Publicación de la Carrera de Derecho
Instituto de Investigaciones, Semanarios y Tesis
UNIVERSIDAD MAYOR DE SAN ANDRÉS

ISSN 2413 - 2810, Volumen 8 Nro. 11 Julio - Diciembre, 2019 ▪ Pag. 107 - 121

LA DIMENSIÓN NORMOLÓGICA CONSTITUCIONAL DEL DERECHO PENAL

THE CONSTITUTIONAL NORMOLOGICAL DIMENSION OF CRIMINAL LAW

(Under the fundamental rights approach)

Javier Quenta Fernández[1]

Presentado:16 de octubre de 2019 Aceptado:24 de octubre de 2019

RESUMEN

La dimensión normativa constitucional del Derecho penal eleva a un plano de análisis las condiciones de legitimidad constitucional de las elaboraciones normativas penales para tener en cuenta las estructuras de una realidad a ser regulada a partir de la relación existente entre el Derecho penal y el Derecho constitucional, promoviendo la importancia valorativa de la primera sobre la base de principios generales de la segunda. La relación entre la Constitución y el Derecho penal, fusionados primordialmente a partir de los derechos fundamentales en la construcción de las normas jurídicas penales, trae consigo la protección de bienes jurídicos, pero al mismo tiempo justifican también su afectación con la sanción penal.

Palabras clave: Estado Constitucional de Derecho, Constitución, Derecho penal, derechos fundamentales, norma jurídica penal.

ABSTRACT

The constitutional normative dimension of criminal law raises the conditions of constitutional legitimacy of criminal normative elaborations to a level of analysis to take into consideration the structures of a reality to be regulated based on the relationship between criminal law and constitutional law, promoting the value importance of the first based on general principles of the second. The relationship between the Constitution and criminal law, merged primarily from the fundamental rights in the construction of criminal legal norms, brings with it the protection of legal property, but at the same time justifies its involvement with the criminal sanction.

Keywords: Constitutional State of Law, Constitution, Criminal Law, fundamental rights, criminal legal norm.

1 Docente en las materias de Derecho penal y Derecho procesal penal de la Universidad Mayor de San Andrés (La Paz-Bolivia). Magister Scientiarum en Ciencias Penales y Criminológicas y candidato a Ph.D en Derecho penal y Derecho constitucional. Correo electrónico: javiquen@hotmail.com

Publicación de la Carrera de Derecho
Instituto de Investigaciones, Semanarios y Tesis
UNIVERSIDAD MAYOR DE SAN ANDRÉS

1. INTRODUCCIÓN

La concepción normológica de la ciencia del Derecho penal, plantea el análisis de la estructura de la norma jurídica penal, como punto de partida para construir un sistema normativo penal bajo conceptos constitucionales, estructurada en un tipo legal con características positivas y negativas, que devienen precisamente de la Constitución.

En el positivismo normológico, los distintos elementos del Derecho penal suelen identificarse mediante los valores y de manera abierta, otorgándose una coherencia a los valores más significativos para hacerlos objeto de tutela penal, por eso una propuesta de análisis normológico del Derecho penal y el Derecho constitucional, se realiza a partir de los derechos fundamentales dentro de un modelo de Estado Constitucional de Derecho, haciendo que el nexo entre Constitución y Derecho penal sea trascendental.

Dada la evolución de los derechos fundamentales, la Constitución dentro del Estado Constitucional de Derecho, como el que se tiene en Bolivia[2] es producto una corriente denominada neoconstitucionalismo, que en el contexto de la vida social y jurídica de la colectividad, orienta la concepción de un Derecho penal conforme a los fundamentos ideológicos y políticos de aquel modelo de Estado y que en términos del garantismo ferrajoliano defiende al individuo ante el creciente ejercicio del poder punitivo del Estado, precisamente a partir de los derechos fundamentales y de las garantías contenidas en la Constitución material.

Por tanto, Constitución y Derecho penal en el Estado Constitucional de Derecho, no es más que la relación necesaria que existe entre delito y Constitución, entre el Derecho penal y la ideología que procede de la Constitución para justificar apropiadamente la protección de los derechos fundamentales, los procesos de criminalización primaria y los procesos de criminalización secundaria en el Estado Constitucional de Derecho, en su lucha contra la criminalidad mediante el creciente ejercicio del poder punitivo del Estado.

2 RUBEN MARTINEZ DALMAU, El proceso constituyente boliviano. La Paz 2008, Edit. OXFAM Gran Bretaña, Pág. 60

LA DIMENSIÓN NORMOLÓGICA CONSTITUCIONAL DEL DERECHO PENAL
ISSN 2413 - 2810, Volumen 8 Nro. 11 Julio - Diciembre, 2019 ▪ Pag. 107 - 121

2. REQUERIMIENTOS NORMOLÓGICOS CONSTITUCIONALES PENALES

La Constitución Política es la expresión del sistema de valores y del conjunto de principios fundamentales que sustentan cualquier ordenamiento jurídico, en particular del Derecho penal, porque en la base constitucional del Estado Constitucional de Derecho se anida la concepción ideológica y política del Derecho, es la razón esencial por la que se exige que ante los cambios, reformas o modificaciones constitucionales, también se tienen que realizar reformas en el ordenamiento jurídico de un país, particularmente en la legislación penal, cuando se trata de proteger eficazmente derechos fundamentales en el Estado Constitucional de Derecho.

