

**UNIVERSIDAD NACIONAL**  
**“SANTIAGO ANTÚNEZ DE MAYOLO”**  
**FACULTAD DE DERECHO Y CIENCIAS POLÍTICAS**  
**ESCUELA PROFESIONAL DE DERECHO**



**TESIS PARA OPTAR EL TÍTULO PROFESIONAL DE ABOGADO**  
**“LOS ELEMENTOS VALORATIVOS VÁLIDOS PARA LEGITIMAR LA**  
**INTERVENCIÓN PENAL EN EL ESTADO CONSTITUCIONAL”**

Responsable de la investigación:

**Bach. ASENCIOS MARQUEZ EUSEBIO ELADIO**

Asesor:

**Dr. LUIS WILFREDO ROBLES TREJO**

Huaraz - Ancash – Perú

2019



**FORMATO DE AUTORIZACIÓN PARA PUBLICACIÓN DE TESIS Y TRABAJOS DE INVESTIGACIÓN,  
PARA OPTAR GRADOS ACADÉMICOS Y TÍTULOS PROFESIONALES EN EL  
REPOSITORIO INSTITUCIONAL DIGITAL - UNASAM**

Conforme al Reglamento del Repositorio Nacional de Trabajos de Investigación – RENATI.  
Resolución del Consejo Directivo de SUNEDU N° 033-2016-SUNEDU/CD

**1. Datos del Autor:**

Apellidos y Nombres: **ASENCIOS MARQUEZ EUSEBIO ELADIO**

Código de alumno: **112.1604.400**

Teléfono: **969904384**

Correo electrónico: **rutasperu10@gmail.com**

DNI o Extranjería: **46425624**

**2. Modalidad de trabajo de investigación:**

Trabajo de investigación

Trabajo académico

Trabajo de suficiencia profesional

Tesis

**3. Título profesional o grado académico:**

Bachiller

Título

Segunda especialidad

Licenciado

Magister

Doctor

**4. Título del trabajo de investigación:**

LOS ELEMENTOS VALORATIVOS VÁLIDOS PARA LEGITIMAR LA INTERVENCIÓN  
PENAL EN EL ESTADO CONSTITUCIONAL.

**5. Facultad de:** Derecho y Ciencias Políticas

**6. Escuela, Carrera o Programa:** Escuela Profesional de Derecho

**7. Asesor:**

Apellidos y Nombres: **LUIS WILFREDO ROBLES TREJO**

Teléfono: 943631567

Correo electrónico: **llobles@hotmail.com**

DNI o Extranjería: 31658643

A través de este medio autorizo a la Universidad Nacional Santiago Antúnez de Mayolo, publicar el trabajo de investigación en formato digital en el Repositorio Institucional Digital, Repositorio Nacional Digital de Acceso Libre (ALICIA) y el Registro Nacional de Trabajos de Investigación (RENATI).

Asimismo, por la presente dejo constancia que los documentos entregados a la UNASAM, versión impresa y digital, son las versiones finales del trabajo sustentado y aprobado por el jurado y son de autoría del suscrito en estricto respeto de la legislación en materia de propiedad intelectual.

Firma:

D.N.I.: **46425624**

FECHA: **04 12 19**

## **AGRADECIMIENTOS**

Mi más sincero agradecimiento a Dios y a mis padres por bendecirme la vida, por guiarme a lo largo de mi existencia, por ser el apoyo y fortaleza en aquellos momentos de dificultad y de debilidad.

Agradezco a mi director de tesis Dr. Luis Wilfredo Robles Trejo, quien con su experiencia, conocimiento y motivación me oriento en la investigación, así mismo a los docentes de nuestra gloriosa facultad de Derecho y Ciencias Políticas-UNASAM, por sus consejos, enseñanzas, apoyo y sobre todo amistad brindada en los momentos más difíciles de mi vida.

## **DEDICATORIA**

La presente tesis la dedico a toda mi familia y amigos principalmente a mi madre Luisa Márquez Cerna y a mi padre Paulino Asencios Saavedra, quienes han sido los pilares fundamentales en mi formación como profesional por brindarme la confianza, consejos, y recursos para lograrlo por último a esos verdaderos amigos con los que compartimos todos estos años juntos.

# ÍNDICE

AGRADECIMIENTOS.....	ii
DEDICATORIA .....	iii
ÍNDICE.....	iv
RESUMEN .....	vii
ABSTRACT.....	viii
INTRODUCCIÓN.....	1
CAPÍTULO I .....	4
EL PROBLEMA Y LA METODOLOGÍA DE LA INVESTIGACIÓN .....	4
1.1. Descripción del problema .....	4
1.2. Formulación del problema.....	5
1.2.1. Problema general.....	5
1.2.2. Problemas específicos.....	6
1.3. Importancia del problema.....	6
1.4. Justificación y viabilidad.....	7
1.4.1. Justificación teórica.....	7
1.4.2. Justificación práctica.....	7
1.4.3. Justificación legal.....	8
1.4.4. Justificación metodológica.....	8
1.4.5. Justificación técnica.....	9
1.4.6. Viabilidad.....	9
1.5. Formulación de objetivos.....	9
1.5.1. Objetivo general.....	9
1.5.2. Objetivos específicos.....	9
1.6. Formulación de hipótesis.....	10
1.7. Variables.....	10
1.8. Metodología.....	11
1.8.1. Tipo y diseño de investigación.....	11
1.8.2. Plan de recolección de la información.....	12
1.8.2.1. Población.....	12
1.8.2.2. Muestra.....	12

1.8.3. Instrumento(s) de recolección de la información.....	13
1.8.4. Plan de procesamiento y análisis de la información.....	13
1.8.5. Técnica de análisis de datos y/o información. ....	14
1.8.6. Validación de la hipótesis. ....	15
CAPÍTULO II.....	16
MARCO TEÓRICO .....	16
2.1. Antecedentes. ....	16
2.2. Bases teóricas.....	20
2.2.1. El garantismo penal.....	20
2.2.1.1. Del garantismo penal al garantismo global.....	22
2.2.2. Garantismo y Derecho penal .....	26
2.2.3. La Constitución como fuente de legitimación del derecho penal .....	27
2.2.4. Legitimidad del derecho penal.....	30
2.3. Definición de términos.....	33
CAPÍTULO III .....	36
RESULTADOS Y ANÁLISIS DE LA INFORMACIÓN.....	36
3.1. Análisis sobre el contenido del ius puniendi del Estado. ....	36
3.1.1. Generalidades. ....	36
3.1.2. Ámbito Conceptual. ....	37
3.1.3. Fundamentos. ....	39
3.1.4. Manifestaciones del ejercicio del poder punitivo estatal.....	42
3.2. El Estado y la evolución al Estado Constitucional de Derecho.....	44
3.2.1. Cambios y manifestaciones en el Estado Constitucional.....	47
3.3. Los fundamentos del poder punitivo. ....	50
3.3.1. Poder punitivo y verticalización social.....	51
3.3.2. Pensamiento de Beccaría respecto al Poder Punitivo y el Sistema Penal. ....	53
3.3.3. Estatus del poder punitivo en la edad media y su evolución. ....	54
3.3.4. Efectos del poder punitivo continuidad o ruptura. ....	56
3.3.5. La Criminología crítica y el fenómeno del poder punitivo.....	58
3.3.6. Derecho penal, poder punitivo y bien jurídico tutelado.....	60
3.3.7. Funcionamiento del poder punitivo y sus características en la actualidad. ....	63
3.3.8. Agencias ejecutivas, criminalización y selectividad del poder punitivo. ....	64
3.3.9. Discursos legitimantes. ....	65

CAPITULO IV .....	68
DISCUSION Y VALIDACIÓN DE LA HIPÓTESIS.....	68
4.1. La orientación sustancial o teleológica sobre el rol de la Constitución en el sistema penal.....	68
4.2. Fundamento “material” del ejercicio del “ius puniendi” del Estado. El Derecho penal como forma de control social (formalizada, proporcionada y última). .....	72
4.3. Funciones del Derecho penal dentro de un Estado Constitucional de Derecho. ....	74
4.4. Sobre los valores que legitiman el ius puniendi.....	76
4.5. La constitucionalización del derecho penal como parámetro de la legitimación del derecho penal. ....	78
4.6. Validación de la hipótesis.....	81
CONCLUSIONES .....	89
RECOMENDACIONES .....	91
REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS .....	92

## RESUMEN

La finalidad de la presente tesis fue; determinar los elementos valorativos válidos para legitimar la intervención penal en el marco de un Estado Constitucional, realizándose para tal fin un trabajo de investigación teórica, no experimental transversal, descriptiva, donde la unidad de análisis estuvo conformada por las fuentes formales del derecho. Los métodos empleados fueron el dogmático, exegético, hermenéutico y la argumentación jurídica; y dentro de las técnicas empleadas figuran el fichaje y el análisis de contenido. Como resultados de la investigación se tiene que, en cuanto Derecho penal de un Estado social, encuentra su legitimación como sistema de protección efectiva de los ciudadanos, en la función de prevención en la medida de lo necesario para aquella protección, lo que constituye ya un límite de la prevención; mientras que el Derecho penal de un Estado democrático de Derecho deberá someter la prevención penal a otra serie de límites, algunos herederos de la tradición liberal del Estado de Derecho, y otros reforzados por la necesidad de llenar de contenido democrático el Derecho penal. Concluyendo que los elementos valorativos válidos para legitimar la intervención penal están en relación a los elementos irrenunciables que tienen como trasfondo los principios y derechos constitucionales; constituyéndose en límites infranqueables: el principio de legalidad sustancial (la dignidad de la persona), el principio de proporcionalidad (subsidiariedad, ultima ratio), el principio de culpabilidad (presunción de inocencia), no admisión de excepciones, (principio de igualdad), al ejercicio del ius-puniendi estatal.

**Palabras claves:** Principios constitucionales, Derechos constitucionales, Intervención penal, Estado constitucional.

## ABSTRACT

The purpose of this thesis was; to determine the valid evaluative elements to legitimize the criminal intervention within the framework of a Constitutional State, carrying out for this purpose a theoretical, non-experimental, transversal, descriptive research work, where the unit of analysis was formed by the formal sources of law. The methods used were dogmatic, exegetic, hermeneutical and legal argumentation; and the techniques used include signing and content analysis. As results of the investigation, as criminal law of a social State, it has its legitimacy as a system of effective protection of citizens, in the function of prevention as necessary for that protection, which already constitutes a limit of prevention; while the criminal law of a democratic rule of law must subject criminal prevention to another set of limits, some inheritors of the liberal tradition of the rule of law, and others reinforced by the need to fill the criminal law with democratic content. Concluding that the valid valuation elements to legitimize the criminal intervention are in relation to the inalienable elements that have constitutional principles and rights as background; constituting into insurmountable limits: the principle of substantial legality (the dignity of the person), the principle of proportionality (subsidiarity, last ratio), the guilt principle (presumption of innocence), no admission of exceptions, (principle of equality), to the exercise of the state *iuspuniendi*.

**Keywords:** Constitutional principles, Constitutional rights, Criminal intervention, Constitutional state.

## INTRODUCCIÓN

El profesor alemán Wolfgang Frisch nos enseña que, “como limitación de la libertad de acción, la desaprobación de determinados comportamientos en virtud de su peligro característico requiere aún legitimación, la cual no puede circunscribirse al propio peligro. La prohibición de comportamiento, para que pueda estar legitimada la restricción de libertad a ella conectada, tiene que ser apropiada y necesaria para el fin perseguido al establecerla (...) y además no debe representar una intervención inadecuada y desproporcionada” [FRISCH, Wolfgang. Comportamiento típico e imputación del resultado. Madrid-Barcelona: Marcial Pons, 2004, pp. 84-85.1].

Sabias palabras que nuestro legislador y nuestros operadores de justicia suelen olvidar al promover la intervención inadecuada y desmesurada del Derecho Penal. Sin duda, el Código Penal vigente no atiende a dicha exigencia de proporcionalidad cuando sanciona con pena de ocho a doce años al ciudadano que emplea intimidación o violencia contra un miembro de la Policía Nacional para impedir o trabar la ejecución de un acto propio de sus funciones, mientras que sanciona con un máximo de tres años al funcionario público que, abusando de sus atribuciones, comete u ordena un acto arbitrario que causa perjuicio a un ciudadano; y con una pena de cuatro a ocho años al funcionario público que se apropia de recursos del Estado cuya custodia le está confiada por razón de su cargo.

Frente a dichas distorsiones que origina la propia norma penal es que nos encontramos día a día frente a casos de ex ministros y funcionarios públicos corruptos que, en el mejor de los casos, son condenados a penas menores o, simplemente, regresan a casa con la benévola absolución de nuestros jueces; mientras que ciudadanos que no ejercen cargo alguno deben

enfrentar acusaciones que solicitan más de diez años de cárcel por insultar a un funcionario público. Evidentemente es condenable la ausencia de respeto a la autoridad, pero no creemos que el Derecho Penal sea la herramienta adecuada para “educar”, más aún frente a un país en el que la autoridad - es lamentable decirlo- pierde día a día legitimidad, al verse constantemente involucrada en actos de corrupción que, luego, no son debidamente perseguidos ni sancionados por otras “autoridades” que mal honor hacen a su título.

Más allá de que el constante incremento de penas no ha solucionado el grave problema de inseguridad ciudadana en el que vivimos, preocupa aún más la desproporcionalidad que evidencia en el Código Penal y que, lamentablemente, congresistas con la más alta formación jurídica que están detrás del mismo “no quieren ver” esa realidad y legislan sujetos a otros intereses.

Finalmente, resulta lamentable que hasta la fecha el legislador no entienda que el Derecho Penal no debe servir de instrumento que consolide una determinada moral. Fruto de esa falta de entendimiento se mantiene el delito de Homicidio Eutanásico con una pena privativa de libertad de hasta tres años (artículo 112) y el delito de Aborto sentimental o eugenésico, (artículo 120), constituye una inaceptable expresión de Derecho Penal Simbólico, en el que se victimiza doblemente a la mujer violada, evidenciando el Estado un alto desprecio para quien ha sido víctima de uno de los crímenes más horrendos.

En el marco de un Estado constitucional, que se funda en los derechos constitucionales, el derecho penal no puede estar en la otra orilla, sino todo lo contrario, por lo que a fin de darle la compatibilidad del caso se quiere que la intervención penal del Estado no adolezca

de legitimación y se constituya en herramienta útil y adecuada para enfrentar la inseguridad ciudadana y la delincuencia.

En esa línea de ideas se ha estructurado el presente trabajo en cuatro capítulos: el Capítulo I, está referido al Problema y la metodología de la investigación, en la cual siguiendo el diseño de la investigación científica se elaboró el planteamiento del problema, la formulación del problema, los objetivos, hipótesis y la metodología empelada. En el Capítulo II, está referido al marco Teórico de la Investigación, en el cual en base a la técnica del fichaje se elaboró el sustento teórico-doctrinario de nuestra investigación, para lo cual se tomó las principales teorías jurídicas respecto al problema de investigación. El Capítulo III, está referido a los resultados y análisis de la información, en la cual se procedió al recojo de información en base a las variables de investigación, los mismos que fueron luego analizados en base a la técnica del análisis cualitativo. El capítulo IV, referido a la discusión y validación de la hipótesis, en la cual justifica la hipótesis planteada en base a los resultados obtenidos y los fundamentos que justifican la validez de la misma, de forma coherente y argumentativa.

El titulado.

# CAPÍTULO I

## EL PROBLEMA Y LA METODOLOGÍA DE LA INVESTIGACIÓN

### 1.1. Descripción del problema.

En los últimos años, la ciencia penal ha seguido un camino de normativización de las categorías conocidas como clásicas, presionada por la realidad social cambiante y por la llamada sociedad de riesgo. La flexibilidad de las categorías y de los principios que le dan sustento se ha percibido especialmente en la legislación del derecho penal económico.

La tensión entre esos nuevos delitos y las categorías y principios diseñados como barreras irrenunciables desde la Escuela Clásica ha dado lugar a un debate que ha protagonizado buena parte de los años dos mil - prácticamente no acabado - respecto a la cuestión de hasta qué punto es posible normativizar (flexibilizar) los conceptos y los principios penales para hacer frente a nuevas realidades que amenazan la convivencia social.

Pero no solo esta normativización de las categorías ha afectado a los «nuevos delitos», pues también los clásicos han sufrido una ampliación punitiva sin precedentes. Para responder a esta problemática, es preciso previamente comprender cuáles son las características de esas herramientas conceptuales que posee el derecho penal para hacer frente a esa realidad social que demanda una mayor intervención penal.

En suma, qué método o caminos han de seguirse para hacer frente a las modernas formas de criminalidad y si estas son objeto de nuestro estudio y análisis o si lo son de otras ramas del ordenamiento u otras formas de control social en las que deben implicarse en la sociedad. Para ello, nos adentraremos en las características de objeto y método en los momentos actuales, en sus discusiones más importantes.

Empezaremos por desarrollar todos los cuestionamientos o dificultades conceptuales propios del pensamiento orientado a fines sociales, abierto a las consideraciones político-criminales inaugurado por Roxin.

Ciertamente, esta corriente de pensamiento ha dado lugar a un desarrollo del conocimiento del derecho penal sin precedentes. Seguido por buena parte de la doctrina española y latinoamericana, el derecho penal orientado por las consideraciones de la política criminal ofrecía buenas herramientas para comprender las finalidades sociales de una sociedad cambiante, en donde la pena ya no podía ser explicada como castigo divino o real (ni como mera retribución), sino como instrumento de control social enmarcado en el modelo del Estado social y democrático de Derecho.

Dentro de este marco, la pena ha de cumplir finalidades sociales como la contención del delito. Ahora bien, el problema es que solo con respecto a esto último se ha llegado a un acuerdo. ¿Cuáles son esas finalidades sociales? ¿Qué prevención es válida, prevención general, prevención especial, prevención general negativa, prevención general positiva? ¿Qué sucede con las contradicciones entre ellas? Se ha abierto una cantidad de interrogantes resueltas de muy distinta manera por la comunidad científica.

## **1.2. Formulación del problema.**

### **1.2.1. Problema general.**

¿Cuáles son los elementos valorativos válidos para legitimar la intervención penal en el marco de un Estado Constitucional?

