

# El Derecho constitucional penal a partir de la jurisprudencia del Tribunal Constitucional peruano

~Prof. Dr. José F. Palomino Manchego\*~

Profesor ordinario de Derecho Constitucional y Derecho Penal. Universidad Nacional Mayor de San Marcos y Universidad Inca Garcilaso de la Vega, Lima, Perú. Socio FICP

**Resumen.-** El Derecho Constitucional Penal se estructura en tres ejes y/o unidades temáticas bien definidas, sin obviar los precedentes históricos y la situación actual: *a)* La constitucionalización del Derecho Penal en el Estado Social y Democrático de Derecho; *b)* La incidencia de los derechos fundamentales en el Derecho Penal: las limitaciones al *ius puniendi* estatal; y *c)* La incidencia de los derechos fundamentales en el Derecho Procesal Penal, en especial, en lo referente a la tutela procesal efectiva y al debido proceso.

## I. LA FUERZA NORMATIVA DE LA CONSTITUCIÓN COMO PRESUPUESTO INICIAL DEL DERECHO CONSTITUCIONAL

Para abordar el tema del Derecho Constitucional Penal, al igual que otras áreas afines, es preciso partir de una premisa fundamental, que sin lugar a dudas tiene el *reconocimiento del valor normativo que posee una Constitución*, o lo que es lo mismo, el papel que esta última cumple en cuanto norma jurídica<sup>1</sup>. Tesis que en su día ha puesto en evidencia la jurisprudencia del Tribunal Constitucional peruano. En efecto, no tendría ningún sentido que se postule una tarea interpretativa de parte de los operadores del Derecho (Poder Judicial y Tribunal Constitucional) si previamente no se define el valor y los caracteres que se aparejan respecto de aquel instrumento, que precisamente se desea interpretar. Cabe recordar que la Constitución es o representa la norma jurídica fundamental, la primera de las expresiones normativas que tiene un país: *Lex legum*.

A fin de cuentas, esta norma suele estar tamizada de solemnidad y convencionalismo, pero es oportuno precisar, porque así lo impone el Derecho

---

(\*) Magister con mención en Ciencias Penales y Doctor en Derecho y Ciencia Política por la Universidad Nacional Mayor de San Marcos. Decano (*e*) y Director Académico de la Facultad de Derecho y Ciencia Política de la Universidad Nacional Mayor de San Marcos. Profesor Principal de Derecho Constitucional, Derecho Procesal Constitucional, Derecho Constitucional Penal, Ciencia Política y Filosofía del Derecho en las universidades Nacional Mayor de San Marcos, de Lima, Inca Garcilaso de la Vega, San Martín de Porres y de la Academia de la Magistratura. Secretario Ejecutivo del Instituto Iberoamericano de Derecho Constitucional (Sección Peruana). Miembro Asociado de la Académie Internationale de Droit Comparé. Miembro de la Asociación Argentina de Derecho Constitucional. Investigador visitante del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la Universidad Nacional Autónoma de México.

<sup>1</sup> Para un planteamiento general, *vid.* Eduardo García de Enterría: *La Constitución como norma y el Tribunal Constitucional*, 3ª. edición, Editorial Civitas, Madrid, 1985; y Germán J. Bidart Campos: *El derecho de la Constitución y su fuerza normativa*, Ediar, Buenos Aires, 1995, *in toto*. Ambos autores se han ocupado profesionalmente del tema.

Constitucional, las razones del por qué se invoca tan especial como significativa característica. Como se sabe, la Constitución es ante todo una norma, porque su contenido vincula o pretende vincular jurídicamente tanto a los detentados del poder estatal como a los destinatarios del mismo. Tiene por tanto, una *orientación eminentemente bilateral*, como por lo demás lo suelen proclamar todos o la mayor parte de manuales de Derecho Constitucional<sup>2</sup>. La razón de ese valor normativo tiene, sin embargo, variantes que están más allá de la simple articulación formal del ordenamiento jurídico<sup>3</sup>, pues la supremacía que con ordinaria frecuencia se predica de la Constitución sólo se justifica si se repara tanto en su origen y contenido, como en el papel o rol que le corresponde cumplir en el mundo del Derecho.