En Bolivia, pese a los cambios trascendentales en materia de derechos fundamentales, operados con la Constitución del 2009[3], existió un intento de transformación del sistema normativo penal, al proponerse una reforma del Código Penal y del Código de Procedimiento Penal planteando un denominado "Código del Sistema Penal"[4] a mediados del 2017, sin embargo, esa propuesta resultó ser sólo un texto refundido de la legislación penal y la legislación procesal penal existente antes de la Constitución del 2009 que pretendió ser impuesto por el poder político al margen de la dimensión y los contenidos del Estado Constitucional de Derecho. Se esperaba que los procesos de criminalización primaria en Bolivia se realicen bajo la lógica de la pluralidad, bajo un principio democrático propio del Estado Constitucional de Derecho, que aprecie las diversas maneras de percibir e interpretar los problemas de la criminalidad en Bolivia, los diversos problemas de la administración de justicia penal para adecuarse aceptablemente, a una convivencia armónica y pacífica conforme a la filosofía del "Vivir bien", base filosófica del Estado Constitucional de Derecho de Bolivia.

Al contrario, el Código del Sistema Penal, se acogió al pensamiento lineal, reduccionista e individual, que ha entrado en crisis en el mundo, únicamente compatible con los modelos de Estado liberales y no compatibles con el Estado Constitucional de Derecho, se apartó notoriamente del principio democrático de la participación y control social previstos constitucionalmente, tornando

3 La Constitución Política del Estado de 2009 que se encuentra vigente en Bolivia tiene una significativa versión o catálogo normativo de derechos fundamentales, incorporándose además de los derechos civiles y políticos, los derechos sociales, económicos y culturales.

4 El Código del Sistema Penal, representó simplemente una conjunción o integración de normas penales sustantivas y normas procesales penales distribuidos en títulos y capítulos. Fue sancionado, publicado y luego de 45 días de vigencia, abrogado en el 2017.

Publicación de la Carrera de Derecho
Instituto de Investigaciones, Semanarios y Tesis
UNIVERSIDAD MAYOR DE SAN ANDRÉS

inútil la participación de la colectividad social institucional y judicial, pero sobre todo, se apartó del principio democrático que expresa la voluntad del constituyente en la construcción jurídica del Código del Sistema Penal que luego fue abrogado completamente por el mismo poder político, reconociendo que no podía imponerse autoritariamente sin considerar el principio democrático constitucional, pues como bien lo afirmaba Negri, el poder constituyente es la máxima expresión de la democracia[5], por eso es que la participación democrática de la colectividad es la condición de legitimidad para cualquier instrumento jurídico penal bajo la nueva metodología en la construcción de leyes, eso es lo que propone el Estado Constitucional de Derecho, porque el Derecho penal al proveer normas que regulan el uso de la potestad punitiva del Estado, establece también los bienes jurídicos más importantes para hacerlos objeto de tutela penal, así se deduce sencillamente la importancia del principio democrático con relación a los bienes jurídicos expresados en los valores y derechos que la sociedad quiere proteger, en cuanto se definen delitos y se asignan penas a las conductas que se rebelan contra los bienes jurídicos protegidos, obteniendo un lugar privilegiado en el ordenamiento jurídico, lo cual exige el cumplimiento de una obligación ética constitucional de apego al principio democrático establecido por la voluntad del constituyente cuando se trata de la construcción de leyes penales.

El Estado constitucional de Derecho afirma criterios para que el Derecho penal se adapte positivamente al conjunto de principios, al sistema de valores y al conjunto de derechos y garantías constitucionales establecidos por la voluntad jurídica y política del constituyente como mandato constitucional para promover la convivencia armónica y pacífica, así el Derecho penal se encuentra estrechamente ligado a la Constitución porque es la disciplina que en mayor medida afecta los derechos fundamentales del individuo, pero también se encuentra limitado por la propia Constitución, precisamente por los mismos derechos fundamentales, por tanto, no puede tener mayor vigencia la afirmación del Profesor Juan Carlos Carbonell cuando señalaba que "(…) la Constitución es la norma que define y escoge los valores. Por eso no solamente delimita el campo de acción del Derecho Penal, sino que además fundamenta y limita la actuación de los poderes públicos"[6], y aunque las nuevas necesidades de tutela penal se contraponen a los principios limitativos del poder punitivo y en particular al principio de intervención mínima y al

5 ANTONIO NEGRI, El poder constituyente. Ensayo sobre las alternativas de la modernidad. Libertarios/Prohufi. Madrid 1994. Pág. 17.

6 JUAN CARLOS CARBONELL MATEU, Derecho Penal, Concepto y Principios Constitucionales, Valencia 1996, Edit. Tirant lo Blanch, Pág. 80.