### **1.2.2. Problemas específicos.**

- a.** ¿Cuáles son esos valores o principios que puedan servir de guía al legislador, al juez y a cualquier operador jurídico, para legitimar la intervención penal en el marco de un Estado Constitucional?
- b.** ¿La imposición de una pena que es una limitación sustancial a los derechos fundamentales debe estar justificada solo para salvaguardar bienes sociales de relevancia constitucional, en un Estado social de Derecho?
- c.** ¿Cómo limitar la capacidad expansiva del poder punitivo del Estado, para poder legitimar la intervención penal en el marco de un Estado Constitucional?

### **1.3. Importancia del problema.**

En ese sentido, la contención del poder punitivo del Estado no es más que la contención del poder político, siempre tentado de la utilización de la pena para el mantenimiento de un determinado orden social. Como recuerda De Sousa Santos: «Las violaciones más serias de los derechos humanos, relacionadas con las desigualdades crecientes en el sistema mundo y también con las actividades de las empresas transnacionales, tienen hoy en día una clara dimensión transnacional [...]».

Los Estados-nación seguirán siendo, en el futuro predecible, un foco importante de las luchas por los derechos humanos, por su calidad dual de violadores y de promotores y garantes de esos derechos» (2009, p. 432).

## **1.4. Justificación y viabilidad.**

### **1.4.1. Justificación teórica.**

La investigación a desarrollar se encuentra justificada en el paradigma jurídico del Neoconstitucionalismo (Carbonell, 2009) y en la teoría de los derechos fundamentales (Alexy, 2007), y el garantismo Penal (Ferrajoli, 2007); las tres teorías permitirían determinar los elementos valorativos válidos para legitimar la intervención penal en el marco de un Estado Constitucional. La primera teoría permita entender el ordenamiento jurídico como un conjunto de principios y reglas. El segundo los derechos fundamentales como límites al ejercicio del poder del Estado y el tercero el respeto de las garantías penales tanto materiales como procesales.

### **1.4.2. Justificación práctica.**

La finalidad práctica de la presente investigación consistirá en evaluar los elementos valorativos válidos para legitimar la intervención penal en el marco de un Estado Constitucional, desde la perspectiva del neoconstitucionalismo, de los derechos humanos.

En ese sentido, debemos creer verdaderamente en la renovada y necesaria apuesta por los derechos humanos, pues es observable empíricamente la atención de los estudiosos por situar estos valores como centro del objeto o del método de estudio para diversos temas penales. Sea para el ámbito del derecho penal económico (Demetrio Crespo & Nieto Martín, 2018), respecto a la vulneración de los derechos humanos por parte de empresas (Zúñiga Rodríguez, 2018), las afecciones medioambientales (de Vicente, 2018), o las violaciones de derechos humanos

cometidas por dictaduras (Messuti,2013; Berdugo, 2017), la justicia universal (Pérez Cepeda, 2012), lo cierto es que existe un renovado interés por los derechos humanos por parte de la doctrina.

Así mismo, desde la praxis política también puede observarse la relevancia de los derechos humanos para comprender incluso valores como libertad y seguridad, que en las mentes neoliberales son conceptos contrapuestos, pero que en un círculo virtuoso de promoción y respeto de los derechos humanos pueden ser términos conciliables y enriquecedores uno de otro. En un complejo de problemas globales, el respeto a los derechos humanos es un vértice clave de la resolución de los mismos.

#### **1.4.3. Justificación legal.**

- Constitución Política del Perú
- Ley Universitaria N° 30220
- Estatuto de la UNASAM
- Reglamento de Grados y título de la FDCCPP- UNASAM

#### **1.4.4. Justificación metodológica.**

El enfoque metodológico que se empleó en la presente investigación será el del Enfoque Cualitativo, toda vez que se recogieron datos empíricos o facticos de la realidad jurídica, tampoco se realizó ninguna medición numérica, sino solo se hicieron de valoraciones, apreciaciones e interpretaciones jurídicas, con el propósito de describir el objeto que estudio, a través de la hermenéutica jurídica.

#### **1.4.5. Justificación técnica.**

Se conto con el soporte técnico e informático necesario, habiendo previsto una computadora personal, impresora, scanner, y el software respectivo Office 2019.

#### **1.4.6. Viabilidad.**

- a. Bibliográfica:** Se conto con acceso a fuentes de información tanto bibliográficas, hemerográficas y virtuales, los que permitió recoger información para el marco teórico y para la validación de la hipótesis.
- b. Económica:** Se conto con los recursos económicos para afrontar los gastos de la investigación, los mismos que estuvieron detallados en el presupuesto; y que serán asumidos por el responsable de la investigación.
- c. Temporal:** El periodo de investigación se desarrolló la ejecución y control, así como la elaboración del informe final de la tesis correspondió al año 2019.

### **1.5. Formulación de objetivos.**

#### **1.5.1. Objetivo general.**

Determinar los elementos valorativos válidos para legitimar la intervención penal en el marco de un Estado Constitucional.

#### **1.5.2. Objetivos específicos.**

- a.** Describir los valores o principios que puedan servir de guía al legislador, al juez y a cualquier operador jurídico, para legitimar la intervención penal en el marco de un Estado Constitucional.

- b. Analizar si la imposición de una pena que es una limitación sustancial a los derechos fundamentales debe estar justificada solo para salvaguardar bienes sociales de relevancia constitucional, en un Estado social de Derecho.
- c. Explicar los mecanismos para limitar la capacidad expansiva del poder punitivo del Estado, para poder legitimar la intervención penal en el marco de un Estado Constitucional.

### **1.6. Formulación de hipótesis.**

Los elementos valorativos válidos para legitimar la intervención penal están en relación a garantizar los principios y derechos constitucionales como el principio de legalidad sustancial (la dignidad de la persona), el principio de proporcionalidad (subsidiariedad, ultima ratio), el principio de culpabilidad (presunción de inocencia), y la no admisión de excepciones, (principio de igualdad) en el ejercicio del ius puniendi estatal, convirtiéndose en criterios de constitucionalidad y legitimación.

### **1.7. Variables.**

**a. Variable Independiente:** Los elementos valorativos irrenunciables: Los Principios y derechos constitucionales

**b. Indicadores:**

- Principios y valores constitucionales
- Principio de legalidad sustancial (la dignidad de la persona)

- Principio de proporcionalidad (subsidiariedad, ultima ratio)
- Principio de culpabilidad (presunción de inocencia).
- No admiten excepciones, (principio de igualdad).

**c. Variable dependiente:** Legitimación de la intervención penal

**d. Indicadores:**

- Racionalidad jurídica
- Discrecionalidad jurídica
- Interdicción de la arbitrariedad
- Control constitucional

## 1.8. Metodología.

### 1.8.1. Tipo y diseño de investigación.

**a. Tipo de investigación:** Corresponde a una investigación jurídica dogmática teórica y normativa, cuya finalidad fue profundizar y ampliar los conocimientos sobre los elementos valorativos válidos para legitimar la intervención penal en el marco de un Estado Constitucional.

**b. Tipo de diseño:** Corresponde a la denominada No Experimental, debido a que careció de manipulación la variable independiente, además no posee grupo de control, ni tampoco experimental; su finalidad fue analizar el hecho jurídico identificado en el problema después de su ocurrencia, sobre los elementos valorativos válidos para legitimar la intervención penal en el marco de un Estado Constitucional.

- c. **Diseño General:** el diseño transversal, toda vez que se realizó el estudio del hecho jurídico en un momento determinado de tiempo, el recojo de datos estuvo delimitado por el periodo del 2019.
- d. **Diseño específico:** Se empleó el diseño descriptivo, toda vez que se estudió los factores que generan situaciones problemáticas sobre los elementos valorativos válidos para legitimar la intervención penal en el marco de un Estado Constitucional.

## **1.8.2. Plan de recolección de la información.**

### **1.8.2.1. Población.**

- a. **Universo Físico:** Careció de delimitación física o geográfica, ya que estuvo constituida por el nacional en general.
- b. **Universo Social:** La población materia de estudio se circunscribió al aporte de los juristas a nivel dogmático y los magistrados a nivel jurisprudencial.
- c. **Universo temporal:** Correspondió al periodo del 2019, espacio temporal donde se ejecutó la investigación.

### **1.8.2.2. Muestra**

- a. **Tipo:** No Probabilística
- b. **Técnica muestral:** Intencional
- c. **Marco muestral:** Doctrina, jurisprudencia y norma.
- d. **Unidad de análisis:** Documental.

### **1.8.3. Instrumento(s) de recolección de la información**

- a. Fichaje.** Ello referido a las fuentes o textos bibliográficos y hemerográficos para recopilar información sobre la doctrina sobre el problema de investigación, empleándose la Fichas textuales, Resumen y comentario.
- b. Ficha de análisis de contenido.** Para el análisis de la jurisprudencia y determinar sus fundamentos y posiciones dogmáticas, se empelaron la ficha de análisis.
- c. Electrónicos.** La información que se recabó de las distintas páginas web, que se ofertan en el ciberespacio, sobre nuestro problema de investigación, empelándose las fichas de registro de información.
- d. Fichas de Información Jurídica.** Es un criterio de recolectar la información, a fin de almacenarla y procesarla adecuadamente, de forma coherente y sistemática, para lo cual se empelo un programa informático como soporte técnico.

### **1.8.4. Plan de procesamiento y análisis de la información**

Para el registro de los datos se tuvieron que tener los siguientes criterios:

- a.** Identificación del lugar donde se buscará la información.
- b.** Identificación y registro de las fuentes de información.
- c.** Recojo de información en función a los objetivos y las categorías.
- d.** Análisis y evaluación de la información.
- e.** Sistematización de la información

El plan de recojo de la información por la naturaleza de la investigación que es teórica; comprendió en primer lugar la selección de los instrumentos de recolección de datos, en ese sentido se emplearon las siguientes:

- a. Para las fuentes bibliográficas, hemerográficas y virtuales se realizó a través de las fichas bibliografías, literales, resumen y comentario. Para la jurisprudencia se empleó la ficha de análisis de contenido, los que nos permitirán recoger datos para la construcción del marco teórico y la discusión, y de esa forma validar la hipótesis planteada.
- b. Para el estudio de la normatividad se realizó a través de los métodos exegético y hermenéutico, para tener una visión sistemática nuestro problema de estudio.
- c. Para la sistematización de la información se empleó la técnica de la argumentación jurídica, a fin de justificar las proposiciones o enneciados jurídicos de forma clara, coherente y racional.

#### **1.8.5. Técnica de análisis de datos y/o información.**

Para el procesamiento y análisis de la información se empleará la técnica del análisis cualitativo (Álvarez-Gayou, 2003), cuyos aspectos a considerar fueron:

- a. No admisión de valoraciones cuantitativas
- b. La descomposición de la información en sus partes o elementos,
- c. Describir y explicar las características esenciales del hecho o fenómeno.
- d. Uso de la hermenéutica para la justificación del proceso interpretativo.
- e. Uso de la triangulación de teorías para cotejar los datos.

### **1.8.6. Validación de la hipótesis.**

Se empleó el método de la argumentación jurídica (Atienza, 2004) que consistió en justificar con criterios racionales la hipótesis, teniendo en consideración los siguientes aspectos:

- a.** Uso de la concepción argumentativa a del derecho
- b.** La fundamentación racional de los enunciados jurídicos
- c.** Diseñar argumentos a favor y en contra de la opción tomada
- d.** La validación de la hipótesis a través de la evidencia a favor o en contra de la misma. hipótesis.

## CAPÍTULO II

### MARCO TEÓRICO

#### 2.1. Antecedentes.

Revisado las tesis sustentadas en la FDCCPP de la UNASAM, así como de otras universidades de nuestra localidad no se ha podido encontrar trabajos de investigación relacionados con la presente investigación, pero si se han encontrado trabajos relacionados a nivel nacional e internacional:

Guzmán Guerrero Carlos Joel (2018). “Los principios constitucionales limitadores del ius puniendi estatal en el neoconstitucionalismo y derecho penal garantista”. Tesis para optar el grado de maestro en Derecho, Mención Derecho Procesal y Administración de Justicia. Universidad Nacional Santiago Antúnez de Mayolo. Huaraz. La presente investigación tuvo por finalidad analizar el tratamiento dogmático, de los principios constitucionales limitadores del ius puniendi estatal en el marco del neoconstitucionalismo y del derecho penal garantista; para lo cual se investigó respecto al problema del bien jurídico desde la perspectiva del nuevo constitucionalismo. Por una parte, el neoconstitucionalismo, en tanto modo de acercarse al Derecho, no conduce a una concepción constitucionalista del bien jurídico en sentido estricto. Por otra parte, el neoconstitucionalismo, en tanto ideología de los derechos fundamentales, establece un marco referencial de sustrato material abierto que el legislador no puede sobrepasar. Los bienes jurídicos protegibles en el Derecho penal están antepuestos a la Constitución y se forman discursivamente dentro del marco referencial de los derechos humanos.

Rojas Rodríguez, Héctor Fidel (2014). “Los principios constitucionales limitadores del Ius Puniendi ¿Qué límites rigen el Derecho Administrativo Sancionador en el Perú?”. Lima. Tesis para obtener el grado académico de Magíster en Derecho con Mención en Derecho Penal. Pontificia Universidad Católica del Perú. El presente trabajo pretende analizar el ordenamiento sancionador público en el Perú, poniendo en evidencia algunos problemas y limitaciones que lo aquejan, en cuanto a la aplicación respetuosa de las garantías que rigen, desde la Constitución, para toda norma sancionadora. En particular, se analiza la problemática que afecta a una manifestación de ese ordenamiento sancionador público: el Derecho Administrativo Sancionador peruano. Admitir que el Derecho Administrativo Sancionador patrio muestra hoy características muy similares a las de aquel derecho represivo prebecariano, al que hace referencia el texto citado, no es una ligereza. Como sucedía en aquel contexto en España, el Derecho Administrativo Sancionador en el Perú no tiene un desarrollo teórico, normativo o jurisprudencial, que respete las exigencias de un Estado Social y Democrático de Derecho. Contrariamente, se evidencia un claro desorden y falta de sistematicidad de las normas que regulan la imposición de sanciones de carácter administrativo.

Paredes Mejía Miguel Ángel (2016). “Obligatoriedad del control de convencionalidad difuso como parámetro del control jurídico de la investigación preparatoria en el proceso penal peruano”. Tesis para optar el título profesional de Abogado. Universidad Nacional Santiago Antúnez de Mayolo. Huaraz. El objetivo de la investigación fue analizar y justificar la obligatoriedad jurídica y operatividad funcional del control de convencionalidad difuso como parámetro del control judicial de la investigación preparatoria en el proceso penal peruano; para lo cual se realizó un estudio cualitativo, transversal, explicativo, cuyo diseño

fue no experimental, La investigación ha demostrado que: El control de convencionalidad se debe considerar como una obligación internacional a la cual está llamado el Estado peruano, en virtud de la ratificación respectiva de la Convención Interamericana de Derechos Humanos; y que el TC ha reconocido aceptando el control de convencionalidad y la incidencia de la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos en la consideración y resolución de casos sometidos a la Corte de Constitucionalidad. Así se establece el deber ex officio por parte de los tribunales ordinarios de la realización del control de convencionalidad entre normas de derecho interno y las de un instrumento normativo internacional, dentro de sus respectivas competencias y de acuerdo con las regulaciones procesales correspondientes.

López Cruz, Over Carlos (2014). “Los efectos de la constitucionalización de las garantías procesales y la eficacia del proceso penal en el código procesal penal peruano”. Tesis para optar el título profesional de Abogado. Universidad Nacional Santiago Antúnez de Mayolo. Huaraz. El objetivo de la investigación fue analizar y determinar los efectos de la constitucionalización de las garantías procesales y la eficacia del proceso penal en el código procesal penal peruano; para lo cual se realizó un estudio cualitativo, transversal, explicativo, cuyo diseño fue un no experimental. La investigación ha demostrado que existe una relación directa entre Constitución y Proceso Penal, a la luz que la Constitución ha reconocido un conjunto de derechos y principios procesales, de este conjunto de esos derechos y principios procesales, se derivan un conjunto de consecuencias en orden tanto a los derechos y garantías de los justiciables, cuanto a los límites de los poderes públicos; los mismo que definen los aspectos orgánicos de la jurisdicción penal, la formación del objeto

procesal y régimen de actuación de las partes (proceso), así como de la actuación formal de la pretensión punitiva y de su resistencia hasta la sentencia definitiva (procedimiento).

André Pedrolli Serretti (2017). “Derecho penal del enemigo: Análisis de un modelo político criminal. Del rechazo al derecho penal de la exclusión a la legitimación de un derecho penal de lucha basado en valores constitucionales”. Tesis del Doctorado en Derecho Penal. Universidad de Salamanca. España. Jakobs sostiene que fundamenta su forma sociológica de observar el derecho penal en la Teoría funcional de Sistemas Sociales de Niklas Luhmann. Siempre es necesario investigar los fundamentos filosóficos y sociológicos de los institutos y teorías del Derecho Penal, para que se pueda entender sus orígenes y funciones, lo que permite una mejor comprensión acerca del tema. Innumerables juristas pertenecientes a la tradición romano-germánica atacan la teoría del Derecho Penal de Enemigo de muchas formas, con base en algunas teorías de origen epistemológico distinto, especialmente las teorías del Garantismo Penal y del Neoconstitucionalismo, la primera de matiz iusnaturalista y la segunda de carácter iuspositivista, sosteniendo la inconstitucionalidad total de entrada de la teoría del Derecho Penal del Enemigo. Lo que se propone en este trabajo es, desde un análisis de los ordenamientos jurídicos de España, Italia y Brasil, ir más allá de llevar a cabo una revisión bibliográfica de las críticas que se hace al Derecho Penal del enemigo, que parten, en general, desde un punto de vista externo, investigarlo y criticarlo de una forma interna, analizando sus presupuestos y la realidad que propone implementar y, al final, encontrar una respuesta a los fenómenos de macro - criminalidad conforme a la Constitución.

Jaime Alberto Sandoval Mesa (2016). “El principio de legalidad en materia penal en Colombia y su proceso de transformación. Tensiones entre la ley positiva y los criterios de seguridad jurídica, justicia material y legitimidad”. Tesis doctoral de Derecho Constitucional

Penal. Universidad Santo Tomás – Facultad de Derecho. Bogotá. La presente tesis doctoral estudia el proceso de transformación del principio de legalidad penal en Colombia, a partir de su concepción sustancial. Sobre esta base, el principio analizado se define en razón de las tensiones actuales que se presentan entre el concepto de ley positiva y sus divergencias con respecto a los elementos de justicia material y seguridad jurídica. Todos ellos integrantes de un principio mayor que los contiene en el Estado Social de Derecho relativo al principio de Legitimidad.

