

En nuestro país la exclusividad del control de constitucionalidad radica en que el Tribunal Constitucional es el único que puede declarar la nulidad de una ley, con efectos *erga omnes*. Como ya referimos, la potestad de ejercicio del control difuso del Poder judicial sólo le posibilita un control respecto de cada caso concreto, no tienen ninguna relevancia más allá de los sujetos presentes en el proceso. En cambio, cuando el Tribunal Constitucional realiza el control de la constitucionalidad de las normas legales y declara la inconstitucionalidad de alguna de ellas, consecuentemente, declara también su invalidez⁴⁸ como norma jurídica, siendo expulsada del ordenamiento.

Es necesario dejar debidamente precisado que la evaluación de la constitucionalidad de la norma y su declaratoria puede dirigirse, incluso, sólo a una parte de la norma legal cuestionada, no existe necesidad de

Universidad Nacional Mayor de San Marcos, 1997 – 1998, pág. 250. LOPEZ GUERRA, L. **Introducción...** pág. 200. CABALLERO, G. – ANZOLA, M. **Teoría...** pág. 364.

⁴⁷ CABALLERO, G. – ANZOLA, M. **Teoría...** pág. 368.

⁴⁸ Conforme señalaba Kelsen, “si se quiere que la Constitución sea efectivamente garantizada, es necesario, que el acto sometido al control del tribunal constitucional sea directamente anulado en su sentencia, en caso de que lo considere irregular. Esta sentencia debe tener aun cuando se refiera a normas generales –este es precisamente el caso principal-, fuerza anulatoria”. KELSEN, H. “**La garantía...**” pág. 37.

TESIS UNMSM

que se cuestione o se declare la nulidad de todo el texto legal⁴⁹. Esto ocurre en tanto la parte no anulada se mantenga aplicable o no haya visto modificado su sentido de forma inesperada⁵⁰.

Ahora bien, conforme ha declarado el Tribunal Constitucional Federal alemán, una disposición sólo es anticonstitucional y, por tanto, inválida, cuando no puede ser interpretada “conforme a la Constitución”⁵¹.

Finalmente, conforme se ha prescrito en el segundo párrafo del art. 204 de la Constitución: “No tiene efecto retroactivo la sentencia del Tribunal que declara inconstitucional, en todo o en parte, una norma legal”⁵², sólo efectos a futuro.

⁴⁹ Cnf. PELAYO SAMANAMUD, R. “**Control...**” pág. 249. CABALLERO, G. – ANZOLA, M. **Teoría...** pág. 380. KELSEN, H. “**La garantía...**” pág. 38.

⁵⁰ KELSEN, H. “**La garantía...**” pág. 38.

⁵¹ LARENZ, K. **Metodología...** pág. 138.

⁵² Según Kelsen, se trataría de una consecuencia del idel de la seguridad jurídica. Cfr. KELSEN, H. “**La garantía...**” pág. 27.