ISSN 2413 - 2810, Volumen 8 Nro. 11 Julio - Diciembre, 2019 ▪ Pag. 107 - 121

principio de prohibición de exceso, precisamente por las nuevas formas de delincuencia que van apareciendo, es indudable que existe una relación de subordinación del Derecho penal hacia la Constitución, que no solo justifica y cumple con el principio de primacía constitucional o con el principio de jerarquía normativa, sino que también posibilita un control jurisdiccional de la constitucionalidad de las leyes penales cuando se trata de proteger derechos fundamentales.

3. CONTENIDO CONSTITUCIONAL DE LA NORMA JURÍDICA PENAL

Sin duda alguna, sobre la premisa clásica y universal de que el derecho aspira a la justicia, la norma jurídica tiene un contenido ideológico que es expresión del fundamento ideológico, político constitucional del Estado, que a su vez, como en el caso de Bolivia, direcciona los fines y las funciones estatales hacia la construcción de una "sociedad justa y armoniosa" como se expresa en el numeral 1 del Art. 9 de la Constitución boliviana, por tanto, la estructura lógica del sistema normativo penal también debe responder al sistema ideológico y político de un Estado, que en buena parte se expresa en aquellos principios ético morales y valores constitucionales como el de igualdad, dignidad, libertad, respeto, armonía, equilibrio, bienestar común, responsabilidad, entre otros, para "vivir bien", filosofía acordada por el constituyente en el Art. 8 de la Constitución boliviana y que representa la base fundamental del Estado, el bien humano y el bien común, como el último armazón o si se quiere, la camisa de fuerza para contener las discrecionalidades, arbitrariedades o excesos de poder en la concepción y elaboración de las leyes penales, logrando que el derecho si pueda aspirar a la justicia y contribuir al bienestar general; no sin razón el Profesor Rodolfo Vigo, señalaba que, "el orden de lo jurídico y su saber respectivo, se inscribe en el orden de lo ético social y del saber práctico (…) El derecho se ubica en el campo del bien humano, del bien debido, y en la determinación de ese bien se computará siempre, de manera directa o indirecta el bien común"[7]

Vinculado a su contenido ideológico emerge el sentido teleológico de las leyes penales, que propone el debate entre, tener normas penales "más efectivas" o "funcionales" con penas más graves o con nuevos delitos, utilizando procedimientos para realizar procesos penales más expeditos con la finalidad de realizar el Derecho penal (función jurídica de la jurisdicción

7 RODOLFO LUIS VIGO. Las Causas del Derecho. Buenos Aires 2010. Edit. Abeledo Perrot S.A. Pág. 17.

Publicación de la Carrera de Derecho
Instituto de Investigaciones, Semanarios y Tesis
UNIVERSIDAD MAYOR DE SAN ANDRÉS

penal) imponiendo al condenado, la sanción individual y proporcionalmente definida, para luego recluirlo en la penitenciaría y lograr con ello, una mayor eficiencia preventiva o generar una mejor eficacia disuasiva para reducir la criminalidad; sin embargo, teleológicamente también se debe proponer una reflexión sobre la efectividad de las funciones de control social que suponen las normas penales, que no corresponden exclusivamente al Derecho penal, sino también a todas las instituciones de la sociedad que no son necesariamente instituciones jurídicas[8]. Precisamente, de la mano de aquellos principios y valores constitucionales, que necesariamente deben servir a la construcción de las bases del Derecho penal, es que podemos dotar de mejores mecanismos de control social mediante la formulación de políticas públicas del Estado, asegurando los insumos necesarios para la inversión pública en la filosofía del "vivir bien". En efecto, una sociedad con un buen sistema escolar producto de la ejecución de políticas educativas, con situaciones familiares estables e integradas, sin carencias sociales o económicas, producto de la ejecución de políticas sociales y económicas; es innegable que va a crear mejores modelos de comportamiento humano y social, y esas políticas públicas, tendrán resultados más eficaces que las que se pueda conseguir con la gestación y aplicación de leyes penales puramente represivas, populistas, producto de los procesos de inflación legislativa penal, así se puede afirmar que es el propio Estado o la propia sociedad, la que consigue que los ciudadanos persigan cánones de conducta social y principios ético morales de acuerdo a lo esperado por cada uno de ellos, el respeto a las normas básicas del orden social, y al final, frente a la pretensión social de mayor punitivismo, es la propia sociedad la que asume su responsabilidad junto al Estado sobre su seguridad ciudadana, y aquí es pertinente recordar la célebre frase de Lacassagne: " Las sociedades tienen los delincuentes que merecen…".[9]

Por eso la relación entre Constitución y Derecho penal toca las bases racionales del sistema constitucional y del Estado constitucional de Derecho, y no se encuentra otra herramienta que justifique y legitime el poder punitivo y su ejercicio, con la aplicación de la pena como "castigo" antes que

8 "El Derecho penal constituye uno de los medios de control social existentes en las sociedades actuales. La familia, la escuela, la profesión, los grupos sociales, son también medios de control social..." SANTIAGO MIR PUIG. Derecho Penal, Parte General. Barcelona 2005. Editorial Reppertor. Pág. 49.