Por el primero de estos factores, es decir, por el relativo a su *origen*, una Constitución *es distinta* de cualquier otra, en la medida en que aquella es producto o resultado no de la voluntad de los poderes constituidos u ordinarios, sino de la voluntad del poder constituyente creador por excelencia y único, extraordinario e ilimitado por naturaleza. En la medida en que la Constitución es resultado de la intención popular, depositada en el poder soberano que la representa, su significado es mucho más relevante que el de cualquier otra expresión jurídica. Y sin equívoco alguno, ninguna otra norma por consiguiente, puede equipararsele. Pues, toda expresión del Derecho que no tenga su nacimiento en la voluntad constituyente carece de los mismos supuestos de legitimidad que acompañan a una Constitución.

Por el segundo de los factores enunciados, es distinta una Constitución, porque su *contenido*, a diferencia del correspondiente a cualquier otro tipo de norma, pretende la regulación del poder en cuanto elemento fundamental del Estado. Bajo dicho supuesto, tal ordenación, se suele traducir en tres aspectos: *a)* organización, *b)* limitación y *c)* justificación. Mientras que la idea de *organización* se refiere a la configuración funcional de los órganos entre los cuales se distribuye el Estado, y la de *limitación* al reconocimiento de derechos fundamentales como esferas de libertad reconocidas sobre

---

<sup>2</sup> La idea de bilateralidad de la norma constitucional ha sido desde siempre o por lo menos desde la aparición de nuestra materia, premisa básica a considerar en cualquier análisis constitucional. La doctrina suele considerar dos partes o sectores clásicos en toda Constitución, una parte dogmática y una parte orgánica. La bilateralidad no es una mera configuración dogmática, sino una auténtica expresión del sentido de toda norma constitucional.

<sup>3</sup> Bien ilustrativa a este respecto es la opinión de Hans Kelsen: *Teoría pura del Derecho*, 5ª. edición, traducción de la 2ª. edición en alemán por Roberto J. Vernengo, UNAM, México, D.F., 1986, págs. 205 y sgts.

los individuos y respecto de las cuales el poder no puede penetrar o cometer excesos; la de *justificación*, por su parte, se vincula a los objetivos que el poder se traza como obligaciones o programas a cumplir. Cualquier norma fundamental estructura pues su contenido bajo esa configuración tripartita y es difícil, por lo menos hoy en día, prescindir de cualquiera de los elementos de la misma<sup>4</sup>.

Pero aún más: el último factor que permite justificar la razón de supremacía que acompaña a una norma fundamental y la consecuencia de su carácter normativo, es el del *papel* o *rol* que le corresponde cumplir. A ese nivel, la Constitución se identifica como la primera de las fuentes del Derecho, y fuente no sólo en términos formales sino también materiales<sup>5</sup>.

Se dice que es *fuerza formal* en la medida en que establece el *modus operandi* en la creación del Derecho o el modo como nacen o se generan las diversas expresiones normativas. Quiere decir, en términos generales, quiénes son los órganos legitimados para crear Derecho (Congreso, Poder Ejecutivo, Poder Judicial, etc.), la estructura que poseen (unicameral para el caso del Congreso, bilateral para el caso del órgano Ejecutivo, plural para el caso del órgano Judicial y sus instancias, etc.), la competencia que se les reconoce (leyes para el órgano Legislativo, decretos para el órgano Ejecutivo, jurisprudencia para el órgano Judicial, etc.) y, el procedimiento específico en la elaboración del derecho (votaciones por mayorías simples, absolutas o calificadas en el caso del Congreso, decisiones o acuerdos en el caso del Ejecutivo, debido proceso formal en el caso de la Judicatura, etc.)

Empero, se dice que es también *fuerza material*, en la medida en que la Constitución, no obstante habilitar la creación del Derecho en todas las direcciones, representa a su vez el parámetro de validez jurídica del resto de normas integrantes del ordenamiento, de modo tal que ninguna otra expresión normativa, ninguna otra manifestación jurídica, podrá sustraerse del contexto marcado por la norma fundamental y, por el contrario sólo será válida una norma o cualquier otra expresión del Derecho en

---

<sup>4</sup> El contenido de la Constitución enfocado desde la perspectiva de las tres variantes aquí señaladas, lo encontramos explicitado en Eduardo García de Enterría: *La Constitución como norma y el Tribunal Constitucional*, citado, pág. 49; y en Germán J. Bidart Campos: *El derecho de la Constitución y su fuerza normativa*, citado, págs. 96-103, 139 y sgts.