## **2.2. Bases teóricas.**

### **2.2.1. El garantismo penal**

Para comprender un poco el Garantismo, es necesario determinar lo que significa “garantía”. “Garantizar significa afianzar, asegurar algo. Y, cuando hablamos de esa doctrina, ese “algo” que se tutela son derechos o bienes individuales, estableciendo instrumentos para la defensa de los derechos de los individuos frente a la agresión (por parte de individuos o del Estado) (Ferrajoli, 1995, p. 21). En síntesis, “...establecimiento de límites y vínculos al poder para minimizar las amenazas” (Gascón, 2005, p; 21).

Se trata, según Gascón: “De una teoría donde se busca neutralizar un potencial abuso del poder, buscando un sistema de garantías en el Derecho, oponiéndose al autoritarismo en Política y ejercicio del poder y, por tanto, teniendo fuerte aplicación a la política criminal del Estado, especialmente utilizando el principio de la estricta legalidad” (2005, pp. 21-22).

Es decir, se trata de una teoría donde se busca neutralizar un potencial abuso del poder, buscando un sistema de garantías en el Derecho, oponiéndose al autoritarismo en Política y ejercicio del poder y, por tanto, teniendo fuerte. Esta nueva corriente del constitucionalismo coloca en el centro de su atención a los mecanismos, identificados como garantías, para hacer eficaces los derechos fundamentales.

Ya en el terreno del derecho constitucional, garantías son los medios de tutela para asegurar el cumplimiento de los derechos fundamentales y para protegerlos ante el riesgo de su violación por parte de los poderes públicos.

Como apuntan Jorge Carpizo y Miguel Carbonell (2001) resulta muy pertinente no confundir las nociones, derechos fundamentales y garantías. Las garantías son los mecanismos de tutela o de protección de los derechos fundamentales. Gracias a esta distinción es posible evitar “el extremo de suponer que un derecho que no esté garantizado no es en realidad un derecho” o “creer que basta la consagración de un derecho en una carta constitucional para tenerlo por garantizado y protegido”; asimismo, dicha diferenciación “permite denunciar la inexistencia de los sistemas de tutela y protección necesarios para poder exigir una norma constitucional” (pp. 195-197).

El garantismo, así, tiene como una de sus consecuencias una concepción de modelo normativo, estableciendo el Derecho como “[u]n sistema de garantías, que limita a la protección de los bienes e intereses que deben ser perseguidos, es decir, el Estado al positivizar los derechos vitales del individuo determina su respecto y realización efectiva” (Gascón, 2005, p. 24). Es interesante, todavía, notar el concepto de Política propio del garantismo, donde se exige distinguir las condiciones de vigencia

y las condiciones de validez, extremadamente importante para que se efectivice la política criminal garantista (p. 26).

“Los principios que orientan los ordenamientos jurídicos penales modernos son fruto, en gran parte, de la Ilustración...” (Ferrajoli, 1995, p. 33). Para algunos, el Derecho penal tiene una tendencia para la ruptura con algunas posturas garantistas del modelo liberal, lo que es criticado del punto de vista de la Escuela de Frankfurt y del Garantismo. En política criminal, los principios liberales se concretaron como un rol de garantías penales que deben estar tan incrustadas en el Sistema legal, y que no se pueden quebrantar (Gracia, 2002, p. 382).

Para el funcionamiento perfecto del sistema democrático, el Derecho debe poseer mecanismos para limitar el propio Derecho, eso fue introducido con el concepto de contrato social, lo que empezó en la Ilustración y fue desarrollado en los siglos siguientes, sobre todo a través de la profundización de los movimientos constitucionalistas.

#### **2.2.1.1. Del garantismo penal al garantismo global.**

- a. La iuris y la ratio del garantismo:** Luigi Ferrajoli (1997) es autor de esta teoría que fue explicada a partir de la doctrina del derecho penal.

Sin embargo, en la actualidad la visión conceptual de esta corriente del pensamiento resulta tan vasta y compleja, al grado tal, que estamos en presencia de una sólida teoría particular del derecho.

En este sentido, tenemos que la expresión garantismo se emplea desde tres ópticas: i) como modelo normativo de Derecho, ii) como teoría jurídica, y iii) como filosofía política.

El jurista florentino, en su obra *Derecho y razón. Teoría del garantismo penal*, puntualiza claramente los alcances del garantismo:

“El garantismo, como técnica de limitación y de disciplina de los poderes públicos dirigida a determinar lo que los mismos no deben y lo que deben decidir, puede muy bien ser considerado el rasgo más característico (no formal, sino) estructural y sustancial de la democracia: las garantías tanto liberales como sociales, expresan en efecto los derechos fundamentales de los ciudadanos frente a los poderes del Estado, los intereses de los débiles respecto a los fuertes, la tutela de las minorías marginadas o discrepantes respecto a las mayorías integradas, las razones de los de abajo respecto de las de los de arriba” (1997, p. 846).

**b. Características del garantismo:** Según Gascón (2005, pp. 21-39), los rasgos fundamentales del garantismo son:

**b.1.** En primer término, es “una tesis metodológica de aproximación al derecho que mantiene la separación entre ‘ser’ y ‘deber ser’, entre efectividad y normatividad...” (sic) (p. 22).

**b.2.** Esta tesis es aplicable en los siguientes ámbitos del análisis jurídico:

- El meta-jurídico del enjuiciamiento moral del derecho.
- El jurídico del enjuiciamiento interno del derecho.

- El sociológico de la relación entre el derecho y su práctica social efectiva.
- b.3.** En el plano meta-jurídico, la tesis metodológica del garantismo significa la separación entre “ser” y “deber ser”, entre derecho y moral, así como entre derecho y justicia.
- b.4.** Desde la perspectiva del garantismo, el Estado es un mero instrumento y la dignidad personal la finalidad principal.
- b.5.** El modelo del derecho es normativo, es decir, “el derecho es un sistema de límites y vínculos al poder político para la protección de los bienes e intereses que deban ser perseguidos” (p. 24).
- b.6.** Para el garantismo resulta relevante la distinción entre “ser” y “deber ser” en el derecho: la validez y la eficacia de las normas son categorías diferentes entre sí, al igual que son diversas de la vigencia o existencia. Lo anterior influye en el modelo de juez y jurista: el garantismo le exige una posición crítica frente a la ley con el objeto de evitar su eficacia precaria en el ordenamiento.
- b.7.** Desde el garantismo el modelo de la política significa, por un parte, que la legitimidad de la acción política se basará en la capacidad de concretar en la realidad los bienes y valores que, de acuerdo con el modelo normativo vigente, deban ser perseguidos y, por otra parte, la democracia no se reduce simplemente a lo electoral sino a sus contenidos.

Según Prieto (2003) “...la rematerialización constitucional –sostiene Luis Prieto Sanchis- representa una premisa insoslayable para el desarrollo de la dimensión sustancial de la democracia que promueve el garantismo y que consiste básicamente en someter el juicio de validez de las leyes no sólo a criterios formales o relativos al órgano competente y al procedimiento (quién legisla y cómo lo hace), sino también a los criterios sustantivos o de contenido que proporcionan los derechos constitucionales, tanto los civiles y políticos como los sociales.” (2003, p. 105).

**c. La ley del más débil:** El papel que históricamente han jugado los derechos fundamentales ha consistido en ser limitaciones a los abusos del poder público. En un primer momento fueron los derechos civiles y de libertad que pusieron freno al absolutismo, más tarde, los derechos laborales que permitieron transitar de un Estado liberal a un Estado de bienestar social. Hoy se reivindican nuevos derechos (medio ambiente, paz, entre otros) todavía de difícil cumplimiento.

“...Los derechos fundamentales se afirman siempre –sentencia Ferrajoli- como leyes del más débil en alternativa a la ley del más fuerte que regía y regiría en su ausencia.” (Ferrajoli, 1999, p. 54).

**d. La triple dirección de la democracia constitucional:** Ferrajoli (1989) al referirse al neoconstitucionalismo señala que, para que el paradigma de la democracia constitucional madure, es menester que se amplíe en tres dimensiones, a saber:

- d.1.** Que se garanticen todos los derechos sin excepción;
- d.2.** Que esos derechos se hagan valer ante cualquier tipo de poder, incluso los poderes privados, y
- d.3.** Que verdaderamente los derechos se apliquen en los ámbitos doméstico y mundial.

### **2.2.2. Garantismo y Derecho penal**

Hablar de garantismo remite, como referente obligado, al profesor de Teoría del Derecho de la Universidad de Camerino (Italia) Luigi Ferrajoli (1989), quien ha utilizado el pensamiento de distintos autores como material para construir una teoría, [mas] no como teorías a las que permanecer fiel.

Según Ferrajoli (2008) el garantismo es una ideología jurídica, es decir, una forma de representar, comprender, interpretar y explicar el derecho. Se trata también de una serie de postulados en construcción que conforman una teoría general, donde se explica la lógica del Estado de derecho, vinculada estrechamente con la teoría del Estado constitucional (desde el punto de vista normativo), y con el llamado neoconstitucionalismo (desde el punto de vista teórico).

La teoría del garantismo desconfía del poder, público o privado, de alcance nacional o internacional. Ante ellos no se da de manera espontánea un cumplimiento espontáneo de los derechos, por tal razón se les debe limitar, sujetarlos a vínculos jurídicos que los acoten y que preserven los derechos subjetivos, sobre todo si tienen carácter de derechos fundamentales (Ferrajoli, 2006, p. 31).

Por su parte Marina Gascón afirma que “la teoría general del garantismo arranca de la idea —presente ya en Locke y en Montesquieu— de que del poder hay que esperar siempre un potencial abuso que es preciso neutralizar haciendo del derecho un sistema de garantías, de límites y vínculos al poder para la tutela de los derechos” (2005, p. 22).

El garantismo afirma la separación entre derecho y moral, entre delito y pecado, entre validez y justicia, construyendo los fundamentos, desde su óptica, para la función del derecho penal y la finalidad de la pena.

### **2.2.3. La Constitución como fuente de legitimación del derecho penal**

Según Bernate (2004) Las propuestas mencionadas, que dominan el panorama contemporáneo de la discusión, surgen a partir de la segunda mitad del siglo XX, principalmente en Italia, y sostienen que la legitimación del derecho penal se deriva directamente del contenido de la Constitución que, como norma superior, establece los fines y las funciones que debe cumplir el ordenamiento represor, para que produzca los efectos buscados por el ordenamiento constitucional, aun a costa de renunciar a la construcción de un sistema como tal. Lo anterior depende de la solución en cada caso, así como de lo político-criminalmente deseable de acuerdo con las pautas establecidas.

Esta corriente ideológica encuentra en las propuestas de Roxin, su principal exponente mundial en la actualidad. Para este autor, el fin del derecho penal se deriva del Estado, y consiste en garantizar la vida en común de los ciudadanos sin que sea puesta en peligro. (Roxin, 1991, p. 21).

En Italia, la doctrina mayoritaria ha seguido el camino de legitimar el derecho penal a partir de la Constitución, gracias a las tesis de Briccola. Así, Donini encuentra

en la Carta el fundamento tanto de la pena como del derecho penal. Señala el mencionado autor que la norma fundamental impone un modelo de intervención penal al Parlamento, al cual éste se encuentra vinculado en los fines e instrumentos de tutela, así como en sus límites negativos. (Donini, 2001, pp. 24 y ss). Interesante resulta la afirmación de este autor, en cuanto sostiene que su posición adquiere un corte iuspositivista.

En España encontramos un panorama semejante: los más destacados autores han elegido de igual forma legitimar el derecho penal a partir de la norma superior. Arroyo Zapatero, quien ha propuesto la tesis del programa penal de la Constitución, señala que de la Carta se derivan los principios y reglas esenciales que deben respetarse en los procesos de incriminación, en la imputación del comportamiento o la asignación de responsabilidad, así como en los fines de la pena (Arroyo, 1998, p. 3).

En criterio de este autor, para la protección de un determinado bien se debe tener en cuenta la importancia que le da el orden superior, y es necesario que sea imprescindible para mantener el orden social. Continuando con los autores ibéricos, García Rivas (1996) sostiene también la vinculación indisoluble existente entre la Constitución y el derecho penal, en cuanto la primera define y legitima por sí misma los mecanismos de poder del Estado, dentro de los que se encuentra el derecho represor. Entre nosotros una postura similar, en lo tocante con la vinculación entre el derecho penal y la Constitución, la encontramos en la obra de Luis Carlos Pérez.

Para el mencionado jurista, el Estado surge a partir de la necesidad de mantener el orden establecido por quienes dominan en una sociedad determinada. De la existencia del Estado surge, sin más, la del derecho, que será un vehículo para imponer

orientaciones políticas. Así, el fundamento del derecho penal para el citado autor se encuentra en la Constitución, norma en la cual se encuentran reguladas las relaciones de poder. (Pérez, 1967, p. 77).

Encontramos en la actualidad posiciones como la de Sánchez Herrera, uno de los principales abanderados de esta corriente ideológica, (2002, p. 23), para quien los principios constitucionales son el fundamento, el soporte y el límite de la vinculación entre la dogmática y la política criminal.

Este autor señala que, gracias a esta vinculación, soportada por principios de origen constitucional, se busca establecer unas estrategias de control de los hechos socialmente nocivos, para garantizar los derechos y deberes establecidos en la Constitución, realizar los fines del Estado, asegurar un orden justo y resolver los problemas que plantea el derecho penal mediante la producción de consecuencias justas (Ibid., p. 23).

Según Luis Felipe (2004), dentro de estas posturas, el fundamento del derecho a castigar se encuentra en la Constitución que, como norma fundamental, establece los fines del Estado y supedita al resto del ordenamiento jurídico, que además es el fundamento del derecho a castigar, porque este último está indisolublemente ligado al modelo de Estado.

Esta corriente teórica se basa en la construcción de un sistema del delito que renuncia a la coherencia sistémica en aras de la consecución de los fines del Estado, tal y como lo plasma la Carta Fundamental, razón por la cual encuentra un referente normativo jurídico (Donini, 2001, pp. 24 y ss), si se quiere, a la hora de justificar el

derecho penal. Sin embargo, estas propuestas reciben, sin más, acríticamente los postulados constitucionales (los cuales son aceptados), así como las interpretaciones que de estas ha hecho el Tribunal Constitucional, y de esta manera desconocen las incoherencias en que puede incurrir el ordenamiento superior y dejan de lado el componente sociológico como explicación del sistema jurídico.

Según Reyes (2002), adicionalmente, el hecho de renunciar a una construcción sistemática, que prefiere las soluciones a casos concretos, en vez de establecer un sistema que dé respuestas similares a una generalidad de sucesos, sin duda resulta un esfuerzo loable, pero que torna imprevisible el sistema, cuando la previsibilidad de las decisiones judiciales, como expresión de la seguridad jurídica, constituye uno de los fines de la dogmática.

#### **2.2.4. Legitimidad del derecho penal**

El profesor alemán Wolfgang Frisch (2004) nos enseña que, “como limitación de la libertad de acción, la desaprobación de determinados comportamientos en virtud de su peligro característico requiere aún legitimación, la cual no puede circunscribirse al propio peligro. La prohibición de comportamiento, para que pueda estar legitimada la restricción de libertad a ella conectada, tiene que ser apropiada y necesaria para el fin perseguido al establecerla (...) y además no debe representar una intervención inadecuada y desproporcionada” (2004, pp. 84-85).

En ese sentido, Sánchez (2016) expresa: “Sabias palabras que nuestro legislador y nuestros operadores de justicia suelen olvidar al promover la intervención inadecuada y desmesurada del Derecho Penal. Sin duda, el Código Penal vigente no atiende a dicha

exigencia de proporcionalidad cuando sanciona con pena de ocho a doce años al ciudadano que emplea intimidación o violencia contra un miembro de la Policía Nacional para impedir o trabar la ejecución de un acto propio de sus funciones, mientras que sanciona con un máximo de tres años al funcionario público que, abusando de sus atribuciones, comete u ordena un acto arbitrario que causa perjuicio a un ciudadano; y con una pena de cuatro a ocho años al funcionario público que se apropia de recursos del Estado cuya custodia le está confiada por razón de su cargo”.

Frente a dichas distorsiones que origina la propia norma penal es que nos encontramos día a día frente a casos de ex ministros y funcionarios públicos corruptos que, en el mejor de los casos, son condenados a penas menores o, simplemente, regresan a casa con la benévola absolución de nuestros jueces; mientras que ciudadanos que no ejercen cargo alguno deben enfrentar acusaciones que solicitan más de diez años de cárcel por insultar a un funcionario público.

Agra Sánchez (2016) que evidentemente es condenable la ausencia de respeto a la autoridad, pero no creemos que el Derecho Penal sea la herramienta adecuada para “educar”, más aún frente a un país en el que la autoridad –es lamentable decirlo- pierde día a día legitimidad, al verse constantemente involucrada en actos de corrupción que, luego, no son debidamente perseguidos ni sancionados por otras “autoridades” que mal honor hacen a su título.

El problema de la legitimidad manifiesta siempre dos planos, que es necesario diferenciar: el plano general, relativo a la legitimidad del sistema o de las normas jurídicas en general; y el plano concreto, relativo a la legitimidad de la aplicación de dichas normas en el caso concreto de un sujeto obligado.

Respecto a la legitimidad del sistema jurídico en general opera, según Habermas, el “principio de discurso”: “Válidas son aquellas normas (y sólo aquellas normas) a las que todos los que puedan verse afectados por ellas pudiesen prestar su asentimiento como participantes en discursos racionales” (2005, p. 172).

Si tomamos este principio como referencia, parece que respecto a la situación de las personas excluidas este principio legitimador no puede operar como fuente del deber de obediencia penal. El motivo es que difícilmente podemos afirmar que los excluidos hayan participado o prestado asentimiento a las normas a las que estarían sujetos, especialmente donde faltan los procesos básicos de socialización – alfabetización, escolarización, pertenencia a pequeñas comunidades (familia o análogas)– (Silva Sánchez, 2013, p. 718).