9 Alexandre Lacassagne, médico francés y criminólogo, en la tesis principal de su obra "La Mort de Jean-Jacques Rousseau" de 1913, declaró: "El entorno social es el caldo de cultivo de la criminalidad. El germen es el criminal, un elemento que no tiene ninguna importancia hasta el día donde encuentra el caldo que hace fermentar. Para el fatalismo que sigue inevitablemente de la teoría antropológica, nos oponemos a la iniciativa social. La justicia marchita, corrompe la prisión y *la sociedad tiene los delincuentes que se merece*".

ISSN 2413 - 2810, Volumen 8 Nro. 11 Julio - Diciembre, 2019 ▪ Pag. 107 - 121

como una herramienta que sirva a los fines y funciones del propio Estado, la construcción de una sociedad armoniosa y pacífica con respeto de los derechos fundamentales del ciudadano.

Ensayar razones ético políticas para proponer soluciones alternativas a un Derecho penal populista, ciertamente evocan elementos de racionalidad en el Estado Constitucional de Derecho, para oponerse y rechazar la criminalización y penalización desmedidas o desproporcionales, una racionalidad en la que por supuesto no es posible dejar de lado el carácter democrático y representativo que tiene el legislador, dentro del Estado Constitucional de Derecho, cuando alude a los intereses de la mayoría para justificar la ley penal popular bajo el principio democrático, sin embargo, lo que no se evidencia es que las leyes penales, en el marco del ejercicio democrático, representan expresiones de la hegemonía del poder político, que tienen como objetivo, la natural conservación del poder con la aceptación popular y no necesariamente los cambios de mentalidad o secundariamente la prevención efectiva de los delitos. Esto traería consigo una distorsión de la función del Derecho penal, porque como lo ha señalado el Profesor Zaffaroni, "La función del derecho penal de todo estado de derecho (de la doctrina penal como programadora de un ejercicio racional del poder jurídico) debe ser la reducción y contención del poder punitivo dentro de los limites menos tradicionales posibles. Si el derecho penal no logra que el poder jurídico asuma esta función, lamentablemente habrá fracasado y con el habría caído el Estado de derecho"[10].

Lo cierto es que, pregonando la conservación de la paz y la tranquilidad de la sociedad, con las leyes penales populares se pretende justificar un alejamiento de los derechos y garantías constitucionales que el constituyente ha impulsado en la Constitución como una decisión ideológica y política contenida en los valores humanos y en el desenvolvimiento de la dignidad humana como fuente inquebrantable de los derechos fundamentales, axiomas propios del constitucionalismo actual, que como lo señala Mark Tushnet, "no hace más que describir gobiernos no totalitarios"[11]

Por eso, la norma jurídica penal también debe estar conectada con el contexto social, político e ideológico del Estado Constitucional de Derecho, a los fines de resguardar los derechos fundamentales, elementos que le dotaran de la racionalidad necesaria para justificar la formulación de políticas criminales, las

10 EUGENIO RAÚL ZAFFARONI. El enemigo en el derecho penal. Buenos Aires 2006. Edit. Ediar. Pág. 168.

11 MARK TUSHNET. Constitucionalismo y Judicial Review. Lima 2013. Edit. Palestra Editores. Pág. 57

Publicación de la Carrera de Derecho
Instituto de Investigaciones, Semanarios y Tesis
UNIVERSIDAD MAYOR DE SAN ANDRÉS

demandas de seguridad ciudadana como exigencias vitales del constituyente a la par del respeto incólume de los derechos fundamentales del ciudadano, de este modo, se limitarían los discursos político normativos a los ámbitos de propuesta político criminales que combinen las exigencias de mayor seguridad ciudadana y las medidas adecuadas para lograr el control social deseado en el Estado Constitucional de Derecho con los niveles de racionalidad necesarios apoyados en el respeto a los derechos fundamentales.

4. LA CRISIS DE LOS DERECHOS FUNDAMENTALES EN LA CONCEPCION DEL DERECHO PENAL.

Como el Derecho penal, en el Estado Constitucional de Derecho, es un instrumento de respeto a los derechos fundamentales, entonces el Derecho penal es constitucional, pero también tiene que ser científico, tiene que ser racional y profundamente humano, al ser respetuoso de los derechos fundamentales; el Derecho penal, no puede justificar un discurso punitivo exacerbado para desarrollar más ampliamente el poder de castigar que tiene el Estado, al contrario, el Derecho penal es un verdadero dique de contención para evitar la amplificación punitiva porque es un instrumento de respeto de los derechos fundamentales.

Sin embargo, bajo la justificación de luchar contra la criminalidad, domina actualmente la tendencia hacia la inflación legislativa de las leyes penales, alejándose paulatinamente, no solo de los principios penales, sino también de los principios constitucionales, aparece un concepto oscurantista de "seguridad ciudadana" que promueve un "Derecho penal de la Seguridad Ciudadana" en contraste con los propios derechos y garantías que el ciudadano exige para tener seguridad ciudadana.