<sup>5</sup> Por su valor docente, *cfr.* Eduardo García de Enterría: *La Constitución como norma jurídica y el Tribunal Constitucional*, citado, págs. 49-50; Dieter Grimm: "La Constitución como fuente del Derecho", en A. Baratta, D. Grimm, F. Rubio Llorente: *Las fuentes del Derecho*, Anuario de la Facultad de Derecho de Lleida, Barcelona, 1983, págs. 13 y sgts.; Javier Pérez Royo: *Las fuentes del Derecho*, Editorial Tecnos, S.A., Madrid, 1985, págs. 27 y sgts.; Ignacio de Otto Pardo: *Derecho Constitucional. Sistema de fuentes*, 2ª. reimpresión, Editorial Ariel, S.A., Barcelona, 1991, págs. 82 y sgts.

la medida en que no se salga de los cauces marcados por la Constitución.

Como lo ha subrayado Carlos Sánchez Viamonte: “... el círculo máximo trazado por el poder constituyente con el nombre de Constitución, traza la órbita de la juridicidad, cuyo ordenamiento debe abstenerse dentro de dicha órbita y condicionada por ella. La sola existencia de una Constitución basta para afirmar que el Estado de Derecho creado por ella, excluye todo el Derecho que no nazca de ella explícita o implícitamente, porque ninguna manifestación de voluntad colectiva o personal, de autoridad o de libertad es apta para crear Derecho que, de una o de otra manera, no tenga su origen en la voluntad constituyente expresada a través de la Constitución”<sup>6</sup>.

Son en consecuencia, estas razones de *origen, contenido y función*, y no argumentaciones meramente formalistas, las que han permitido edificar la teoría de la supremacía constitucional, y por consiguiente, la correlativa necesidad de predicar su carácter indiscutiblemente normativo al interior del mundo jurídico<sup>7</sup>.

Ahora bien, la primera y elemental manifestación del carácter normativo de la Constitución vienen representada sin lugar a dudas, por el hecho de su *aplicabilidad*. En la medida en que una Constitución se aplica, puede predicarse de ella su valor normativo como premisa fundamental<sup>8</sup>. Tal es pues la regla general con la que se suele operar en la normativa constitucional y a la que, por supuesto, los operadores del Derecho le deben escrupulosa observación<sup>9</sup>.

Sin embargo, esto que a primera vista resulta incontrovertible, requiere ciertas precisiones adicionales, pues aunque nadie niega tal postulado, debe reconocerse que la consabida normatividad de la Constitución no supone tampoco que la aplicabilidad que le acompaña como consecuencia elemental opere o se manifieste de modo inmediato en todos los casos y en todas las circunstancias. Dicho de otro modo, el que se predique la

---

<sup>6</sup> Cfr. Carlos Sánchez Viamonte: *El constitucionalismo y sus problemas*, Ediar, Buenos Aires, 1957, pág. 54. Del mismo autor: *El poder constituyente. Origen y formación del constitucionalismo universal y especialmente argentino*, Editorial Bibliográfica Argentina, Buenos Aires, 1957, in toto.

<sup>7</sup> Por cierto, buena parte de estas razones fueron esbozadas por el histórico juez John Marshall (1755-1835) desde el momento mismo en que se sentaron las bases del principio de supremacía constitucional durante la secuela del célebre *leading case Marbury vs. Madison* (1803). *Vid.* el texto completo en *Revista Mexicana de Derecho Público*, vol. I, n° 3, México, D.F., 1943, págs. 317 y sgts.

<sup>8</sup> Para tal fin, me remito a Eduardo García de Enterría: *La Constitución como norma y el Tribunal Constitucional*, citado, págs. 63 y sgts.; Germán J. Bidart Campos: *El derecho de la Constitución y su fuerza normativa*, citado, págs. 19 y sgts.; Ignacio de Otto Pardo: *Derecho Constitucional. Sistema de fuentes*, citado, págs. 76 y sgts., y Javier Pérez Royo: *Curso de Derecho Constitucional*, 7ª. edición, Marcial Pons, Ediciones Jurídicas y Sociales, S.A., Madrid, 2000, págs. 45 y sgts.