Desarrollando las tesis de Habermas en el derecho penal, Günther Jakobs (1996) afirma que el castigo es legítimo en la medida en que se aplica a personas deliberativas, estatus que identifica con la posibilidad de participar en las interacciones sociales como un igual, con capacidad crítica respecto a la conductas propias y ajenas, y con capacidad de posicionamiento en los procedimientos democráticos.

Ahora bien, parece que tampoco es posible afirmar que los excluidos cumplan estos requisitos, y la razón es que éste no se percibe a sí mismo, ni es percibido en la comunicación social, como ciudadano libre e igual en el sentido que el autor exige: no tiene oportunidad de ejercer capacidad crítica alguna, ni está incluido en los ámbitos donde se informa y se discute sobre las normas que más tarde deberían aplicársele (Gargarella, 2008, p. 91).

Como afirma Luhmann, el excluido se define más bien por una “indiferencia ante el código jurídico legal/ilegal” (1995, p. 57); indiferencia que, al menos en los casos que se analizan en el presente artículo, es imputable en cierta medida al propio Estado. Es cierto que estas formulaciones acerca de la legitimidad permiten un juicio genérico y gradual acerca de los sistemas políticos, lo cual nos lleva a distinguir, según el análisis de Young, entre “sociedades incluyentes” y “sociedades excluyentes”.

Las primeras hacen referencia a aquellas comunidades con altas tasas de inclusión, donde la distribución de los recursos permite un desarrollo social simétrico entre los diferentes sectores sociales, y donde se desarrollan políticas asistenciales destinadas a la integración de los excluidos (de asistencia a mendigos, inmigrantes, personas en situación de pobreza extrema, etc.).

Las segundas, por el contrario, se definen por tratar el problema no de modo asistencial sino mediante prácticas (activas u omisivas) de estigmatización, reclusión o distanciamiento. Así, cuanto más incluyente es una sociedad más legítima tenderán a ser sus normas, y al contrario, cuanto más excluyente sea y cuanto menos universalice la aplicación del derecho menos legítimas tenderán a ser sus normas.

### **2.3. Definición de términos.**

- a. Los principios constitucionales:** Así concebidos, operan, de un lado, como pilares sobre los cuales se apoya la construcción dogmática-penal y, de otro, como límites garantísticos de selección en la estrategia de la lucha contra la criminalidad (Bricola,

1988, p. 234). Se trata de principios guías, idóneos para establecer programas político-criminales enmarcados en el respeto de los derechos fundamentales.

- b. Legitimación:** El término legitimidad (y sus derivados: legítimo(a)) se utiliza en la teoría del Derecho, en la ciencia política y en la filosofía para definir la cualidad de ser conforme a un mandato legal. En ciencia política, es el concepto con el que se enjuicia la capacidad de un poder para obtener obediencia sin necesidad de recurrir a la coacción que supone la amenaza de la fuerza, de tal forma que un Estado es legítimo si existe un consenso entre los miembros de la comunidad política para aceptar la autoridad vigente. Los subordinados aceptan el poder de acuerdo con motivaciones objetivas e impersonales); convirtiéndola prácticamente en sinónimo de legalidad. (Ferrer, E., Martínez, F., Figueroa, G, 2014).
- c. Derechos fundamentales:** Se entiende por derechos fundamentales los atributos de toda persona inherentes a su dignidad, que el estado debe garantizar, respetar y satisfacer. En su aspecto positivo son los que otorga la constitución política de nuestro país y los que se recogen en los pactos, convenios y tratados internacionales suscritos y ratificados por el país (Ferrer, E., Martínez, F., Figueroa, G, 2014).
- d. Dogmática penal:** La dogmática jurídico-penal ordena los conocimientos, las particularidades, establece categoría, conceptos, construye sistemas, interpreta, sistematiza, todo en referencia al derecho positivo: su finalidad es proporcionar seguridad jurídica de otro modo inexistente (Ferrer, E., Martínez, F., Figueroa, G, 2014).
- e. Función de la pena:** En el caso normal del delito, la pena es una especie de indemnización que es ejecutada forzosamente a costa de la persona del delincuente. El

derecho penal dirigido específicamente contra terroristas, tiene más bien el cometido de garantizar la seguridad, que el de mantener la vigencia del ordenamiento jurídico.

**f. Garantías constitucionales:** Son los medios o instrumentos que la Constitución Política pone a disposición de los ciudadanos para sostener y defender sus derechos frente a las autoridades, individuos o grupos sociales. Se entiende por principios constitucionales. - Aquellas prescripciones que contienen directrices generales que delimitan el alcance axiológico y político de un determinado orden jurídico; son verdaderas normas jurídicas y forman parte integral del ordenamiento jurídico constitucional y como tal tienen el alcance de “asegurar la permanencia y obligatoriedad del contenido material de la constitución”. Es decir, son preceptos con valor normativo y fuerza vinculante, cuya eficacia y aplicabilidad está supeditada a un desarrollo normativo complementario. Para precisar el concepto de derechos fundamentales y derechos sociales, económicos, culturales y del ambiente, es preciso definir la noción de Derechos Humanos (Ferrer, E., Martínez, F., Figueroa, G, 2014).

## CAPÍTULO III

### RESULTADOS Y ANÁLISIS DE LA INFORMACIÓN

#### 3.1. Análisis sobre el contenido del ius puniendi del Estado.

##### 3.1.1. Generalidades.

El discurso penal que tiene por objeto de estudio al Derecho penal objetivo, suele empezarse explicando los fundamentos filosóficos del mismo, con el objetivo de darle al lector una visión completa de la dogmática penal. Esta tarea la realiza el jurista, exponiendo las fuentes del Derecho penal, entre ellas la fuente de producción. Al ingresar a este campo, va a tener que definir las bases normativas sobre las que se sustenta la potestad del Estado para intervenir en los asuntos penales; potestad que no la tienen ninguna otra institución.

Se suele en doctrina, desde una base filosófica, fijar los argumentos que responden, la recurrente interrogante acerca del origen del Derecho penal y consecuentemente del ius puniendi. En la actualidad, no se discute en el ámbito jurídico penal, respecto a que sea el Estado quien tenga la titularidad de la potestad punitiva y de su ejercicio. Es inconcebible pensar lo contrario, por las propias consecuencias de la existencia de reglas constitucionales, propias de un Sistema democrático y garantista.

Existe consenso, también, en la necesidad que el ius puniendi se ejerza respetando principios básicos, que se fundamenten en la dignidad humana y en un sentido de justicia. Estas políticas de control o regulación son las que se orientan a evitar un ejercicio abusivo del poder punitivo. En suma, dentro de un Estado democrático y de derecho, es la Constitución Política, la que tiene fijar los límites del

ejercicio penal de Estado. En este sentido, son estos límites o controles los que van a ser posible la existencia de un Derecho penal con bases de legitimidad.

### **3.1.2. Ámbito Conceptual.**

Se ha señalado que el único que ejerce la titularidad del derecho a penar es el Estado, no existiendo, por ahora, cualquier posibilidad que esta situación se replantee. Se encuentra, pues, reprobada la llamada “auto justicia”, venganza privada, ejecución extrajudicial, desaparición forzada, etc.

En doctrina se utilizan distintas denominaciones para referirse al poder punitivo estatal, se suele llamar “Derecho Penal Subjetivo”, “Poder Punitivo Estatal” o “Potestad Punitiva Estatal”. Más tradicional es, en la ciencia penal, hablar de un Derecho subjetivo de castigar que corresponde al Estado frente a los ciudadanos. A partir de la escuela positiva, no obstante, se cuestiona la admisión de este planteamiento, debate que llega a la actualidad, en razón principalmente a la dificultad de estimarlo como un derecho subjetivo y a la inconveniencia de extender una noción elaborada en el terreno del Derecho privado a situaciones de carácter penal (Morillas y Ruiz, 1992, p. 32).

Diversos autores suelen referirse al poder punitivo estatal como Derecho Penal Subjetivo y sobre esta denominación exponer toda la problemática que encierra la potestad y el ejercicio punitivo del Estado (Bacigalupo, 1984; Bustos, 1986).

De acuerdo a dichos autores, no existe ningún inconveniente para utilizar cualquiera de estas denominaciones para referirnos a un mismo objeto, ya que, si hablamos de capacidad de poder ejercer la función criminalizadora, es evidente que

estamos hablando de la existencia de una potestad que sola la puede ejercer el Estado, sin pretender darle a este poder punitivo, el contenido de un estricto derecho subjetivo (Zaffaroni, 1986, p. 44).

Además, si nos centramos en la capacidad o en la fuerza para imponer decisiones de naturaleza penal, no estamos refiriendo a un poder que se tiene; y si utilizamos la palabra potestad, igualmente, estamos señalando el poder o la autoridad que tiene el Estado para decidir e intervenir en la tarea criminalizadora.

En ese sentido, no existe, ningún inconveniente a que se siga admitiendo la existencia de un *ius puniendi* estatal, en la medida que se le dé un significado más allá del simple enunciado etimológico.

En suma, al derecho penal subjetivo o *ius puniendi* lo podemos definir como la potestad penal del Estado, por virtud de la cual puede declarar punibles determinados hechos a los que impone penas o medidas de seguridad. Ello es entonces expresión del poder único y exclusivo del Estado para ejercer la violencia legítima. La violencia penal no es sino un aspecto de aquella (Bustos, 1996, p. 20).

En esta precisión conceptual de Bustos, también, se debe considerar que la función penal del Estado, no se limita a la sola criminalización de comportamientos sino también a la aplicación del Derecho penal objetivo (Ibid.). En ese sentido, Santiago Mir Puig sostiene que “El Derecho penal subjetivo –también llamado derecho a castigar o *ius puniendi*- es el derecho que corresponde al Estado a crear y aplicar el Derecho penal objetivo.” (1996, pp. 7 y ss).

Siendo así, la potestad del Estado, comprende la de criminalizar, de aplicar las sanciones penales y la de ejecutar las medidas punitivas impuestas. En suma, el Estado no solo tiene el poder para criminalizar en forma primaria y secundaria, sino que, además, monopoliza la función penal dentro del sistema. No olvidemos que el único facultado para ejercer coerción penal es el Estado.

Cierto es que la función penal estatal, debe ejercerse cumpliendo parámetros constitucionales y sujetarse a los principios que limitan y legitiman su ejercicio. Este ejercicio racional del poder punitivo es una exigencia básica, que debe ser atendida por todo Estado democrático y de derecho; pues, solo así la función del control penal se sustentaría en bases de legitimidad.

### **3.1.3. Fundamentos.**

Resulta necesario para entender la justificación y vigencia del poder punitivo estatal, el conocimiento de las bases que sustentan el origen de la potestad sancionatoria. Esto significa, ir a la fuente sobre la que se instituye el poder punitivo, a efectos de identificarla y de esta manera poder contar con los elementos suficientes para legitimar o deslegitimar, que el Estado sea el que tenga la titularidad, de manera única y exclusiva, del ius puniendi.

Para una mejor comprensión, el asunto a definir, se puede reducir a dos preguntas: en primer lugar, ¿por qué se puede castigar o imponer sanciones penales (penas o medidas de seguridad) ?; y, en segundo lugar, ¿por qué puede el Estado hacerlo? Responder a la primera cuestión conduce al campo del fundamento material; y, a la segunda, a la del fundamento político o formal (Velásquez, 1995, p. 31).

**a. Fundamento político:** En la actualidad, la respuesta a por qué el Estado ejerce la potestad punitiva, debe de tener su punto de partida en la concepción de Estado que impera. Hoy hablamos de la presencia y vigencia de un Estado social, democrático y de derecho, en este sentido, se entiende que el fundamento político del poder punitivo estatal hay que buscarlo en la Constitución Política del Estado.

Nuestra Carta Política en su artículo 44° establece que “Son deberes primordiales del Estado: defender la soberanía nacional; garantizar la plena vigencia de los derechos humanos, proteger la población de las amenazas contra su seguridad; y promover el bienestar general que se fundamenta en la justicia y en desarrollo integral y equilibrado de la nación...” El cumplimiento de estos deberes, exigen la presencia de un Estado instituido de determinadas capacidades, siendo una de ellas la de poder ejercer el control penal.

El Estado está investido del poder penal, este poder tiene su fuente en la decisión soberana del pueblo. Al respecto el artículo 45° de la Constitución Política sostiene que “El poder del Estado emana del pueblo. Quienes lo ejercen lo hacen con las limitaciones y responsabilidades que la Constitución y las leyes establecen”; por lo tanto, es el pueblo el que legitima el poder punitivo estatal, ya que le otorga la autoridad para ejercer políticas penales, dentro de ellas, la creación de los mecanismos de control penal.

El profesor Felipe Villavicencio Terreros, al explicar lo que él denomina la “función punitiva estatal” argumenta que:

Esta función está fundamentada por la Constitución Política, y en ella se encuentra su fundamentación política, como también en las normas internacionales. Políticamente el Estado es su único titular y pueden diferenciarse matices en el ejercicio del poder penal: función penal legislativa, judicial y ejecutiva (2006, p. 105).

Se debe finalizar afirmando de acuerdo a Bustos que:

En otras palabras, el Estado social y democrático de derecho plantea el ius-puniendi desde dos vertientes: desde el punto de vista socio estatal general, que dentro de una perspectiva político criminal aparece emparentado con la defensa social y, por lo tanto, se le fundamenta en la regulación de la vida social, y desde el punto de vista jurídico estatal, se lo fundamenta en los principios consagrados en el orden jurídico estatal superior, esto es, la Constitución (1995, p. 24).

**b. Fundamento Material:** Como sostiene Velásquez Velásquez (1995), que el fundamento material se le encuentra respondiendo a la pregunta por qué se puede castigar o imponer sanciones penales. Ciertamente que la pena es una necesidad y por lo tanto habría que explicar por qué es necesaria, es decir donde radica esa necesidad de pena. Planteado así este asunto, es lógico que no exista una sola posición, en doctrina, respecto a precisar el fundamento material de la potestad punitiva estatal.

Es casi lugar común en la dogmática actual afirmar que la pena se legitima por sus fines (preventivos y tutelares) y se fundamenta o justifica por su necesidad:

se sanciona penalmente porque se necesita tutelar determinados bienes, prevenir futuros delitos, conseguir un orden de seguridad jurídica, etc. La pena es –como decía Hans SCHULTZ- “una amarga necesidad en una sociedad imperfecta, como es la sociedad de los hombres” (Citado por Polaino 2004, p. 291).

El fundamento material del ius puniendi no es unívoco, desde el momento que existen, en dogmática, diversas posiciones acerca del sentido de la pena y de sus fines. A nuestro entender el fundamento material sería el de la necesidad de justicia y de la prevención, a través de un instrumento legal y legítimo, como lo es la pena.

#### **3.1.4. Manifestaciones del ejercicio del poder punitivo estatal.**

La potestad del Estado, en materia penal, comprende tanto la función de creación del Derecho penal objetivo como su aplicación y ejecución; esto se entiende, como la capacidad estatal para dirigir la funcionalidad del sistema penal en sus distintas fases. Siendo así, se debe de explicar cómo se identifica y se concentran las diversas manifestaciones del ejercicio del ius puniendi; por lo que, en esa línea, exponemos lo siguiente:

- a. Potestad única y exclusiva para criminalizar:** Se materializa cuando el Estado conduce el proceso de criminalización primaria, es decir cuando realiza el proceso de selección de nuevas infracciones punibles. Esta función es legislativa y la asumen el órgano legislativo y el órgano ejecutivo, en los casos de delegación de facultades, conforme a lo que dispone nuestra Constitución

Política. Cabe recordar que, en la historia de nuestro país, se registran casos donde el Poder Ejecutivo, concentró la potestad criminalizadora, como consecuencia de la ruptura del orden constitucional; utilizando como instrumentos normativos los Decretos Leyes.

La misma función legislativa se cumple en el proceso de sobre criminalización, en aquellos casos de incremento de penas y/o de incorporación de nuevas modalidades agravadas de infracciones penales. Es evidente que, si el Estado está facultado para sobre criminalizar, también lo está para descriminalizar y atenuar las sanciones penales fijadas en abstracto.

- b. Potestad única y exclusiva para aplicar el Derecho penal objetivo:** El Estado es el único que está facultado para aplicar las sanciones penales, previo al seguimiento de un debido proceso penal; siendo el que tiene el dominio del proceso de criminalización secundaria. Esta función la ejerce, dentro del control penal, a través de los operadores penales judiciales, quienes son los únicos que tienen la potestad de administrar justicia en los conflictos de naturaleza penal. La realización del Derecho penal objetivo, debe de sujetarse a los parámetros constitucionales y legales. Es el operador penal judicial, quien como agente del Estado materializa, en estos casos, el ejercicio del poder punitivo, respecto a la aplicación de las sanciones penales.
- c. Potestad única y exclusiva para ejecutar el Derecho penal objetivo:** Esta función la ejerce a través de diversos operadores penales, siendo uno de ellos el operador penitenciario, el mismo que, cuando interviene, tiene sobre sí, además, una gran responsabilidad. Se conoce que la funcionalidad del control penal, también, se concentra en distintos ámbitos institucionales. Una de estas

agencias de control punitivo es la cárcel, donde el Estado no puede renunciar a su potestad de ejecución de la pena, fundamentalmente, en lo que se refiere al ejercicio de facultades coercitivas, las mismas que por imperio de la Constitución Política, no pueden ser delegadas a privados.

### **3.2. El Estado y la evolución al Estado Constitucional de Derecho.**

Se realizó una aproximación al rol que cumple el Derecho Penal frente al ejercicio del Poder Punitivo, reflexionando sobre las relaciones entre ambos, y el papel que debe jugar el Derecho Penal en el marco del Estado Constitucional para lo cual se parte de este concepto del constitucionalismo contemporáneo, teniendo en cuenta que históricamente el Estado ha tenido una evolución y un desarrollo de acuerdo a los acontecimientos sociales surgidos dentro de contextos histórico-políticos de acuerdo a la naturaleza de cada uno de ellos.

Dada esta situación el Estado Social y Democrático de Derecho se constituye como una superación del modelo del Estado Liberal de Derecho, redescubriendo el significado de la Constitución al que Ferrajoli (2001) llamaría “como límite y vínculo de los poderes públicos” (p. 54), sumamente necesario para mantener el orden interno dentro de la sociedad.