Es posible que sea solamente una visión política de la criminalidad o una visión filosófica del poder, circunscrita a desarrollar los alcances y las funciones de una determinada estructura del poder político, sin embargo, aún en esa prospectiva política o filosófica, se pretende "dogmatizar" la seguridad ciudadana, concibiendo un Derecho penal a su servicio, aproximándonos al origen del llamado "populismo punitivo", enclaustrando al Derecho penal, dentro de una concepción puramente represiva, impulsada por la pretensión

LA DIMENSIÓN NORMOLÓGICA CONSTITUCIONAL DEL DERECHO PENAL
ISSN 2413 - 2810, Volumen 8 Nro. 11 Julio - Diciembre, 2019 ▪ Pag. 107 - 121

de lograr una mayor certidumbre y seguridad en el resguardo de derechos fundamentales, más allá de lo racionalmente necesario o permitido.[12]

Se descubren así, paradojas y contradicciones, cuando frente al desarrollo económico, tecnológico o social que experimentan los países, que debería traernos mayor progreso, mayor bienestar, una mejor convivencia entre los seres humanos, una efectiva capacidad reguladora del sistema normativo, un mayor respeto a los derechos humanos o a los derechos fundamentales, parece ocurrir lo contrario, cuando en el mundo se amplía más la brecha entre ricos y pobres, se genera una mayor crisis en las estructuras de poder, un mayor debilitamiento institucional, una crisis de la capacidad regulativa del Derecho, una crisis de legalidad como señalaba Luigi Ferrajoli[13] en su obra "Derecho y Razón, la Ley de más débil" o como señalaba Niklas Luhmann en su obra "Teoría política en el Estado de Bienestar", una ineficiencia de los controles normativos del Estado, generando la incoherencia o ineficacia del sistema jurídico, ¿cómo?, confundiendo el derecho con la realidad, las normas con los hechos, haciendo que el sistema político se aleje más de su objetivo principal, dotar a la sociedad de un mínimo de mecanismos para asegurar la aplicación de los derechos fundamentales.

Estamos experimentando una crisis del Derecho penal en el Estado Constitucional de Derecho, cuando la percepción social de la violencia[14] que trae consigo el delito y el sentimiento de inseguridad ciudadana de la colectividad, pretenden un Derecho penal más "eficiente" y por ello una mayor represión a la violencia del delito, con una violencia institucionalizada por el Estado mediante la ley penal, particularmente cuando se trata de delitos graves como el asesinato, la violación, la corrupción, el terrorismo, el tráfico internacional de estupefacientes, el crimen organizado, el tráfico de órganos, la trata de personas, la pornografía infantil, etc.

Si a la crisis del Derecho penal, sumamos la crisis de la justicia penal a partir de su falta de mayor capacidad funcional y todos sus problemas de

12 "…si no hubiera tutela de nuestros intereses, estos quedarían sometidos a la ley del más fuerte, si en definitiva no pudiéramos defender lo que es nuestro y más queremos: la vida, la libertad, la propiedad, etc., carecerían de valor, cualquiera podría destruirlos o apropiárselos con violencia, engaño o de cualquier otro modo. Y la experiencia demuestra que eso sucedería inexorablemente. La vida en sociedad sería imposible y aún la individual sumamente precaria" JUAN CARLOS CARBONELL MATEU, Ob. Cit., Pág. 26

13 LUIGI FERRAJOLI. Derecho y garantías. La ley del más débil. Madrid 2001. Edit. Trotta, Pág. 17

14 WINFRIED HASSEMER, Crítica al Derecho penal de hoy. Bogotá 1997. Universidad Externado de Colombia. Pág. 46.

Publicación de la Carrera de Derecho
Instituto de Investigaciones, Semanarios y Tesis
UNIVERSIDAD MAYOR DE SAN ANDRÉS

corrupción y retardación, entonces hay más consecuencias para el Derecho penal, mayor violencia penal institucionalizada, más criminalización primaria, más agravamiento de penas, en una sociedad en la que contradictoriamente aceptamos vivir bajo un modelo de Estado Constitucional de Derecho gozando de las reglas aprobadas e impuestas en la Constitución por el poder constituyente, como expresión de su voluntad política y jurídica al dejar fundada la presencia hegemónica de valores, principios y un exquisito catálogo de derechos y garantías. ¿Qué significa y por qué esta paradoja?

Las leyes penales encuentran serias dificultades para afirmarse con fundamentos constitucionales vinculados al respeto de los derechos fundamentales, generando una crisis del Derecho penal en el Estado Constitucional de Derecho, cuando atienden solo el clamor popular en vez de buscar otras alternativas menos lesivas para los derechos fundamentales y libertades; este es un recurso del poder político que ha sido perfectamente aprovechado en los últimos tiempos en Bolivia y ha generado desproporciones frente a valores tan significativos como la libertad y la dignidad[15] que funcionan como límites constitucionales del poder punitivo del Estado, Michel Foucault señalaba que, "…la objeción no recae en el abuso de soberanía sino en el exceso de quienes gobiernan, ante la cultura del peligro, que se traduce en procedimientos de control, coacción y coerción que van a constituir la contrapartida y el contrapeso de las libertades".