<sup>9</sup> En esa línea explicativa, *vid.* Germán J. Bidart Campos: *El derecho de la Constitución y su fuerza normativa*, citado, págs. 88-89.

aplicación de una norma fundamental, no sugiere que tal condición funcione inmediatamente y de manera uniforme en todas las hipótesis.

Con alguna razón se ha postulado desde hace buen tiempo que *a toda Constitución le acompañan peculiaridades especiales*<sup>10</sup>. Mientras que unas se manifiestan hacia afuera, es decir, frente a otras normas jurídicas y en ese sentido se habla de peculiaridades “de” la norma constitucional, otras, por el contrario, se manifiestan al interior de los mismos dispositivos que la integran, hablándose en tal sentido de peculiaridades “en” las normas constitucionales.

Pues bien, cuando hablamos de estas últimas, nos estamos refiriendo al problema arriba descrito. Todas las normas constitucionales se aplican, pero no todas ellas de la misma forma. Así las cosas, un dispositivo que por ejemplo tiene que ver con el reconocimiento de una libertad individual no es aplicado de manera semejante a uno que, en cambio, tenga que ver con el principio de pluralismo económico. Si bien el carácter normativo de ambos no puede ser colocado en tela de juicio, sus alcances operacionales difieren notoria o sustancialmente. Justo porque *no todas las normas constitucionales son semejantes*, la doctrina postula la existencia de dos géneros principales al interior de la Constitución: *a) normas operativas y b) normas programáticas*<sup>11</sup>.

Mientras que para las primeras, el nivel de aplicación es directo o inmediato, en las segundas varía el mismo en función de determinados supuestos, siendo por tanto semidirecto o mediato. Las normas *operativas* suelen asociarse a los derechos de tipo individual y político y a la mayor parte de los dispositivos concernientes con el funcionamiento orgánico del Estado, mientras que las normas *programáticas* suelen referirse a los derechos sociales, económicos y culturales, así como al conjunto de obligaciones cuya responsabilidad queda sujeta al cumplimiento del Estado y sus órganos de poder político.

En esa medida, y si para las primeras no existe dificultad de aplicación, pues su cumplimiento sólo depende de la voluntad de los titulares de dichas normas sin que

---

<sup>10</sup> Cfr. Alejandro Nieto: “Peculiaridades jurídicas de la norma constitucional”, en Revista de Administración Pública, N° 100-102, enero-diciembre, Madrid, 1983, págs. 371 y sgts.

<sup>11</sup> Un planteamiento general lo encontramos en Rolando E. Pina: *Cláusulas constitucionales operativas y programáticas*, Editorial Astrea, Buenos Aires, 1973, págs. 13 y sgts. Néstor Pedro Sagüés: *Elementos de Derecho Constitucional*, t. I, Ediar, Buenos Aires, 1997, págs. 92 y sgts.; y Germán J. Bidart Campos: *El derecho de la Constitución y su fuerza normativa*, citado, págs. 222 y sgts.

pueda anteponerse ningún tipo de requisito previo, con las segundas el grado de aplicación se encuentra condicionado desde que para su puesta en ejecución se hace necesario, preliminarmente, la creación de ciertas condiciones, las que por otra parte, o pueden ser técnicas (legislativas por ejemplo, cuando se trata de desarrollar un precepto, o administrativas cuando se trata de reglamentar o ejecutar un mandato, etc.) o pueden ser, eminentemente políticas o discrecionales (cuando de lo que se trata es de crear contextos materiales o socioeconómicos que habiliten la operatividad de una norma considerada programática).

Como quiera que con las normas operativas no existe mayor problema normativo, pues por principio se aplican íntegramente o en su totalidad, y como se dijo de modo directo, conviene precisar que con las normas programáticas, los niveles de aplicación, pueden operar hasta en cuatro variantes:

a) En la medida en que una norma programática se encuentra contenida en la Constitución y goza por ende de la supremacía innata que a ésta le acompaña, puede anteponerse, y en ese sentido aplicarse, sobre normas de inferior jerarquía que la desconozcan o vulneren<sup>12</sup>.

b) En la medida en que una norma programática puede ser ejercitada por específicos titulares en específicos casos (lo que acontece por ejemplo respecto del derecho al trabajo, y el goce que del mismo atributo pueden tener algunas personas en particular) frente a la hipótesis de su transgresión –mediante actos u omisiones– cabe la tutela y por tanto, la aplicación de la misma<sup>13</sup>.

c) En la medida en que la norma programática forma parte del contenido material de la Constitución, su contenido sirve como parámetro interpretativo de toda decisión jurisdiccional, y en ese sentido también es aplicable<sup>14</sup>.

d) En la medida en que no todas las normas programáticas son iguales, prescindiendo de aquellas de naturaleza eminentemente política o discrecional, las que sólo requieren de condiciones técnicas, sí pueden resultar exigibles y en tal sentido aplicable, ante los órganos que conocen de la jurisdicción constitucional.