Aunque el tema central de esta investigación no es el Estado, es menester tener una referencia teórica acerca de los distintos tipos que han existido a lo largo de la historia, según Elías Díaz (2010) comenzando por el Estado Absolutista, siendo uno de los primeros en aparecer, luego el Estado Liberal, seguido del Estado Social, por último el Estado Social y Democrático de Derecho, siendo definido el Estado en Peruano como Democrática, Social,

Independiente y Soberana (Artículo 43 de la Constitución), y dentro de ellos han existido los llamados regímenes políticos, clasificados en Régimen Autoritario y Régimen Democrático, explicados desde las distintas teorías de la democracia como lo son, la Clásica, la Neoclásica y Postclásica.

Por otra parte y partiendo de la concepción en el siglo XVII del Estado como Estado de Derecho, atribuidas por las ideas iluministas de sus pensadores (Hobbes, Lucke, Montesquieu y Rousseau), ya que en esas primeras formulaciones lo importante era la sujeción del Estado a la Legalidad, tal como lo afirman Rosales, Borrego y Núñez (2013) al precisar que “la delimitación y atribución de competencias que la Ley otorga al Poder Público de tal modo que quede sujeto a reglas preestablecidas y se evite su arbitrariedad” (p. 17), estableciendo una relación de carácter jurídico política que aparenta ser un límite al Estado, pero que no resuelve los problemas de la realización y su efectiva materialización de los derechos humanos, sometidos a una legalidad formal.

Es decir, con los otros modelos mencionados, se trataba de proteger a la sociedad del Estado, ya que este se percibía como un agente agresor en la realización de los derechos, ahora bien, partiendo de esta nueva concepción lo que se trata es de proteger a la sociedad de los abusos de la acción del Estado.

Esta situación fue transformada después de la II Guerra Mundial, con la entrada en vigencia de los instrumentos internacionales de protección de los derechos humanos “una profundización de la democracia y del Estado constitucional, ahora como Estado garantista, como Estado de los derechos en su fórmula como Estado social y democrático de Derecho y de Justicia” (p. 21), esto presume que sus funciones deberán estar orientadas a la ampliación

de los derechos y a su justa protección por parte del Estado en el acceso a la justicia con sujeción a la ley y al derecho.

Ante esto Asúa (2009) se plantea la pregunta “¿tiene el Estado derecho a castigar?” (p. 47), la cual trata de resolver siguiendo la teoría hegeliana de la tesis, antítesis y síntesis estableciendo que parece superfluo realizarse esta pregunta, en vista de que la pura tesis, es decir la afirmación de esta facultad punitiva se representa desde hace muchos siglos, donde el Estado descargaba sobre los infractores los más tremendos castigos, ya que las primeras manifestaciones de venganza y castigo se encontraban en la Ley del talión (ius talionis) y en las otras formas que surgieron a raíz de ella, es por ello que el mismo autor estableció que “el jurista no puede contentarse con afirmar que un hecho ha existido.

Necesitamos abocarnos al problema filosófico de porque se pena”, partiendo de la premisa de que el Estado tiene la facultad de castigar, pero que es preciso que se investigue por que se castiga.

Dejando lugar a que no todos admiten que el Estado tenga esta facultad, y que a manera de síntesis sea entendido que históricamente han sido los anarquistas los que han negado la existencia del Estado y en consecuencia rechazan toda autoridad, todo juez y toda pena, sintetizando, este autor precisa que “las teorías sobre el fundamento del Derecho de penar, surgen y aparecen las doctrinas absolutas, que penan al hombre porque ha delinquido; las relativas, que procuran que no delinca; y las mixtas, en que se trata de conciliar la utilidad y la justicia” (Asúa, 2009, p. 55), estas teorías no serán objeto de desarrollo, ya que no son el objeto central de esta investigación y nos dificultaría abordar el tema en su totalidad, sin embargo es la respuesta automática del Estado para resolver los conflictos.

### **3.2.1. Cambios y manifestaciones en el Estado Constitucional.**

Permanece abierta la cuestión sobre qué haya de entenderse por Estado constitucional y están sometidos a debate sus rasgos definitorios. No obstante, tal como lo refiere Añón (2002) “se asumirá que constitucionales son aquellos sistemas donde existe una constitución democrática que establece auténticos límites jurídicos al poder para la garantía de las libertades y derechos de los individuos y que tiene carácter normativo” (p. 1). Desde este punto de partida se describen algunas de las características del constitucionalismo contemporáneo, concretamente a aquéllas que tienen mayor proyección en la posición de los derechos fundamentales.

En primer lugar, la consideración de la constitución como auténtica norma jurídica. De ahí que el carácter normativo que se le atribuye. (García de Enterría, 1980). En este sentido, la Constitución –y la carta de derechos que incorpora – no es un documento político, sino una auténtica norma jurídica, con eficacia directa en el conjunto del ordenamiento. Se trata pues de una norma cuyo propósito es configurar la realidad.

Desde el punto de vista histórico, el Estado constitucional de Derecho es la forma política que se materializó en el constitucionalismo americano, que asumió desde el principio el valor normativo de la constitución, a diferencia del modelo legislativo europeo donde las constituciones originariamente fueron simples cartas políticas (Fioravanti, 1995, p. 77).

Es precisamente esta categoría normativa la que comporta cambios profundos en la manera de concebir el Derecho y las instituciones jurídicas, especialmente en la forma de conceptualizar y articular las relaciones entre legislación y jurisdicción.

Segundo: es norma jurídica suprema, esto es jerárquicamente superior en tanto que procede de un poder con legitimidad cualificada, como es el poder constituyente y, desde el punto de vista material, es la norma fundamental. Como consecuencia de ello, es parámetro de validez de toda norma del ordenamiento jurídico, de ahí que este modelo imponga una profunda revisión del esquema de fuentes diseñado por el positivismo legalista (Aguiló: 2001, pp. 429 a 457).

Como escribe M. Gascón “como consecuencia de la “fundamentalidad” de sus contenidos y de la especial legitimidad de su artífice, el Estado constitucional postula la supremacía política de la constitución y, derivadamente, su supremacía jurídica o “supra legalidad” (1997, pp. 288 y ss). Este rasgo del constitucionalismo ha sido denominado también como “rematerialización” constitucional, queriendo subrayar que en este modelo la constitución no sólo establece el modo de producción del Derecho, sino también predispone contenidos a la regulación jurídica (Prieto, 2003, p. 113).

Tercero: la inmediación constitucional, esto es, la dimensión en virtud de la cual, la constitución es accesible directamente a todos los operadores jurídicos y no sólo al legislador, que según Pérez Luño (1998) ello derivado de su supremacía formal y material. A este respecto, se habla del principio de eficacia o aplicación directa del texto constitucional, en virtud del cual las disposiciones constitucionales pueden ser alegadas directamente en cualquier proceso o causa y los jueces ordinarios son competentes para resolver litigios a la vista del ordenamiento jurídico constitucional.

Cuarto: la constitución como texto está integrado básicamente por valores, principios, derechos fundamentales y directrices para los poderes públicos. Lo interesante o más característicos de este modelo es, como escribe L. Prieto (2003, p. 115), que la vocación de tales principios no es desplegar su eficacia a través de la ley, sino hacerlo de forma directa e independiente, tanto por parte del legislador, cuanto por parte de los operadores jurídicos que tienen que fundamentar sus decisiones de acuerdo a tales principios.

Las constituciones principialistas –como las denomina Zagrebelsky (Zagrebelsky, 1995, pp. 12 a 16) – asumirían así la función de modelar el conjunto de la vida social. Los principios y valores constitucionales, por otra parte, no constituyen un todo coherente ni consistente, sino que sus enunciados y contenidos pueden superponerse y dar lugar a soluciones dispares. Esto es característico de este tipo de enunciados normativos, del modo de actuar de los principios (Alexy, 2007, pp. 81 y ss.).

No es propósito del presente trabajo de responder a la tesis sobre la mayor o menor discrecionalidad que genera el contexto de un constitucionalismo de principios, aun cuando es importante tomar en consideración que, si de un lado, las normas constitucionales pueden aumentar la indeterminación del Derecho – y, por tanto, la discrecionalidad de un juez que ya no se encuentra únicamente sometido a la ley, sino también al principio de constitucionalidad –, de otro, el propio legislador, vinculado al control de constitucionalidad de su actividad, puede ser menos discrecional, puesto que los principios constitucionales limitan y enmarcan su perímetro de acción.

Así, el constitucionalismo basado en principios y derechos puede generar, como afirma L. Prieto “un esquema de racionalidad más compartido”. La conjugación de estos rasgos – y, especialmente, el de supralegalidad – ha llevado a sostener que nos encontramos ante la culminación de la categoría “Estado de Derecho” (2005, p. 47 y ss.), dando así cumplimiento a la definición de constitución que encontrábamos en el art. 16 de la Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano: “Toda Sociedad en la que la garantía de los derechos no esté asegurada, ni la separación de los poderes determinada, no tiene en absoluto Constitución”.

El paradigma del Estado constitucional – escribe L. Ferrajoli – “no es otra cosa que esta doble sujeción del derecho al derecho, que afecta a ambas dimensiones de todo fenómeno normativo: la vigencia y la validez, la forma y la sustancia, los signos y los significados, la legitimación formal y la legitimación sustancial o, si se quiere, la ‘racionalidad formal’ y la ‘racionalidad material’ weberianas” (1999, p. 22). Aún más: es la combinación de estos elementos lo que confiere a la constitución una virtualidad antes desconocida.

### **3.3. Los fundamentos del poder punitivo.**

Se analizan desde la perspectiva de cuando un ciudadano comete un delito ¿qué se hace con él?, ¿Cómo actúa la sociedad con quien viola las normas establecidas? ¿Cuándo el Estado adquiere el derecho de privar a un ciudadano de sus propios derechos y de castigarlo? A estas interrogantes se les responde con el Poder Punitivo definido como la facultad que tiene el

Estado para penar a quien comete un crimen, al que violó las normas para que no vuelva hacerlo, y a su vez tratar de disuadir a los demás para que no les pase lo mismo.

Se tiene de esta manera que en toda sociedad existen dos tipos de poder que nadie discute, como se dijo anteriormente, uno de ellos está representado por medio del Derecho Civil o privado cuya característica más resaltante es carácter reparador que posee, funcionando a través de la restitución, la reparación, y la indemnización por el daño causado, el otro, es ejercido a través del Derecho Administrativo desarrollado por medio de la coerción directa anteriormente denominado el poder de policía, constituido por la facultad del Estado de parar un proceso lesivo que está en curso, o es inminente, precisándose que este ejercicio del poder básicamente ha existido en todas las sociedades modernas, sin embargo no en todas se expresa de la misma manera, es decir posee una multiplicidad de formas en las que se manifiesta.

Debido a esto se hace latente la necesidad de delimitar tal como lo comenta Zaffaroni, Alagia y Slokar (2002) “el horizonte de proyección del derecho penal, abarcando las normas jurídicas que habilitan o limitan el ejercicio del poder coactivo del estado en forma de pena” (p. 4). Para tener una mejor visión de cuál sería el universo de comprensión que debe construirse para entender las hipótesis y condiciones que permitan aplicar el ejercicio de este poder, y cuáles serían las respuestas que deben proporcionar las agencias que lo desarrollan.

### **3.3.1. Poder punitivo y verticalización social.**

Estas dos formas de coerción estatal resuelven el conflicto dentro de una sociedad, una lo previene, y la otra lo repara, pero la tercera, es decir el Poder Punitivo es verticalizador, jerarquizante, imponiéndose en la mayoría de los casos, sin dejar

lugar a la combinación con dos formas de coerción, mencionadas anteriormente, por lo tanto, para una mejor comprensión histórica del surgimiento este poder, Zaffaroni (2012) ha sido uno de los autores que más se ha dedicado al estudio de este poder en América Latina y el mundo, el cual ha comentado que:

Cuando las sociedades van tomando formas de ejércitos, clases, castas, jerarquías, se militarizan, y se dicen que son sociedades verticales, pero ¿qué ocurre cuando una sociedad es vertical?, ¿qué consecuencias produce?, hubo una sociedad que se verticalizó con mucha fuerza en Europa: la romana, y conquisto casi toda Europa, y pudo hacerlo porque tenía una estructura apuntalada por el Poder Punitivo, jerarquizada en forma de ejército, los Germanos que llegaron después que los Romanos, resolvían sus conflictos de otra manera, arreglaban las cosas con una reparación, entregando algún objeto de valor, no se castigaba al agresor porque de ese modo no se repara ningún daño, pero durante los siglos XII y XIII, en pleno esplendor de la Edad Media, los Estados europeos recordaron que era buen negocio encerrar a la víctima, y que esto también les servía para reforzar su propia autoridad, e hicieron renacer el Poder Punitivo y ya nunca desapareció.

De esta manera se aprecia como en las sociedades antiguas surgió el Poder Punitivo, apareció, desapareció y luego volvió a aparecer en todo su esplendor, reafirmando su dominio, extendiendo sus alcances, dejando claro que una de las funciones principales es verticalizar las sociedades, y contener el Poder de los que están arriba.

Así mismo, desde hace algunos años el autor ha venido manifestando que: “el Poder Punitivo siempre necesita un enemigo para justificarse a sí mismo, primero

fueron los herejes, pero los masacraron muy rápido, luego fueron las brujas”, y de esta manera se evidencia como el modelo Punitivo se consolidó con la Inquisición, teniendo lugar en un manual para inquisidores recopilado y ordenado discursivamente por Sprenger y Kraemer (1976) consagrada oficialmente por el papado, cuyo contenido en la actualidad es utilizado como el punto de referencia y de estudio para profundizar los usos dados que tuvo poder punitivo, en la edad media, durante la vigencia de la inquisición respaldado oficialmente por la iglesia, y luego siguió siendo replicado en los Estados europeos de la periferia.

### **3.3.2. Pensamiento de Beccaría respecto al Poder Punitivo y el Sistema Penal.**

Por tal motivo no es menos relevante, que la obra: De Los Delitos y De Las Penas de Beccaría (1998), surgiera como una crítica del sistema existente y como propuesta de un nuevo sistema penal que fuese diferente al gestado por la inquisición como instrumento de los juicios de Dios, se refiere el autor en el Capítulo dos denominado: Derecho de Castigar, que: “todo acto de autoridad de hombre a hombre, que no se derive de la absoluta necesidad, es tiránico. Veis aquí la base sobre la que el soberano tiene fundado sus derechos para castigar los delitos” (p. 10), esta necesidad a que se refería el autor fue uno de los puntos centrales de su teorema, debido a que siempre se abusó de esa necesidad, en contra de la libertad de los ciudadanos, y siguiendo las ideas de Rousseau (2005) estableció que:

Fue, pues, la necesidad quien obligó a los hombres a ceder parte de su libertad propia: y es cierto que cada uno no quiere poner en depósito público sino la porción más pequeña que sea posible, aquella que baste a mover los hombres para que le defiendan. El agregado de todas estas pequeñas porciones de libertad posibles forma el

derecho de castigar; todo lo demás es abuso, y no justicia: es hecho, no derecho. (p. 11).

De esta manera se observa cómo Beccaría realizaba una crítica al poder del soberano, describiendo el estado en que se encontraba la libertad de los individuos frente al poder concedido en virtud del presupuesto del Contrato Social, dando nacimiento al denominado Derecho Penal Liberal.

### **3.3.3. Estatus del poder punitivo en la edad media y su evolución.**

Afianzando las ideas anteriores encontramos, tal como lo afirmó Toro (2013) que “la historia, es sin duda, la historia del poder, y la historia punitiva lo es del poder punitivo, del despliegue de su ejercicio” (p. 68) así ha sido desde la Edad Media, y todos los acontecimientos no hacen más que confirmarlo, es por ello que, Foucault (1976) plasma con detenidos detalles las diversas morfologías que tomó el Poder Punitivo no solo en la Edad Media sino en los años sucesivos comenzando desde la entrada en la “era de la sobriedad punitiva” (p. 24), etapa en la que se van a ir eliminando los suplicios como rezagos de la época inquisitiva dentro de los avances y retrocesos que llevó esta evolución irregular durante los siglos XVIII y XIX.

En su análisis plantea la existencia de las relaciones entre el poder y el saber al expresar que: “Hay que admitir más bien que el poder produce saber...que poder y saber se implican directamente el uno al otro; que no existe relación de poder sin constitución correlativa de un campo de saber” (p. 37), estableciendo de esta manera las relaciones entre el poder y el saber dentro del Estado, y que el Poder crea un

determinado saber. En el mismo orden de ideas, Foucault (1976), al analizar la situación en que se encontraba el poder manifestó que.

A lo largo de todo el siglo XVIII, en el interior y en el exterior del aparato judicial, tanto en la práctica penal cotidiana como en la crítica de las instituciones, se advierte la formación de una nueva estrategia para el ejercicio del poder de castigar. Y la “reforma” propiamente dicha, tal como se formula en las teorías del derecho o tal como se esquematiza en los proyectos, es la prolongación política o filosófica de esta estrategia, cuyos objetivos centrales eran hacer del castigo y de la represión de los ilegalismos una función regular, coextensiva a la sociedad; no castigar menos, sino mejor; castigar con una severidad atenuada, quizás, pero para castigar con más universalidad y necesidad; introducir el poder de castigar más profundamente en el cuerpo social. (p. 95).

De esta forma se observa con mayor claridad como el ejercicio del Poder Punitivo ha tenido un largo proceso evolutivo producto de las relaciones entre el poder y el saber, las cuales han contribuido en gran medida a su sofisticación de acuerdo a las coyunturas políticas presentadas y en la construcción de los distintos ordenamientos jurídicos a través de su codificación. Es por ello que al referirse sobre la venganza del soberano este autor ha establecido que: “El derecho de castigar ha sido trasladado de la venganza del soberano a la defensa de la sociedad. Pero se encuentra entonces reorganizado con elementos tan fuertes, que se vuelve casi más terrible” (p. 104). Se muestra de este modo como el Poder Punitivo después que volvió a reaparecer, lo que ha hecho es utilizar medios más sofisticados para continuar su ejercicio.