Surge así una falsa concepción del Derecho penal alejado de la Constitución y alimentado con consignas políticas y mediáticas sobre la inseguridad ciudadana, alimentada con los sentimientos de incertidumbre subjetiva y vulnerabilidad ciudadana ante el delito, extendido hacia todos los sectores sociales; esta es la estimulación del fenómeno de la inflación legislativa en el que las decisiones legislativas en materia penal son para "otorgar mayor seguridad al ciudadano", pretendiendo calmar ilusoriamente los sentimientos de inseguridad, así aparecen las leyes penales populares y "simbólicas", nada efectivas para la prevención de la criminalidad y nada eficientes para otorgar una respuesta eficaz ante la comisión de un hecho delictivo, forzando la función del Derecho penal al atender e incorporar los sentimientos de venganza de las víctimas, el clamor de justicia de la colectividad, apartándose de las bases constitucionales del Estado y de la efectiva realización de los derechos fundamentales.

15 Art. 22 de la Constitución Política del Estado. "La dignidad y la libertad de la persona son inviolables. Respetarlas y protegerlas es deber primordial del Estado".

ISSN 2413 - 2810, Volumen 8 Nro. 11 Julio - Diciembre, 2019 ▪ Pag. 107 - 121

5. LA CONSTITUCIÓN MATERIAL COMO LÍMITE DEL DERECHO PENAL

Para construir el Estado Constitucional de Derecho, se necesita una justificación sólida del poder constituyente, instituido en un poder real y originario del pueblo, que sirve para evolucionar en el constitucionalismo y respaldar su voluntad, merced a la concurrencia de dos elementos significativos: la legitimidad del poder constituyente y la convicción sobre la necesidad de armonizar nuestra convivencia social en un marco de seguridad jurídica-política constitucional que no atente contra los valores supremos o fundamentales que sostiene el ordenamiento constitucional, la dignidad, la libertad, la igualdad y la justicia; sobre todo, si estos dos últimos elementos gravitan en la construcción del Estado Constitucional de Derecho, entonces se podría justificar la evolución del constitucionalismo y la vigencia del un verdadero Estado Constitucional de Derecho, más allá de su retórica formulación.

Por tanto, los postulados de la voluntad jurídica y política del constituyente incorporados en la Constitución material, superaron el concepto de Constitución Formal, como simple limitadora del poder constituido, para ser una Constitución donde el poder constituyente expresa su voluntad, este es el alcance de los principios, valores, derechos y garantías constitucionales, que justifican a la Constitución Suprema, Democrática y Normativa que tenemos dentro de la concepción material de la Constitución en el Estado Constitucional de Derecho.

Un Derecho penal que se aparta de una Constitución material o del Estado Constitucional de Derecho, contradice la voluntad jurídica y política del poder constituyente y puede revertir sus bases de legitimidad, terminando por otorgar una ilusión o espejismo social de lucha contra la criminalidad, generando ficticiamente seguridad ciudadana, aislándose de los factores que hacen a esa criminalidad, factores que también deben ser atendidos por otros sub sistemas de control social, por ejemplo cuando estamos frente a personas que proceden de familias desestructuradas, debido a la pobreza en la que se han desenvuelto, déficits educativos, afectivos o de carácter laboral con la inexistente formación laboral o la falta de integración a un mercado de trabajo; todos estos factores señalan la necesidad de que hay que trabajar sobre ellos para lograr la pretensión constitucional de la “sociedad justa y armoniosa”, y esta tarea no corresponde únicamente al Derecho penal, sino a la implementación de políticas públicas económicas, sociales, educativas,

Publicación de la Carrera de Derecho
Instituto de Investigaciones, Semanarios y Tesis
UNIVERSIDAD MAYOR DE SAN ANDRÉS

laborales, etc., postulados esenciales que también se encuentran en la voluntad jurídica y política del constituyente.

6. EL SURGIMIENTO DEL DERECHO PENAL CONSTITUCIONAL

Atendiendo la concepción tridimensional del Derecho con Werner Goldschmidt, el Derecho penal se integra con el Derecho constitucional a partir de sus características sociológicas, normológicas y axiológicas, en razón de que la relación no se agota solamente en los contenidos valorativos, principios y derechos fundamentales del Estado Constitucional de Derecho, sino que los límites establecidos al poder punitivo del Estado, convierten al Derecho penal en un instrumento constitucionalizado cuando los principios limitativos al poder punitivo, se imponen como criterios rectores fundamentales de manera sistemática y con superioridad normativa en la elaboración de la legislación penal, por ejemplo con el principio de legalidad de los delitos y de las penas, el principio de prohibición de retroactividad de las leyes penales o el principio de benignidad, entre otros. Sin embargo, la dimensión constitucional del Derecho penal, tiene una mayor preponderancia cuando los principios del Derecho penal no se constituyen en meros limites formales al poder punitivo, sino en verdaderos diques de contención del mismo con la función primordial de garantizar los valores, los bienes y los derechos que se establecen en sentido material y con los que el legislador construye los bienes jurídicos a ser tutelados penalmente, para que finalmente bajo criterios de interpretación constitucional, es decir, interpretación de la ley penal conforme a la Constitución, el Tribunal Constitucional incluya en la interpretación constitucional, "los principios constitucionales del Derecho penal"[16], principios que han sido concedidos e impuestos por la voluntad del constituyente, como se establece en la Constitución boliviana, garantizando la inclusión y preponderancia de los valores, derechos y principios en la interpretación constitucional[17]