---

<sup>12</sup> Al respecto, *vid.* Eduardo García de Enterría: *La Constitución como norma y el Tribunal Constitucional*, citado, págs. 68-71; e Ignacio de Otto Pardo: *Derecho Constitucional*, citado, págs. 77 y sgts.

<sup>13</sup> Cfr. Rolando E. Pina: Cláusulas constitucionales operativas y programáticas, citado, págs. 63 y sgts.

<sup>14</sup> Cfr. Eduardo García de Enterría: *La Constitución como norma y el Tribunal Constitucional*, citado, págs. 68-71; Ignacio de Otto Pardo: *Derecho Constitucional*, citado, págs. 77 y sgts.

A los efectos de nuestro estudio, el valor normativo de la Constitución se da por el reconocimiento que es una norma jurídica fundamental, proveniente de la intención popular, a través del poder constituyente. Y su *eficacia*, diría Paolo Barile, a través de: *a)* el efecto de prohibir; *b)* la función de servir de guía; y *c)* la vinculación al legislador y a todos los órganos de producción de normas<sup>15</sup>.

Es una de las primeras expresiones jurídicas normativas que busca vincular al Estado con los ciudadanos, para regular el poder del mismo. Muy en línea con lo anterior, la Constitución (*norma normarum*) es considerada como la primera fuente de Derecho, cuyas normas son aplicables, pero no todas de la misma forma.

## II. ALGUNOS TEMAS POR TRATAR

I. Justificación del tema. La Constitución como norma jurídica (*norma normarum*) y su irradiación en el ordenamiento jurídico.— II. Derecho Penal, Política Criminal y Constitución.— III. Los principios jurídicos como núcleos configuradores para el conocimiento y aplicación del Derecho Penal.— IV. Rasgos determinantes de los principios del Derecho Constitucional Penal y principios constitucionales en materia penal.— V. Las vías de penetración e incidencia de los valores (superiores) constitucionales en el sistema de fuentes y en el sistema penal. — VI. ¿Derecho Constitucional Penal o Derecho Penal Constitucional?: ¿Juego de palabras?

I. El “programa penal de la Constitución”. Los límites al *ius puniendi* estatal en el Estado Social y Democrático de Derecho: El principio de legalidad penal como derecho fundamental.— II. Los sub-principios del principio de legalidad penal: garantía criminal, penal, jurisdiccional y en la ejecución penal.— III. Precedentes históricos visibles.— IV. El influjo de la obra de Cesare Bonesana, Marqués de Beccaria (1738-1794): *Dei delitti e delle pene* (1764). Los aportes de Gaetano Filangieri (1753-1788): *La Scienza della Legislazione* (2 ts., 1780-1783).

I. El principio de legalidad penal y sus manifestaciones y/o funciones en el Estado Social y Democrático de Derecho.— II. La exigencia de ley previa (*lex previa*) como garantía formal de la seguridad jurídica. Antecedentes.— III. El mensaje de la obra de Paul Johann Anselm Ritter von Feuerbach (1775-1833): *Lehrbuch des gemeinen in Deutschland gültigen peinlichen Rechts* (1801). La fórmula: *nulla poena sine lege, nulla poena*

---

<sup>15</sup> Cfr. Paolo Barile: *La Costituzione come norma giuridica*, G. Barbèra Editore, Firenze, 1951, págs. 55-57.

*sine crimene, nullum crimen sine poena legali*. Valor e importancia.— IV. El principio de retroactividad benigna y sus “reacomodos” para el caso de los delitos de genocidio y de lesa humanidad.— V. La exigencia de ley cierta (*lex certa*) y el problema constitucional de la ley penal en blanco.