### **3.3.4. Efectos del poder punitivo continuidad o ruptura.**

Continuando con las ideas planteadas, se tiene que Toro (2013) al referirse sobre lo planteado por el autor anteriormente citado en cuanto a lo sucedido en el pasado y su explicación en el presente, ha señalado que “busca hallar la forma de darse de una práctica (de poder) en el pasado y luego ver cómo se da ésta en el presente, a fin de constatar en ambos casos la participación de la razón en la dominación” (p. 70), pues es el círculo la forma de entender que la historia tenga y no tenga dirección o mejor expresado, no tiene otro sentido que no sea ese mismo volver. El camino puede recorrerse paso a paso, pero siempre conduce a su comienzo. Pero hay que volver al pasado para poder comprender el rol que el poder Punitivo tiene en el presente, de esta manera Zaffaroni (2002) comentó que:

La Edad Media no termino, somos producto del Poder punitivo que nació en la Edad Media y permitió que las sociedades europeas se verticalizaran como ejércitos dándole el impulso necesario para ocupar después, a América, África y Oceanía, para transportar y esclavizar a millones de africanos, diezmar y hasta extinguir a los pueblos originarios, y avanzar sobre el mundo con masacre y depredaciones colonialista y neocolonialista.

Desde esta óptica se obtiene una mayor comprensión del rol que ha desempeñado el Poder Punitivo en la historia de la humanidad, y se precisa de una manera más clara el grave daño que ha venido causando, los usos que le han dado, y las intenciones con que se ha justificado su ejercicio, puesto que se ha venido utilizado un discurso que lo legitima y que pretende su habilitación desde distintos niveles, con

una trayectoria histórica que se observa desde la Edad Media, respecto a esto, el historiador Iñaki Anitua, citado por Zaffaroni (2002) ha comentado lo siguiente:

Cuando se descubre América en 1492, es el momento en que el Poder Punitivo ya tiene un discurso, el discurso que está encaminado a crear una matriz de represión a la brujería, el *Malleus Maleficarum* es majomenos de la misma época, esa matriz se traslada hacia América en el siglo XVI, se ve, se confirma en gran medida esa hipótesis de la existencia de ese enemigo de ese Satán que es el diablo, y que incide en unos grupos poblacionales muy importantes, las mujeres, y sectores disidentes en lo cultural en Europa y también los existentes en América, a los indígenas se los va a ver como brujos o brujas, la misma represión contra las brujas en Europa se traslada hacia América con algunas importantes innovaciones, tiene los mismos objetivos de controlar, de dividir territorios ... y todo se va a repetir en una mayor escala, va a ser la globalización del Poder Punitivo, ese genocidio, ese crimen, va a ser de alguna forma también, la matriz de la propia lógica represiva.

De acuerdo a lo planteado, lo que se ha venido realizando es la sofisticación de los métodos punitivos, repitiéndose a una mayor escala, y utilizando un discurso legitimante con la finalidad de procurar su habilitación a través del aparato legislativo del Estado, es por ello que la historia no ha hecho más que mostrar cada una de las facetas que el Poder Punitivo presenta, su expansión, y la cercanía del derecho, en este caso del Derecho Penal en el reforzamiento de su ejercicio a través de las leyes penales manifiestas.

### **3.3.5. La Criminología crítica y el fenómeno del poder punitivo.**

Para la criminología crítica esto no resulta ajeno, pues ha sido una de las ciencias que se ha dedicado al estudio de los controles y las estructuras del poder dentro de la sociedad, teniendo como resultado que ambos campos del conocimiento, Derecho Penal y Criminología, están ahora profundamente enlazados.

En razón de ello Baratta (2002) al referirse sobre las teorías criminológicas de la reacción social y las que se relacionan con la Criminología Crítica ha establecido que “han desplazado el foco de análisis del fenómeno criminal desde el sujeto criminalizado hacia el sistema penal y hacia los procesos de criminalización que de él forman parte y, más en general, hacia todo el sistema de la reacción social ante la desviación”. (p. 44) refiriéndose de esta manera al instrumento punitivo que utiliza el Estado como respuesta a los conflictos sociales.

En este orden de ideas el autor, ha referido que “la atención de la nueva criminología, la criminología crítica, se ha dirigido sobre todo a los procesos de criminalización” (p. 209), colocando especial atención en las relaciones sociales de desigualdad, que lo conllevaron a fijar una posición, que citado por Aniyar de Castro, y Codino (2013) han referido que “Esgrime una actitud crítica frente al poder” (p. 286), la cual va desarrollando con un gran número de publicaciones, postulando una serie de principios mínimos del respeto a los Derechos Humanos en la Ley Penal.

Tales principios, de acuerdo a la autora referida, se resumen en los siguientes:

a) Principio de reserva de ley o principio de legalidad en sentido estricto, b) principio de taxatividad, c) principio de irretroactividad, d) Principio del primado de la ley

sustantiva, e) Principio de representatividad popular, f) principio de la respuesta no contingente (p. 313), entre otros, cuyo aporte teórico es de gran importancia para el estudio y la comprensión de las limitaciones al ejercicio del poder, así mismo hace referencia a Ferrajoli (1995) quien en su teoría del garantismo en busca de la seguridad jurídica expresó:

La afirmación de las garantías legales y procesales es estratégica: está motivada por el temor al desbordamiento constatado de la potestad punitiva del Estado, a través del uso de Leyes de Excepción y de las penas informales. (p. 281).

Ya este autor había podido proyectar con sus aportes teóricos, que era necesario un derecho penal que reafirmara las garantías legales y procesales, así como la recodificación, debido a que el Poder Punitivo ya estaba llegando a otras áreas que no eran las penales.

Por otra parte, desde hace algunas décadas Zaffaroni (2002), en sus aportes teóricos respecto al fenómeno del Poder Punitivo ha comentado que: “en todas las sociedades contemporáneas, y no tan contemporáneas, se ha ido desarrollando a lo largo de la historia un complejísimo aparato para canalizar venganzas”; es decir, haciendo referencia al sistema penal como vía para resolver los conflictos de los ciudadanos que integran una sociedad determinada, bajo el ejercicio del Poder Punitivo.

Para precisar mejor el análisis, este autor ha referido que “todas las sociedades contemporáneas que institucionalizan o formalizan el poder (Estados) seleccionan a un reducido grupo de personas, a las que someten a su coacción con el fin de imponerles

una pena” (p. 7), esto significa que el Estado utiliza su violencia a través de la coacción y la sanción, es por ello que Bergalli y Bustos (1985) han precisado desde la criminología crítica que “robustecer la afirmación de los Estados de derecho, tender a la máxima juridización de la intervención punitiva...serían los resultados que debe procurar el análisis sociológico del control penal en América Latina” (p. 20), con la finalidad de lograr el control efectivo de la violencia estatal a través del sistema penal en base a los más necesitados.

### **3.3.6. Derecho penal, poder punitivo y bien jurídico tutelado.**

Para tratar este tema tan complejo y extenso, se puede precisar que el papel fundamental lo juega la teoría de la responsabilidad punitiva que desarrolle el Estado en el ejercicio del poder, es decir la pena como respuesta del Estado para castigar los crímenes cometidos, no me voy a referir a todas las teorías que se han desarrollado sobre la pena, en virtud de que no es el tema principal de la presente investigación, ahora bien, conforme a ello el Derecho penal desempeñará un papel específico en la sociedad, tal como lo señala Binder (2001) al precisar que el derecho penal “es un recurso extremo (ultima ratio) que solo debe utilizarse en casos de imperiosa y evidente necesidad y cuando no exista otro medio eficaz para hacerle frente a la situación planteada” (p. 26), de allí se deriva la importante necesidad de limitar esta facultad que posee el Estado para que no se desvíe.

En relación con lo anterior, algunos tratadistas como Zaffaroni, Alagia y Slokar (2002) han comentado que “El derecho penal es la rama del saber jurídico que, mediante la interpretación de las leyes penales, propone a los jueces un sistema orientador de decisiones que contiene y reduce el poder punitivo, para impulsar el

progreso del estado constitucional de derecho” (p. 5). Es decir, su función principal es mantener el orden social mediante la implementación de la sanción conforme a la ley, con un estricto apego a la legalidad respetando las garantías ciudadanas.

Por lo tanto el curso normal en el desarrollo de las actividades realizadas por el Estado en la interacción con los ciudadanos que lo integran, requiere por mandato constitucional que todos los individuos estén sometidos a la ley y al derecho, es por ello que rigen los principios limitadores constitucionales e internacionales descrito en la norma como protección a los derechos y garantías del ciudadano, para evitar las consecuencias desfavorables que anteriormente se registraron en la Edad Media.

Ahora bien, el Poder Punitivo va relacionado con el funcionamiento del Estado de Policía, en virtud de que los habitantes se encuentran sujetos al poder que en muchos casos viola sus derechos, y que se ha presentado en muchos países de corte dictatoriales y que Venezuela no ha escapado de ello, ante esta situación cabe preguntarse ¿Por qué el sistema penal que supuestamente existe para evitar que los impulsos vindicativos de la población acaben en una masacre, termina generando el mismo una masacre?.

Esto es generado por el uso abusivo que se ha hecho del derecho penal, que de acuerdo a lo planteado por Binder (ob. cit.) al referirse a su empleo como recurso extremo precisando que “De no hacerlo así, el Estado, en definitiva, desprestigia la normativa penal, la transforma en inútil herramienta e, inclusive, él mismo se convierte en un factor criminógeno, al propiciar conductas delictivas y fomentar el terrorismo penal” (p. 26), favoreciendo no solo la expansión del derecho penal fuera de sus fines

esenciales como protector de un orden social básico, sino también como una herramienta de persecución política.

En este orden de ideas Fernández (1988) al referirse sobre el derecho penal y la protección del bien jurídico, comenta que “es entendido como un derecho... en cuyo núcleo juega un papel decisivo el bien jurídico, no tanto como fin formal de la ley, sino sobre todo como interés vital del individuo o de la sociedad” (p. 64), es por ello que no se puede utilizar la excusa de la protección del bien jurídico para expandir el uso del poder punitivo a través del derecho penal, tal como afirma Eiden (2010) “el derecho es concebido como una herramienta reguladora de la sociedad y protectora de los bienes jurídicos” refiriéndose a éstos como el conjunto de derechos y garantías definidos en la ley para su protección.

En este mismo orden de ideas el autor plantea que “si se acepta que la noción de bien jurídico protegido penalmente cumple un rol fundamental vinculado a los límites que trae intrínsecamente para reducir la irracionalidad inherente del poder punitivo, no podemos olvidar que también funciona como habilitador de aquel” es decir el ejercicio de poder por parte del Estado debe proteger tales derechos y en caso de ser lesionados, debe actuar en pro de su resguardo y protección.

Esto acierta con lo trazado por Fernández (ob. cit.) al comentar que “ambas cosas no son más que el anverso y reverso de un mismo fenómeno... lo que de un lado es control del poder del Estado, aparece y obra del otro como garantía individual” (p. 64), resulta indudable de esta manera que la concepción que se tenga del bien, se vinculará con la habilitación de su ejercicio, a mayor protección de bienes, mayor

riesgo de expansión del poder coactivo del Estado y de su legitimación a través de sus normas penales, con la finalidad de criminalizar cada vez más conductas.

### **3.3.7. Funcionamiento del poder punitivo y sus características en la actualidad.**

Para profundizar sobre el funcionamiento de este poder, es necesario precisar que se manifiesta en la sociedad por fragmentos que parecen funcionar de forma independiente, cada uno desde su ámbito sin hacerse responsable del resultado, aparentemente trabajando de manera armónica de acuerdo a lo establecido en la ley, pero en la realidad cada uno está siguiendo su propia pauta acerca de cómo se debe aplicar, es por ello que resulta necesario tomar en cuenta lo que ha comentado Zaffaroni (2014) al tratar sobre su funcionamiento en cuanto a las estructuras de las agencias encargadas de aplicarlo según el cual:

El poder Punitivo funciona por segmentos, está sectorizado, y cada uno de estos sectores, cada uno de estos segmentos del Poder Punitivo, funciona autónomamente, compartimentalizado, tiene sus propios controles de calidad, sus propios objetivos, etcétera, de modo que, en conjunto, da la sensación de ser una orquesta sin director, o con muchos directores, y nadie se hace responsable del resultado, del producto final, por el contrario por regla general se formulan imputaciones recíprocas entre los distintos sectores.

De esta manera se desprende la existencia de varias agencias encargadas de su ejercicio, como lo son, los legisladores, los jueces, los fiscales, los policías, los centros penitenciarios, entre otras, afirmando la presencia de dos Estados que conviven en la realidad: el Estado de Derecho y el Estado de Policía, y ambos permanecen en una

tensión dialéctica constante, cada uno operando de acuerdo a su capacidad y estructura, en una pugna continua.

### **3.3.8. Agencias ejecutivas, criminalización y selectividad del poder punitivo.**

Estas son entendidas como aquellas que se encargan de hacer funcionar la coacción estatal contra el que comete un delito, seleccionando a un grupo pequeño de personas sobre las cuales caerá toda la fuerza del Estado con la finalidad de imponerle una pena, a esta selección el referido autor la denomina como criminalización y no se lleva a cabo por azar sino como resultado de la gestión de un conjunto de agencias que conforman el sistema penal, así mismo, estos procesos de criminalización que desarrollan éstas agencias se da principalmente de dos formas, a las que el mismo autor denomina:

Primaria y secundaria, criminalización primaria es el acto y el efecto de sancionar una ley penal material que incrimina o permite la punición de ciertas personas. Se trata de un acto formal, fundamentalmente programático, pues cuando se establece que una acción debe ser penada, se enuncia un programa, que debe ser cumplido por agencias diferentes a las que lo formulan (policías, jueces, agentes penitenciarios). Mientras que la criminalización primaria (hacer leyes penales) es una declaración que usualmente se refiere a conductas o actos, la criminalización secundaria es la acción punitiva ejercida sobre personas concretas, que tienen lugar cuando las agencias policiales detectan a una persona, a la que le atribuyen la realización de cierto acto criminalizado primariamente (p. 7).

De esta manera se observa cómo operan los tipos de criminalización dentro de la sociedad, así como las instituciones encargadas de la materialización de la coacción estatal, que de acuerdo a los autores citados en esta investigación han sido denominadas agencias ejecutivas y que, en el ejercicio de sus funciones, sobre todo la agencia policial, realiza la llamada selectividad, es decir define sobre cual persona se le empezará a aplicar el poder punitivo del Estado. Se observa entonces que este poder controla los sectores más carenciados de la sociedad, aquellos que han sido excluidos, imponiendo penas que son absurdas, llevándolos a pérdidas de garantías, incurriendo en una especie de violencia social.

### **3.3.9. Discursos legitimantes.**

Otra característica del Poder Punitivo tiene que ver con los diferentes discursos utilizados con la finalidad de crear las condiciones necesarias para continuar con su expansión, contruidos a partir de las funciones manifiestas de la pena dentro del Estado, por ello se les ha denominado legitimantes debido a que justifican la necesidad de la creación de más punición, y de hecho van más allá, hacia un doble discurso contruidos desde el seno de cada una de las agencias que lo ejecuta, siendo analizado por Merton, citado por Zaffaroni (ob. cit.), el cual afirmó que:

Todas las agencias tienen un doble discurso: un discurso público moralizante para la policía, de justicia para los jueces, resocializador para lo penitenciario, de información para los medios, de bien común para los Poderes Legislativos y Ejecutivos. Y un segundo discurso que se esconde y se dirige hacia el interior de las propias agencias, en donde aparecen sus verdaderas preocupaciones. En el caso de la Agencia Policial, es la mayor autonomía, en el caso de la Agencia Judicial, es la mejor

infraestructura y estabilidad burocrática, en el caso de la Agencia Penitenciaria es el orden interno y la seguridad preventiva de fugas y motines, rating y sintonía con intereses corporativos, es en el caso de las Agencias Mediáticas, cuestiones proselitistas en el caso de los políticos.

De esta manera se explica teóricamente como operan en la sociedad las agencias que hacen posible el funcionamiento del Poder Punitivo, el cual estará condicionado por el discurso político que se maneje en el momento, es decir, es un juego constante y dialectico del poder verticalizado, jerarquizante que se ejerce en todos los espacios de la sociedad, así como dentro de la estructura del Estado, con una réplica en cada una de las estructuras o dependencias estatales y municipales, con un impacto social altamente notable y de permanencia cotidiana. En la práctica, por regla general el problema es que funciona al revés que en la teoría, de acuerdo a lo planeado por este autor afirmando:

Según el discurso jurídico los legisladores hacen las leyes, los jueces las interpretan, e indican a los policías su accionar, los policías ejecutan las órdenes de los Jueces, y el sistema penal, se encarga de controlar a los delincuentes mientras se reforman. Pero en la práctica, casi nada de esto ocurre, los Jueces y los Fiscales no salen a buscar delincuentes, prácticamente todos los candidatos a ser criminalizados son seleccionados por la policía, y los Jueces tienen una especie de semáforo, que da luz verde o luz roja a esos procesos de criminalización que son puestos en funcionamiento por la policía.

De esta manera el autor describe de manera clara y precisa, como funciona realmente el ejercicio del Poder Punitivo en la práctica cotidiana, el cual trabaja al revés

de lo planteado en la teoría, destacando que la agencia policial es la que juega uno de los papeles más determinantes al llevar a cabo los procesos de criminalización, en este caso, la criminalización secundaria, debido al carácter selectivo que presenta las agencias policiales del Poder Punitivo. Por eso nada de lo que se diga es desinteresado, es funcional o disfuncional al poder de acuerdo a la óptica con que se mire, y los fines que se pretendan con su uso.

## CAPITULO IV

### DISCUSION Y VALIDACIÓN DE LA HIPÓTESIS

#### **4.1. La orientación sustancial o teleológica sobre el rol de la Constitución en el sistema penal.**

Según García (1996) en la moderna doctrina penal “pueden distinguirse dos grandes enfoques desde los cuales se ha emprendido el análisis del rol de la Constitución política respecto del sistema penal y su reforma: la orientación sistemática o dogmática-penal y la orientación sustancial o constitucional” (p. 43).

Entre las principales diferencias que distinguen a ambas orientaciones debe destacarse el rol que éstas le asignan a la Constitución Política en el marco del sistema penal.

De acuerdo a Donini (2001) establece que:

[P]ara la orientación sistemática o dogmática-penal, el rol de la Constitución es, básicamente, limitar el poder del Estado en materia penal y garantizar los derechos del individuo, esto es, construir principios capaces de restringir el siempre excesivo e insaciable *Ius puniendi* Estatal. Por ello, esta orientación se satisface con establecer principios limitadores como el de legalidad, el de responsabilidad personal o el de culpabilidad que, extraídos del Derecho natural o de programas políticos, se caracterizan por ser externos al Derecho penal. Por esta razón, además, la reforma del sistema penal queda aquí entregada casi exclusivamente a la elaboración de la propia dogmática jurídico-penal (p. 223).