También se acude al Derecho penal para proteger la Constitución, cuando se construyen normas jurídicas penales que sancionan el incumplimiento de

16 IGNACIO BERDUGO GÓMEZ DE LA TORRE, LUIS ARROYO ZAPATERO, NICOLÁS GARCÍA RIVAS, JUAN CARLOS FERRÉ OLIVÉ, JOSÉ RAMÓN SERRANO PIEDECASAS. Lecciones de Derecho Penal. Parte General. Barcelona 1996. Edit. Praxis, S.A., Págs. 35 y 36.

17 Art. 196. Constitución Política del Estado. "I. El Tribunal Constitucional Plurinacional vela por la supremacía de la Constitución, ejerce el control de la constitucionalidad y precautela el respeto y la vigencia de los derechos y las garantías constitucionales. II. En su función interpretativa, el Tribunal Constitucional Plurinacional aplicará como criterio de interpretación, con preferencia, la voluntad del constituyente, de acuerdo con sus documentos, actas y resoluciones, así como el tenor literal del texto".

LA DIMENSIÓN NORMOLÓGICA CONSTITUCIONAL DEL DERECHO PENAL
ISSN 2413 - 2810, Volumen 8 Nro. 11 Julio - Diciembre, 2019 ▪ Pag. 107 - 121

fallos emergentes de acciones de tutela constitucional como en el caso del Código Penal boliviano[18] que sanciona con pena privativa de libertad de dos a seis años y pena pecuniaria a quien no de cumplimiento a las Resoluciones dictadas en una Acción de Libertad, una acción de amparo constitucional, una acción de protección de privacidad, una acción de cumplimiento, una acción popular o en acciones de inconstitucionalidad; está claro que la voluntad del legislador penal se dirige a tutelar o proteger la autoridad de las decisiones jurisdiccionales constitucionales como bienes jurídicos propios de los Tribunales de tutela constitucional, y esta es otra forma muy significativa de entender la vigencia del Estado Constitucional de Derecho exigiendo que nuestros actos se ajusten a la Constitución aprobada democráticamente, precisamente para proveer seguridad a los ciudadanos que recurrentemente exigen el respeto a sus derechos fundamentales.

Estos son los fundamentos esenciales y cardinales para configurar un Derecho penal constitucional, con la función principal de garantizar los valores, derechos y principios que la Constitución democrática, suprema y normativa establece.

7. CONCLUSIONES

1) Entre el Derecho penal y el Derecho constitucional, como disciplinas jurídicas, existen características sociológicas, normológicas y axiológicas compartidas, con rasgos especiales. En esa relación penal-constitucional, cuando las Constituciones son progresivas en la realización de los derechos fundamentales, y pese al carácter normativo conferido a los derechos fundamentales, que en el marco del constitucionalismo rígido ha introducido un conjunto de límites y vínculos para el legislador penal, aumenta la incongruencia entre la ley penal y la Constitución, cuando se encuentra desorbitado el ejercicio del poder punitivo corriendo el riesgo de socavar su racionalidad con el expansionismo del Derecho penal, por esa razón, los postulados y principios del Derecho penal justificados constitucionalmente se constituyen en los diques de contención y de racionalidad para evitar una creación y configuración arbitraria, discrecional o autoritaria de los tipos penales, así el Derecho penal (en su faceta científica y normativa) se constituye en un límite eficaz del ejercicio del poder punitivo del Estado.

18 Art. 179 bis Código Penal boliviano (Desobediencia a Resoluciones en acciones de defensa y de inconstitucionalidad). La Servidora, Servidor Público o personas particulares que no cumplan las resoluciones emitidas en acciones de defensa o de constitucionalidad, serán sancionadas o sancionados con reclusión de dos a seis años y con multa de cien a trescientos días.

Publicación de la Carrera de Derecho
Instituto de Investigaciones, Semanarios y Tesis
UNIVERSIDAD MAYOR DE SAN ANDRÉS

2) Es un retroceso, una "involución" la pretensión de construir una sociedad "justa y armoniosa", cuando existe la paradoja de la exigencia de un Derecho penal popular, de un Derecho penal de "emergencia" que traslada el poder del soberano a las élites políticas para "detener" el avance de la criminalidad y "resolver" la inseguridad ciudadana, desvalorizando los derechos fundamentales del ser humano bajo pretextos de "amplificación necesaria" del ejercicio del control social punitivo para proveer seguridad ciudadana, sin considerar que el Derecho constitucional acogió los principios fundamentales del Derecho penal, los derechos y valores determinados por el constituyente con el fin de constitucionalizarlos y que una vez realizado dicho proceso, se lo impuso como una directriz al ordenamiento jurídico penal de manera sistemática y con superioridad normativa en un modelo de Estado Constitucional de Derecho, donde existe precisamente la hegemonía de esos principios, valores y derechos fundamentales, emergiendo el Derecho penal constitucional.