### III. JURISPRUDENCIA DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

El máximo intérprete de la Constitución ha señalado, en lo relativo a la Función preventiva, protectora y resocializadora de la pena y primacía frente a leyes especiales, lo siguiente:

“Para efectos de la graduación de la pena, es menester precisar la función preventiva, protectora y resocializadora de la pena, y en virtud del principio de proporcionalidad y racionalidad de la pena, ésta prima respecto de las disposiciones contenidas en las leyes especiales, conforme a lo dispuesto en los numerales VII, IX y X del Título Preliminar del Código Penal. Se debe ser coherente con la finalidad teleológica, ya que la pena sirve para la reinserción social del acusado que es en definitiva lo que se pretende, ello acorde con lo dispuesto en el art. 139.22 de la Constitución Política del Estado, que establece que el régimen penitenciario tiene por objeto la reeducación, rehabilitación y reincorporación del penado a la sociedad”.

(Expediente N° 2000-232-Cono Norte)

En lo relativo a los fines de la pena, función de prevención, protección y resocialización, el Tribunal Constitucional peruano ha señalado:

“Por imperio del artículo IX del Título Preliminar del Código Penal la pena tiene como función la prevención, protección y resocialización del condenado, por lo que con sanciones severas no se logra tal finalidad”.

(R. N. N° 1012-2003-TACNA)

“La pena tiene función preventiva, protectora y resocializadora; por lo cual, al momento de imponerse debe ser aplicada en atención al principio de proporcionalidad y razonabilidad, además de atender a las condiciones personales del procesado, la forma como ocurrieron los hechos y si existen o no situaciones que agraven su condición”.

(R. N. N° 1006-2003-SAN MARTÍN)

“La pena tiene función preventiva, protectora y resocializadora como lo prevé el artículo noveno del título preliminar del Código Penal, teniendo en cuenta que la prevención tanto positiva como negativa es de procurar que el penado se reinserte al seno de la sociedad, como el de proteger a la sociedad inutilizando al penado, todo ello en concordancia con el inciso veintidós del artículo ciento treinta y nueve de la Constitución Política que establece que el régimen penitenciario tiene por objeto la reeducación, rehabilitación y reincorporación del penado por la sociedad”.

(Expediente N° 296-2004-LAMBAYEQUE)

En lo referente a la cadena perpetua y su inconstitucionalidad, el Tribunal Constitucional peruano ha señalado:

“El establecimiento de la pena de cadena perpetua sólo es inconstitucional si no se prevén mecanismos temporales de excarcelación, vía los beneficios penitenciarios u otras que tengan por objeto evitar que se trate de una pena intemporal, por lo que si en un plazo razonable el legislador no dictase una ley en los términos exhortados, por la sola eficacia de esta sentencia, al cabo de 30 años de iniciada la ejecución de la condena, los jueces estarán en la obligación de revisar las sentencias condenatorias”.

(Sentencia del Tribunal Constitucional N° 010-2002-AI/TC)

“Cabe señalar que el último párrafo del numeral 189 del Código Penal, modificado por la Ley N° 27472, vigente desde el 5 de junio del año 2001, estableció la pena de cadena perpetua, que por su carácter intemporal, niega la posibilidad de que el penado pueda incorporarse a la sociedad, atentando así contra los fines del régimen penitenciario que nuestra normatividad prevé en aplicación del principio fijado en el inciso 22 del artículo 139 de la Constitución Política del Estado”.

(R. N. N° 2519-2003- Ancash)

“El Decreto Legislativo 895 que modificó el artículo 29° del Código Penal, fue declarado inconstitucional, en su integridad, mediante la STC 0005-2001-AI/TC. En la medida que por la declaración de inconstitucionalidad no recobran su vigencia las normas derogadas o modificadas, el artículo 29° del Código Penal quedó sin efecto al día siguiente de la publicación de la STC 00005-2001-AI/TC en el diario oficial El Peruano. Sin embargo, tal declaración de inconstitucionalidad no tuvo como efecto secundario la expulsión de la cadena perpetua del ordenamiento jurídico peruano. En lo que ahora importa, con relación al delito de terrorismo, dicha pena estaba (y está) contemplada por el artículo 3o del Decreto Ley N° 25475. Por lo tanto, no es cierto que la pena de cadena perpetua ha sido reintroducida por el Tribunal Constitucional con la STC 00010-2002-AI/TC. Tampoco que la misma pena haya sido reintroducida por el artículo 1o o 3o del Decreto Legislativo 921”.