La relación entre la Constitución y el sistema penal sería aquí, más bien, “una relación negativa, por cuanto ésta definiría qué clases de incriminaciones pueden ser legítimas y qué bienes jurídicos deben quedar al margen de la intervención penal, qué técnicas de tutela penal

no pueden adoptarse y qué sanciones no son admisibles en el Derecho penal” (Donini, 2001, p. 224).

Para la orientación sustancial o constitucional, en cambio, el poder punitivo del Estado debe estar definido y fundado en la Constitución, no sólo en cuanto a sus fines, objetivos e instrumentos, sino que, además, en cuanto a los postulados o principios de su sistema de argumentación y aplicación, es decir, su faz legislativa y judicial. Por ello, esta orientación postula, a diferencia de la anterior, que los principios rectores del sistema penal no son meros límites al *Ius puniendi*, sino verdaderos fundamentos o principios constituyentes del mismo, esto es, un Derecho penal Constitucional cuya función esencial es garantizar los valores, bienes y derechos que en dicho texto se establecen. Por ello, es en la propia Constitución social y democrática de Derecho donde se encuentra el cuadro de valores y la jerarquía de bienes a los que el legislador debe atenerse para elaborar los intereses dignos de tutela penal.

Por estas razones, Carbonell (1999), expresa de forma categórica que:

Partiendo de la base que la intervención del Derecho penal siempre afecta derechos fundamentales y que las libertades sólo pueden limitarse a través del Derecho penal si éste tiene por finalidad proteger esas mismas libertades, sólo los bienes de relevancia constitucional pueden justificar dicho sacrificio. Así, para esta orientación, resulta sumamente inadecuado afectar los derechos constitucionales para proteger bienes inexistentes o de inferior rango. Sobre todo, porque la Constitución social y democrática establece precisamente -como veremos- un sistema de valores donde el poder punitivo se encuentra limitado, más que formalmente, por la legitimidad del pacto constituyente que reconoce y establece dichos derechos fundamentales (p. 36).

Así, como bien se señala, es con referencia a la Constitución, “en sus conexiones técnico-jurídicas y valorativas con el sistema penal, como se debe establecer el concepto y el método del Derecho penal, el concepto de delito, el fin de las penas y el sentido de la dogmática y del sistema” (Arroyo, 1987, pp. 97-112). Esto significa, en un Estado social y democrático de Derecho, que:

El Derecho penal, como parte del ordenamiento jurídico, debe adaptarse y ponerse en consonancia con dicho modelo de Estado, así como con los valores que éste propugna ya que la legitimidad del Derecho penal o del poder punitivo del Estado proviene del modelo fijado en la Constitución” (Muñoz, F. y García, M., 1994, p. 64).

Más aún, en este sentido, Zuñiga (2001) reconoce que la propia reforma penal -desde la óptica sustancial o constitucional, como veremos más adelante- queda entregada no sólo a la dogmática jurídico-penal sino también a la Política Criminal, abriendo una perspectiva metodológica pluridimensional, abierta al ser y al dialogo entre las cuestiones sustanciales, las categorías sistemáticas y los objetivos político-criminales. Ampliando, de esta forma, las posibilidades teóricas y prácticas para la evolución del sistema y la reforma penal al no hacerla depender -de manera exclusiva y excluyente- del desarrollo, tradicionalmente de sistemática endógena, esto es, interna, cerrada y autónoma de dicha dogmática, incorporando a este proceso todo un abanico de valoraciones y nuevos instrumentos.

Por ello, puede afirmarse que:

El enfoque constitucionalista del Derecho penal va más allá de la simple idea de que éste no debe contradecir la Constitución -lo que, por obvio, está fuera de discusión- puesto que plantea, desde otra perspectiva, que la Constitución más que un mero límite es el

fundamento de la pena y del Derecho penal. Así, como bien se señala, tanto el establecimiento de las sanciones penales como la elección de la conducta a sancionar, no pueden ser decisiones entregadas al simple capricho del legislador, sino que debe tratarse de decisiones fundamentadas directamente en algunas de las características del ilícito o de la sanción penal, de acuerdo a las propias condiciones o requisitos que establezca la respectiva norma constitucional en materia penal (Donini, p. 223).

De esta forma, puede señalarse que la Constitución política -desde esta perspectiva- cumple determinadas funciones en el ámbito del sistema penal. Dentro de las que destacan, entre otras, la de influir directamente en la práctica jurídica a través de los supuestos concretos que se presentan ante los Tribunales de justicia.

Ello, principalmente, porque los Tribunales deben tener presente lo dispuesto en la Constitución para los efectos de aplicarlo directamente o de interpretar, de acuerdo con la misma, los preceptos ordinarios que requieran de una adecuación hermenéutica respecto del texto constitucional, de forma tal que toda contradicción entre éstos y la Constitución democrática debe resolverse a favor de esta última.

En segundo lugar, la Constitución cumpliría una función de orientación de la concreta política-penal a desarrollar por el Estado. Esto es, que la Constitución, dentro de su propio marco político-criminal general y de sus valores y principios, puede establecer o promocionar determinadas sanciones y figuras penales que deben tenerse en cuenta por el legislador en el futuro (Arroyo, 1982, p. 285).

Por último, la Constitución tendría una importante función doctrinal pues:

Permite la elaboración de teorías en relación con la interpretación de la ley, la teoría del delito, el bien jurídico, la teoría de la pena o la propia reforma del sistema penal. Más aún, en este sentido, dado los múltiples efectos teóricos y prácticos que implica adoptar una u otra postura, el grado de aceptación que se tenga acerca de la penetración e influencia de la Constitución sobre el Derecho penal se refleja claramente -como veremos más adelante- a la hora de abordar dichas cuestiones. (García, 1996, p. 43).

Establecida la visión sustancial o teleológica respecto del rol de la Constitución respecto del Derecho penal, corresponde examinar el contenido de la denominada Constitución penal y su importancia como marco valorativo y axiológico de justificación del sistema penal y del sistema de verificación.

#### **4.2. Fundamento “material” del ejercicio del “ius puniendi” del Estado. El Derecho penal como forma de control social (formalizada, proporcionada y última).**

Hay que precisar, que cuando se trata la cuestión del fundamento del Derecho penal debe partirse de una distinción básica entre un fundamento o justificación formal y un fundamento material. En el primer plano, hablar del fundamento del Derecho penal es hablar de si está legitimada, conforme al sistema normativo establecido, la utilización del Derecho penal.

Aquí, según Carbonell (1999) la respuesta afirmativa es evidente, puesto que nuestra Constitución y el resto de normas del Ordenamiento jurídico regulan y permiten la creación de normas definitorias de delitos y de penas aplicables a quienes realicen los mismos.

Mientras se cumplan estas normas (formales) será legítimo el Derecho penal, pero sólo en un sentido formal, por supuesto.

Otra cuestión es si, además, es posible encontrar una justificación no formal, esto es, no basada en las normas dadas sino en valoraciones sobre la necesidad o innecesidad del Derecho penal. Es decir, aunque el Ordenamiento jurídico permita la utilización del Derecho penal, ¿está justificado el recurso al mismo? Pese a las posturas negativas al respecto, promulgadas desde el anarquismo, desde cierto tipo de marxismo, etc., ha sido y sigue siendo mayoritaria en la actualidad la consideración de que el Derecho penal en un Estado social y democrático de Derecho es necesario.

Y lo es tanto en un sentido funcional, por la necesidad que representa el Derecho penal para garantizar la protección de la sociedad tutelando los bienes jurídicos más importantes, como porque nuestro modelo de Estado legitima la pena cuando ésta sea imprescindible para proteger los derechos y libertades esenciales de todos.

En este sentido, el Derecho penal, si se entiende que pretende, en última instancia, la protección de la convivencia de las personas en sociedad, puede considerarse como un medio de control social necesario para lograr este objetivo siempre que se cohoneste con el resto del ordenamiento jurídico y con los otros medios de control social como la familia, el vecindario, las empresas, etc. No puede negarse, pues, la consideración del Derecho penal como medio de control social que trata de disciplinar el comportamiento de los individuos y socializarlos, con determinados fines (Carbonell, 1999, p. 45).

Pero, esta constatación no conlleva inmediatamente una legitimación material del Derecho penal, y ello por las siguientes consideraciones que hay que tener en cuenta. La

primera es que será la naturaleza de los fines con la que el Derecho penal actúe como medio de control social, y no el mero hecho de hacerlo, la que determine la cuestión de su legitimidad o ilegitimidad (“el Derecho penal no es un fin en sí mismo, sino un instrumento al servicio de determinados fines sociales”); la segunda es que existen otros medios de control social como la propia familia y la educación, o como otras ramas del propio Derecho que, pudiendo ser igual o más efectivos que el Derecho penal para lograr los objetivos propuestos, prácticamente siempre resultan menos dañosos para las personas, cuya dignidad y libertad son la base de nuestro Ordenamiento jurídico, según marca nuestra propia Constitución.

La aceptación de estos dos presupuestos, nos lleva a aceptar sólo la utilización del “ius puniendi” por parte del Estado cuando pretenda la protección de bienes básicos para la vida de las personas en sociedad y sólo si ese objetivo no puede lograrse de otro modo y, por tanto, a considerar legítimo el Derecho penal como forma de control social mientras cumpla los caracteres de tratarse de un medio formalizado, proporcionado y último.

La cuestión del fundamento material del Derecho penal no puede apartarse, pues, de la cuestión de las funciones del Derecho penal, dado que la coexistencia entre éstas últimas y los principios inspiradores de un Estado social y democrático de Derecho, es lo que nos llevará a fundamentar materialmente este ordenamiento positivo.

#### **4.3. Funciones del Derecho penal dentro de un Estado Constitucional de Derecho.**

El que estemos en un Estado Constitucional de Derecho justifica la intervención penal, pero también la define, concreta y limita materialmente al ejercicio de ciertas funciones que, cuando son realmente ejercidas por el Derecho penal, pueden justificar la aplicación de esta

rama del Ordenamiento jurídico. Desde una posición teleológica como la aquí seguida, pues, entendemos que la legitimación del Derecho penal enlaza, en primer lugar, con las funciones que cumple el mismo en un Estado Constitucional de Derecho y, directamente derivado de ello, casi como su anverso, con los límites que debe tener el recurso al Derecho penal.

Según García (1996) cuando decimos que:

El Derecho penal es necesario para garantizar la protección de la sociedad, estamos afirmando implícitamente que la pena cumple la función de prevención de la realización de conductas dañosas para los bienes más importantes de la sociedad. Pero no avancemos conclusiones, y entremos en la delimitación de las funciones de la pena y, por tanto, en la descripción de las distintas teorías sobre la función de la pena para, posteriormente, acogernos a la que mejor explique la función actual de la pena que nos acercará, definitivamente, a la más importante o definitiva cuestión de la función del Derecho penal (p. 46).

Conviene aclarar, sin embargo, dos cuestiones metodológicas previas. La primera, que la cuestión de las funciones y fines del Derecho penal no se agota únicamente en la de los fines de la pena. Como señala Silva Sánchez (2001), “el Derecho penal no sólo se explica por la pena (o la medida de seguridad), ni reduce sus fines en sociedad a los que éstas puedan cumplir”, y ello tanto porque otra consecuencia jurídica de la intervención del Derecho penal puede ser la no aplicación de la pena ni de la medida de seguridad, como porque la legitimidad del Derecho penal dependerá de que las penas cumplan sus funciones, pero no sólo de ello.

La segunda precisión, y también desde los presupuestos metodológicos del profesor Silva Sánchez, es que pretendemos analizar la cuestión de los fines del Derecho penal desde el plano de su legitimidad material, analizando “[...] qué fines debe cumplir el Derecho penal para que su incidencia sobre la sociedad quede justificada”, pero, más en la línea de las ideas de Mir Puig (1996), analizando la legitimación desde los parámetros teleológico - valorativos del Estado social y democrático de Derecho. No se trata, pues, de un análisis de legitimidad realizado sobre un Ordenamiento positivo en concreto, pero tampoco de un intento de definición material de Derecho penal que pudiera servir para cualquier conformación socio-política.

Agrega Mir Puig (1996) que debemos tomar, pues, la decisión de ceñirnos a los marcos de legitimidad que define la configuración política del Estado social y democrático de Derecho, básicamente por el entendimiento, ya avanzado, de que la función de la propia Dogmática jurídica no puede ceñirse a la de definir las Leyes, sino que debe tratar de valorarlas y evaluarlas; y también por la dificultad de encontrar una legitimación material del Derecho penal que sea universal y no sometida, siquiera, a exigencias relacionadas con la libertad, igualdad y dignidad de la persona como conlleva el ámbito del Estado Constitucional de Derecho.

#### **4.4. Sobre los valores que legitiman el ius puniendi.**

Según Gascón (1997) las constituciones nacionales de los estados precisan los valores fundamentales de cada sociedad y corresponde a las normas de desarrollo, y a otras leyes del ordenamiento jurídico, determinar, por una parte, los derechos que van a recibir protección

del derecho penal y por la otra el sistema de principios reguladores del actuar de los legisladores en su labor de instituir delitos y penas y de los jueces y tribunales a la hora de aplicarlas a los que los cometen.

De acuerdo a Bacigalupo (1984), la facultad estatal de castigar se materializa en dos sentidos: primero, en la posibilidad de legislar que se encarga al Parlamento, mediante la cual se traduce la voluntad del Estado de recoger en tipos penales aquellas conductas más intolerables que recaen sobre bienes jurídicos relevantes, que resultan imprescindibles proteger con mayor severidad, dibujándose en la ley penal el tipo y la pena tipo; de ahí se deriva su segundo sentido, encargar esta aplicación al órgano jurisdiccional. La doctrina ha desarrollado como principios que hoy alcanzan rango constitucional, los de legalidad, culpabilidad, humanidad, proporcionalidad, intervención mínima, igualdad, resocialización, presunción de inocencia y otros que se erigen como escudos protectores del individuo frente al poder estatal.

La aplicación consecuente de estos principios, supone la existencia de un derecho penal destinado a defender los valores fundamentales de la sociedad, que actúe sólo en los casos de los ataques más graves a esos valores, y que, tanto en su elaboración, como en el ámbito de su aplicación, garantice el respeto a la libertad y dignidad humanas.

En ese sentido, de acuerdo a Bustos (1996):

El legislador al seleccionar las conductas humanas que reciben protección del derecho penal debe limitarse al mínimo indispensable para garantizarlos derechos de los ciudadanos, por lo que la potestad punitiva del estado ha de quedar limitada a proteger sólo aquellos bienes jurídicos que teniendo relevancia constitucional, afecten las libertades de los demás y

en uso de esta facultad deberá procurar que la determinación de las penas esté en correspondencia con los valores constitucionalmente protegidos, procurando el mayor uso posible de medidas alternativas a la privación de libertad (p. 80).

Por lo que, la utilización del derecho penal como método para garantizar la protección de los valores establecidos constitucionalmente, de los ataques más graves e intolerables a las relaciones de convivencia, no podrá ser abolida, ni en las actuales condiciones, ni tampoco en el futuro.

El día que la humanidad se decida a adoptar formas de organización de la sociedad que garanticen una distribución más justa y equitativa de las riquezas, que conduzca a un modelo de sociedad más justo y solidario, con un alto grado de satisfacción de las necesidades materiales y espirituales de sus ciudadanos, se requerirá entonces de una menor aplicación de la represión penal para garantizarlas relaciones normales de convivencia y la protección de los valores fundamentales de rango constitucional.

#### **4.5. La constitucionalización del derecho penal como parámetro de la legitimación del derecho penal.**

No obstante se han generado diversos debates en torno a los fines que desde el discurso ortodoxo del derecho penal se han atribuido a la pena (retribución, prevención especial, prevención general, etc.), en donde se ha discutido cuál de ellos debe prevalecer sobre los demás y si es posible que coexistan o si por el contrario son entre sí excluyentes, el Código Penal peruano vigente (Decreto Legislativo 635 del 08 de abril de 1991) en su artículo IX atribuye a la pena todas estas funciones; pero en el artículo V el mismo Código ha establecido

que la imposición de las sanciones penales, tanto de la pena como de las medidas de seguridad, debe responder a los principios de legalidad y debido proceso.

Tenemos entonces que el Código Penal dentro de sus normas rectoras incluye importantes criterios de naturaleza constitucional (legalidad, debido proceso, juez natural, proporcionalidad y razonabilidad) y los refiere a categorías propias de la dogmática jurídico-punitiva (la necesidad entendida a partir de las funciones preventivas de la pena), de tal forma que para determinar sus alcances, y en especial para definir el contenido del principio de la proporcionalidad de las penas, no podemos recurrir únicamente al discurso dogmático tradicional, para esto es indispensable buscar puntos de intersección y complemento entre las categorías propias del derecho penal y los postulados del derecho constitucional actual.

En este sentido debemos afirmar, de acuerdo a lo expresado por Hefendehl (2007) que la Constitución Política juega un importante papel como punto de referencia para el análisis crítico del sistema penal, no solamente porque de ella se derivan los bienes jurídicos susceptibles de tutela punitiva, sino también y entre otras razones, porque los principios, consagrados como norma rectora en el Código Penal, que rigen la imposición de las penas, son desarrollo claro del texto constitucional y de la doctrina que a partir de él ha venido construyendo con sus pronunciamientos la Corte Constitucional, sobre la forma que debe adquirir el derecho penal de acuerdo con la definición del Estado que hace la carta política (Lagodny, 2007, pp. 134-136).

Por eso, desde el punto de vista del penalista resulta interesante saber si los nuevos desarrollos habidos en la dogmática de los derechos fundamentales, consiguen hacer progresar la discusión también desde el punto de vista penal. De este modo, la dogmática constitucional actual relativiza no pocos principios nucleares del Derecho penal; y en tal

medida el Derecho constitucional tiene el potencial de analizar críticamente la dogmática penal. Sea como sea, el Derecho penal se enfrenta a un déficit explicativo no insignificante que sólo el Derecho constitucional puede satisfacer” (Ibíd).

Así, en la actualidad el derecho penal se entiende debe estar perfectamente constitucionalizado, es decir, que las normas constitucionales referidas a los derechos fundamentales y obviamente, las que tienen que ver de forma expresa con el derecho penal, entran a jugar como parámetro de evaluación crítica de las normas penales, al mismo tiempo que se constituyen en criterios para su interpretación y aplicación.