3) Es un espejismo creer que el Derecho penal sea la solución de los problemas de la criminalidad, así como es una ilusión creer que este fenómeno pueda desaparecer, es una ficción acabar con la inseguridad ciudadana, porque esta pervivirá mientras existan las sociedades y sus carencias, la inseguridad ciudadana existirá siempre y cualquier transformación de la sociedad debe realizarse con la fuerza del constitucionalismo, con un ordenamiento jurídico penal constitucionalizado, donde la Constitución solo es un instrumento, no un fin para que el carácter científico y humano del Derecho penal, dentro de las exigencias de una Constitución material, sea un imperativo para generar cultura constitucional, para abrazar los postulados y principios del Derecho penal justificados constitucionalmente, para hacer de esa disciplina un verdadero instrumento de defensa de los derechos fundamentales.

Bibliografía de referencia

1. BOBBIO Norberto. "EL PROBLEMA DEL POSITIVISMO JURÍDICO". Edit. Fontamara. México DF. 1991.

2. BERDUGO GÓMEZ DE LA TORRE, Ignacio. ARROYO ZAPATERO, Luis. GARCÍA RIVAS, Nicolás. FERRÉ OLIVÉ, Juan Carlos. SERRANO PIEDECASAS, José Ramón. LECCIONES DE DERECHO PENAL. Parte General. Edit. Praxis, S.A., Barcelona 1996.

3. CARBONELL, Juan Carlos. "DERECHO PENAL, CONCEPTO Y PRINCIPIOS CONSTITUCIONALES". Edit. Tirant lo Blanch. Valencia 1996.

ISSN 2413 - 2810, Volumen 8 Nro. 11 Julio - Diciembre, 2019 ▪ Pag. 107 - 121

4. DIEZ RIPOLLÉS, José Luis. “LA RACIONALIDAD DE LAS LEYES PENALES. PRÁCTICA Y TEORÍA”. Edit. Trotta S.A. Madrid 2003.

5. DÍEZ RIPOLLÉS, José Luis. “LA POLÍTICA CRIMINAL EN LA ENCRUCIJADA”. Edit. Euros Editores SRL. Buenos Aires 2007.

6. DWORKIN, Ronald. “LOS DERECHOS EN SERIO” Título en inglés “TAKING RIGHTS SERIOUSLY”. Traducción de Martha Guastavino. Editorial Ariel S.A. Barcelona España. 1ra Edición Septiembre de 1984.

7. FERRAJOLI, Luigi. “DERECHOS Y GARANTÍAS. LA LEY DEL MÁS DÉBIL”. Edit. Trotta S.A. Madrid 2001.

8. FERRAJOLI, Luigi. “PODERES SALVAJES: LA CRISIS DE LA DEMOCRACIA CONSTITUCIONAL”. Edit. Trotta S.A., Madrid 2011.

9. HASSEMER, Winfried. “CRÍTICA DEL DERECHO PENAL DE HOY”. Traducción de Patricia S. Ziffer, Universidad Externado de Colombia. Primera reimpresión de la primera edición. Bogotá 2001.

10. JAKOBS, Gunther y CANCIO MELIÁ, Manuel. “DERECHO PENAL DEL ENEMIGO” Edit. Civitas Ediciones S.L., Madrid 2003.

11. MARTÍNEZ DALMAU, Rubén. “EL PROCESO CONSTITUYENTE BOLIVIANO”. Edit. OXFAM Gran Bretaña. La Paz 2008.

12. MIR PUIG, Santiago. “DERECHO PENAL, PARTE GENERAL”. Editorial Reppertor. Barcelona 2005.

13. ROSS, Alf., “SOBRE EL DERECHO Y LA JUSTICIA”, trad. G. R. Carrió, 2.1 ed., EUDEBA, Buenos Aires, 1970, Pág. 26. (Ed. inglesa: On Law and Justice, Stevens & Sons, London)

14. SANDOVAL HUERTAS, Emiro. “SISTEMA PENAL Y CRIMINOLOGÍA CRÍTICA”. Edit. TEMIS. Bogotá 1985.

15. TUSHNET, Mark. “CONSTITUCIONALISMO Y JUDICIAL REVIEW”. Edit. Palestra Editores. Lima 2013.

16. VIGO, Rodolfo Luis. “LAS CAUSAS DEL DERECHO”. Edit. Abeledo Perrot S.A. Buenos Aires 2010.

17. ZAFFARONI, Eugenio Raúl. “EL ENEMIGO EN EL DERECHO PENAL”. Edit. Ediar. Buenos Aires 2006.