(Sentencia del Tribunal Constitucional N° 003-2005-PI/TC)

Respecto a la finalidad de la pena privativa de libertad (Código Penal, art. 29) y las teorías según la jurisprudencia del Tribunal Constitucional (Exp. N° 0019-2005-PI/TC): *a)* Teoría de la retribución absoluta, *b)* Teoría de la prevención especial, *c)* Teoría de la prevención general y *d)* Teorías de la unión, el Tribunal Constitucional ha señalado:

“Finalidad de la pena privativa de libertad. Teoría de la retribución absoluta.-

La teoría de la retribución absoluta, señala que la pena no cumple ninguna función social, pues es una institución independiente de su esfera social; es decir, agota toda virtualidad en la generación de un mal al delincuente, de modo tal que el Estado, en representación de la sociedad, toma venganza por la afectación de algún bien jurídico relevante, aplicando un mal de similar gravedad a la relevancia del bien en el ordenamiento jurídico. Se trata de la concreción punitiva del antiguo principio del Talión: "ojo por ojo, diente por diente". Esta teoría no sólo carece de todo sustento científico, sino que es la negación absoluta del principio-derecho a la dignidad humana, reconocido en el artículo 1o de nuestra Constitución Política, conforme al cual "La defensa de la persona humana y el respeto por su dignidad son el fin supremo de la sociedad y el Estado".

(Sentencia del Tribunal Constitucional N° 0019-2005-PI/TC)

“Finalidad de la pena privativa de libertad. Teoría de la prevención especial.-

La teoría de la prevención especial o también denominada teoría de la retribución relativa, centra la finalidad de la pena en los beneficios que ella debe generar en el penado o, cuando menos, en aquellos que tengan la voluntad de ser resocializados. De esta manera, la finalidad de la pena puede ser dividida en dos fases: a) en el momento de su aplicación misma, teniendo como propósito inmediato disuadir al delincuente de la comisión de ilícitos penales en el futuro, desde que internaliza la grave limitación de la libertad personal que significa su aplicación; y, b) en el momento de su ejecución, la cual debe encontrarse orientada a la rehabilitación, reeducación y posterior reinserción del individuo a la sociedad. Esta finalidad encuentra una referencia explícita en el inciso 22 del artículo 139° de la Constitución”.

(Sentencia del Tribunal Constitucional N° 0019-2005)

“Finalidad de la pena privativa de libertad. Teoría de la prevención general

La teoría de la prevención general circunscribe su análisis, antes que en el penado, en el colectivo, de forma tal que considera que la pena tiene por finalidad influir en la sociedad a través de la efectividad de la amenaza penal y su posterior ejecución en aquellos que, mediante una conducta antijurídica, atontan contra valores e intereses de significativa importancia en el ordenamiento jurídico y que, por tal motivo, son objeto de protección por el Derecho Penal. Hoy se reconoce una vertiente negativa y otra positiva a la teoría de la prevención general. La primera establece como finalidad sustancial de la pena el efecto intimidatorio que genera la amenaza de su imposición en aquellos individuos con alguna tendencia hacia la comisión del ilícito. Sin embargo, es discutible sustentar la tesis conforme a la cual todo individuo proclive a la criminalidad genere el grado de reflexión suficiente para convertirlo en objeto del efecto intimidatorio.

En algunos supuestos, dicho efecto es resultado, antes que de la gravedad de la pena preestablecida, del grado de riesgo de ser descubierto, durante o después de la comisión del delito. Por ello, son los efectos de la vertiente positiva de la prevención general los que alcanzan mayor relevancia, la cual puede resumirse en el efecto de

aprendizaje motivado sociopedagógicamente, el "ejercicio de la confianza en el derecho" que se produce en la población por medio de la actividad de la justicia penal; el efecto de confianza que resulta cuando el ciudadano ve que el derecho se impone; y finalmente, el efecto de satisfacción que se instala cuando la conciencia jurídica se tranquiliza como consecuencia de la sanción por sobre el quebrantamiento del derecho, y cuando el conflicto con el autor es visto como solucionado.

(Sentencia del Tribunal Constitucional N° 0019-2005)

Bogotá, marzo de 2017.