En este sentido, la constitucionalización del Derecho Penal no está marcada solamente por lo dispuesto en los artículos sobre requisitos para la restricción de la libertad, garantías que componen el debido proceso, habeas corpus, derecho a la segunda instancia, prohibición de reforma en perjuicio, flagrancia, derecho a no autoincriminarse, prohibición de ciertas penas, extradición y derecho de asilo, respectivamente), sino por todos los derechos, valores y principios reconocidos en el texto constitucional.

Este fenómeno de vinculación necesaria entre el derecho penal y la constitución, que ha llevado a importantes autores como Winfried Hassemer (1984) a sostener por ejemplo que el derecho penal se debe entender como derecho constitucional aplicado, está enmarcado en un proceso más amplio y más complejo, de constitucionalización de todo el ordenamiento jurídico, el cual ha sido denominado por la doctrina como constitucionalismo moderno o nuevo-constitucionalismo. Por tal motivo, la necesidad de entender el contenido de los artículos del Código Penal colombiano, a partir del proceso de constitucionalización del ordenamiento jurídico.

#### **4.6. Validación de la hipótesis.**

La hipótesis planteada en la investigación fue: “Los elementos valorativos válidos para legitimar la intervención penal están en relación a garantizar los principios y derechos constitucionales como el principio de legalidad sustancial (la dignidad de la persona), el principio de proporcionalidad (subsidiariedad, ultima ratio), el principio de culpabilidad (presunción de inocencia), y la no admisión de excepciones, (principio de igualdad) en el ejercicio del ius puniendi estatal, convirtiéndose en criterios de constitucionalidad y legitimación”; la misma que ha sido confirmada de acuerdo a los siguientes fundamentos:

Primero: La existencia del Estado, como tradicionalmente se ha conceptualizado, viene dada por tres elementos básicos como lo son el territorio, la población y el poder; en este sentido, en la mayoría de las sociedades existen dos formas de ejercicio del poder que no se discuten, los cuales se presentan desde la sistematización del ordenamiento jurídico iniciado en Roma con el advenimiento del Imperio hasta la forma de los Estados modernos, teniendo que una de ella es de carácter reparador, funcionando a través de la restitución y representada por medio del Derecho Civil o privado y la otra forma mediante el ejercicio de la coerción directa, anteriormente denominado el poder de policía, constituido por la facultad del Estado de detener un proceso lesivo en curso, que es inminente, ejercido a través del Derecho Administrativo. Así pues, se observa que este ejercicio del poder básicamente ha existido en todas las sociedades de tradición normativa.

Segundo: Pero, hay un tercer poder que aparece en algún momento de la historia en una determinada sociedad, el cual se denomina Ius Puniendi o Poder Punitivo, según refiere. En este sentido, se ha encontrado que en toda sociedad parece existir una estructura normativa que protege el poder imperante del Soberano, el Jefe o el Gobernante, de la traición a toda la

colectividad; es decir, lo que se conoce hoy en día como traición a la patria, por lo tanto estas dos formas del ejercicio del Poder resuelven los problemas que se presentan, una lo previene y la otra lo repara, y ambos son combinables, pero qué ocurriría si una vez ocasionado el daño el Estado afirmara que la verdadera víctima es él, porque lo que se ha violado en definitiva es su autoridad y se concentrara ese Estado únicamente en castigar al culpable, de obligarlo a reparar su potestad dañada, olvidándose de reparar los derechos lesionados de la víctima; es por ello que tal como lo expresa Fajardo (1997) “hubo la necesidad de crear un poder coactivo que pudiese garantizar la paz interna y organizar la defensa de lo externo” (p. 15). Con la finalidad de controlar los conflictos sociales y la protección de los bienes jurídicos.

De esta manera se aprecia como los Estados, no pueden existir sin un sistema de penas y un ordenamiento jurídico que le permita resolver los conflictos derivados tanto de la comisión de los delitos, como del ejercicio del poder; de manera que el Derecho Penal pasa a tener un carácter relevante para el orden social y la convivencia civilizada en cualquier forma de organización humana donde se manifieste el poder estatal. A raíz de esta evolución, se tiene que no hay sociedad en la que no haya poder, razón que ha llevado a evolucionar el Derecho Penal de acuerdo al poder imperante en cada momento determinado de la historia, ocasionado cambios en los ordenamientos jurídicos del mundo, y utilizando un discurso legitimante para afianzar el ejercicio del Poder Punitivo de acuerdo al momento histórico por el cual atravesase ese Estado.

Tercero: Con el avance del tiempo y debido a las largas luchas sociales, las sociedades se van desarrollando con rapidez, haciendo que los Estados se vean en la necesidad de abandonar teorías antiguas, sustituyéndolas por otras que permiten al Derecho como ciencia,

evolucionar y ser más efectivo como marco regulador de la conducta del hombre. En este sentido, las sociedades organizadas no pueden existir sin ordenamientos penales idóneos que le posibiliten junto a un mecanismo procesal adecuado, la solución de los conflictos derivados de la comisión de los delitos y de la aplicación del poder.

Cuarto: En la actualidad existe una hiperinflación legislativa, es decir una gran creación de normas, las cuales contienen dispositivos penales que han venido abarcando distintos ámbitos que pertenecen a la esfera personal del individuo y el Estado venezolano no escapa de esta realidad. En estos momentos se envían mensajes a través de una gran cantidad de leyes, tipificando conductas al margen de los derechos y garantías establecidas en la Constitución, muchas veces sin especificar de manera clara cuál es el bien jurídico que se pretende tutelar, trayendo como consecuencia, la ausencia de soluciones a los problemas, los cuales ameritan una respuesta que no es jurídica, sino política.

Quinto: Al respecto, en la resolución de los problemas, se utiliza el Poder Punitivo, como una herramienta para generar respuestas contingentes a los conflictos de otra índole. Cuando se comenta que el Derecho Penal no puede resolver el problema ecológico, por ejemplo; implica que para proteger el ambiente se promulga una ley creadora de delitos pretendiendo que las normas penales son las que van a resolver el problema ambiental, ejerciendo el Poder Punitivo al amparo del Derecho Penal, es decir, si el sujeto desarrolla esa conducta tipificada en la norma como delictiva, por lo que será sujeto de la imposición de una pena o sanción, sin resolver el problema de fondo, cayendo en una irracionalidad en el ejercicio del Poder Punitivo, al tratar de resolverlo todo por esta vía.

Sexto: De igual manera, también se presenta la situación que los Estados toman como estandarte y fomentan el discurso del Poder Punitivo, es lo que Baratta citado por

Zaffaroni (2012) denominó “máxima limitación de la respuesta contingente” es decir se utiliza al poder punitivo como respuestas contingentes a fenómenos, a la alarma, a políticas; son mensajes que manda el legislador, para resolver los problemas que se le presentan, sea por su trascendencia mediática o por su impacto en la política, justificando su habilitación legal a través de la creación de leyes penales, conteniendo en sus disposiciones, una elevada variedad de dispositivos amplificadores del tipo penal que tipifican conductas violando las reglas de la técnica legislativa y contraviniendo las garantías establecidas en la Constitución.

Séptimo: La actividad desarrollada por las agencias ejecutivas del Estado aplican la selectividad del ejercicio de tal poder, vulnerando el Estado de Derecho y aumentando el grado de arbitrariedad con que operan, debilitándolo en diversas formas; por lo tanto, cada tipo penal, cada nueva ley penal, es una nueva arma que tiene el ejercicio arbitrario del Poder Punitivo, y por más que no se disparen de inmediato se desconoce cuándo se van a disparar y contra quien. Con base a esta situación, conciben que el Derecho Penal y la aplicación del modelo del Poder Punitivo, se van a resolver todos los problemas.

Octavo: El derecho debería ser una limitación a su ejercicio irracional, y no su legitimación, su aplicación debería ser de ultima ratio, cuando ya no se haya podido solucionar el conflicto a través de otra vía, con esto, se está sobrepasando lo que se conoce como el “Principio de Acotamiento Material”, pues da la impresión que el legislador puede castigar con pena cualquier acto, sin tomar en cuenta las garantías inherentes al individuo, ni los otros bienes jurídicos que se lesionan.

No es casualidad que desde sus inicios el Derecho Penal haya sufrido una serie de transformaciones a lo largo de la historia, abandonado antiguos modelos, rompiendo viejos

esquemas inquisitivos que predominaban con gran fuerza en las estructuras jurídicas de los pueblos antiguos, siendo la época de la Ilustración, la que intenta acabar con esos vetustos modelos, presentando un modelo liberal, nutriéndolo de nuevas ideas aportadas por grandes pensadores de su época como Beccaría (1764), quien contribuyó en gran medida con ese cambio de enfoque hacia un Derecho Penal más garantista y menos represivo, en el que el individuo gozara de derechos dentro del proceso, y una separación entre el órgano que investiga y el órgano que acusa, tal como lo expresara Ferrajoli (1995) en escritos posteriores.

Noveno: La sociedad necesita un Derecho Penal que no sea utilizado como un instrumento al servicio del Gobierno, para vigilar y castigar como escribió Foucault (1976) y convertir al infractor de la norma en un enemigo perseguible; sino que sirva como un verdadero instrumento de control de la sociedad, donde la pena impuesta con ocasión de la infracción fuese con el objeto de reeducar, de resocializar al sujeto, función última que no ha podido cumplir, debido al ejercicio irracional en que ha caído el Poder Punitivo.

Por ello, impera la necesidad que el Derecho Penal asuma el rol de contener el ejercicio de ese Poder Punitivo irracional que se ejerce al amparo de leyes penales, y que actualmente opera en contra de los que adversan el poder imperante, bajo la premisa de la protección a determinados bienes jurídicos, afectando la libertad de los sujetos, habilitando más poder punitivo en detrimento del Estado de Derecho, para intentar resolver los problemas que están fuera del Derecho Penal, siendo que en realidad, utilizando tal poder se lesiona más bienes jurídicos de los que se protegen.

Decimo: La constitución determina los límites del ius puniendi estatal, configurándose el denominado Estado constitucional resaltando el rol que debe desempeñar el Derecho Penal en la construcción de un sistema que acote racionalmente al ejercicio del Poder Punitivo,

oponiéndose a la irracionalidad y arbitrariedad, proponiendo su actuación de manera racional y garantista, en el ejercicio pleno de los principios limitadores de realización progresiva, lo cual contribuirá a la efectiva aplicación de la ley penal, ejercida por un saber penal acotante, sin vulnerar principios y garantías reconocidos constitucionalmente, y sin afectar los bienes jurídicos tutelados, debido a que no se trata de eliminarlo sino de comprender que las agencias judiciales no tienen el poder suficiente para poder impedir totalmente su ejercicio, lo que implica que deben permitir su actuación cuando posea un menor nivel de irracionalidad.

Decimo primero: La estrecha relación existente entre la Constitución y el Derecho penal, surgida bajo el alero del ideal Ilustrado y su empeño por señalar límites al Estado, implica necesariamente que los cambios constitucionales suelen ir acompañados de una reforma correlativa en el Código penal (Vives, 1995. p. 91)

Más aún, dichos cambios o reformas son sumamente necesarios y exigibles cuando la nueva Constitución supone una alteración de los presupuestos formales y materiales que determinan el ejercicio de la potestad punitiva. Sobre todo, cuando dicho poder punitivo pasa a ejercerse con el fin de lograr ciertos objetivos, que dependen de la estructura y fines que la comunidad política democráticamente se ha atribuido, con sujeción a determinados limitaciones de forma y contenido, a través de la nueva Constitución, como los fines de la pena (p. 92).

Así, un cambio constitucional profundo, como el que supone el paso de un Estado autoritario o Liberal-abstencionista a un Estado social y democrático, como es el que por lo demás se espera para nuestro país, no puede dejar de repercutir en el Derecho penal, incluso aunque no se concrete en una reforma directa al Código penal.

Décimo segundo: Por esta razón, de acuerdo con Arroyo Zapatero (1987) si el nuevo orden constitucional -con su nuevo sistema de valores y principios- efectivamente desea ser jurídicamente aplicado, ser respetado y legitimado políticamente más allá de la mera validez formal, debe introducirse de forma real y efectiva en el propio sistema penal. Principalmente, a través de la adopción de dichos valores y principios y de la aplicación de los nuevos fines, objetivos e instrumentos que implica la nueva estructura democrática del Estado.

Sobre todo, porque, generalmente, la entrada en vigor de una nueva constitución plenamente democrática, las reformas efectuadas en la legislación para adecuarla a ella y la inminencia de un nuevo Código penal, acorde con la nueva situación histórico-político que todo esto crea, tiende a cerrar -de forma definitiva- la anterior época legislativa.

Ello, porque, como venimos señalando, desde una óptica sustancial o teleológica se plantea como necesario que, en toda sociedad realmente pluralista y democrática, sea la Constitución política el instrumento jurídico llamado a contener aquellos valores o principios-marco que, consensuados al interior de la misma, deben promover las necesarias reformas penales que posibiliten su positivación en el sistema penal.

Décimo tercero: De este modo, además, el sistema de valores y principios contenidos en la Constitución debe ser el punto de referencia básico y fundamental de las valoraciones político-criminales que deben guiar cualquier programa de reforma del sistema penal. Más aún, la propia incorporación de la política-criminal a la dogmática penal, que facilita y promueve la reforma misma del sistema, puede hacerse a través de los principios Constitucionales. (Zúñiga, 2001, p. 50-55.).

Ello, no sólo porque la Constitución configura y ordena los poderes del Estado, estableciendo al mismo tiempo los límites del ejercicio del poder, sino porque, además, asegura la unidad del ordenamiento sobre la base de un orden de valores materiales, que en ella viene expresado, y no sobre simples reglas formales de producción de normas. Estos valores no son pura retórica, ni meros principios programáticos -en el sentido peyorativo del término, esto es, sin valor normativo de aplicación posible- por el contrario, son justamente la base entera del ordenamiento, la que ha de prestar a éste su sentido propio, la que ha de presidir, en fin, toda su interpretación y aplicación. (García De Enterría, 1985, pp. 49, 97 y ss).

Además, los principios constitucionales -así concebidos- pueden operar como límites garantísticos a la reforma del sistema penal, al basarse directamente en los derechos fundamentales. Como bien se sostiene, el constitucionalismo, tal como resulta de la positivización de los derechos fundamentales como límites y vínculos sustanciales a la legislación positiva, corresponde a una segunda revolución en la naturaleza del derecho, que se traduce en una alteración interna del paradigma positivista clásico. Si la primera revolución se expresó en la afirmación de la omnipotencia del legislador, es decir, el principio de mera legalidad o de legalidad formal, como norma de reconocimiento de la existencia de las normas, esta segunda revolución se caracteriza por la afirmación del principio de estricta legalidad o legalidad sustancial. O sea, con el sometimiento también de la ley a vínculos ya no sólo formales sino sustanciales impuestos por los principios y derechos fundamentales contenidos en las constituciones. (Ferrajoli, 1999, p. 66).

## CONCLUSIONES

1. El poder punitivo es la facultad que posee el Estado para penar a quien ha cometido un hecho punible. En este sentido, el Estado constitucional implica la defensa y respeto de las garantías y derechos constitucionales de los ciudadanos; no obstante, cuando éstos violan la norma se activa la facultad que tiene el Estado de castigar, ejerciendo su ius puniendi de forma racional y no arbitraria, sujeta al principio de interdicción de la arbitrariedad.
2. El derecho de castigar del Estado o ius puniendi, como de forma teórica se le conoce, es la facultad que se le ha otorgado al Estado para imponer una pena o una medida de seguridad y está integrado por un sistema de principios denominados limitativos al derecho de castigar, mediante los cuales se logra introducir una “barrera”, ante posibles arbitrariedades.
3. El derecho penal se fundamenta en la necesaria tutela de los bienes jurídicos como juicio de valor que cada ordenamiento protege y tiene en la pena el mecanismo oportuno y adecuado, como consecuencia jurídica de posible aplicación para aquel que ha infringido las normas establecidas.
4. La constitución permea la configuración del ordenamiento jurídico penal, estableciendo los límites que el Estado Constitucional impone al legislador con la finalidad de preservar unas garantías referidas a la sanción, al delito y al juzgamiento.

5. El sistema de valores y principios contenidos en la Constitución debe ser el punto de referencia básico y fundamental de las valoraciones político-criminales que deben guiar cualquier programa de reforma del sistema penal. Más aún, la propia incorporación de la política-criminal a la dogmática penal, que facilita y promueve la reforma misma del sistema, puede hacerse a través de los principios Constitucionales.
  
6. La necesidad de que el sistema penal se adecue y oriente a la Constitución surge, más allá de los imperativos formales que exige la jerarquía normativa, sobre todo cuando ésta se constituye como el fundamento racional y legítimo de la convivencia social al reconocer y positivizar, no sólo el código de valores imperantes en la sociedad, sino aquellos derechos y garantías que posibilitan a los ciudadanos su desarrollo y la resolución democrática del conflicto entre el Estado y el individuo.

## RECOMENDACIONES

1. Es necesario el estudio del Derecho Penal desde una función sistémica, no como una rama del Derecho que tipifique conductas y desarrolle una teoría del delito, sino como un instrumento que limite al Estado para el desarrollo de conductas represivas, la creación de enemigos internos y la amplificación de poder punitivo que no vaya en menoscabo de los derechos y garantías de los ciudadanos si llegase a salirse de control.
2. Es importante el estudio permanente de los factores generadores de violencia que producen el uso del poder punitivo, así como la aplicación de los postulados desarrollados por la criminología crítica desde los sectores académicos, a los fines de promover acciones concretas que contribuyan a minimizar esta problemática, pues sin la conciencia del peligro que puede ocasionar el poder punitivo, se seguirá propendiendo su habilitación por cualquier vía.
3. Se debe vigilar permanentemente para que no se utilice como un instrumento de persecución y de castigo a la disidencia política, en consecuencia, se recomienda el estudio sistémico cuyos resultados no vaya en menoscabo de los derechos y garantías de los ciudadanos, exigiendo cumplir con los requisitos legales y constitucionales al momento de imponer y hacer uso del ius puniendi del Estado.

## REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS

1. Aguiló, J. (2001). "Sobre la Constitución del Estado Constitucional", en: Doxa. Cuadernos de Filosofía del Derecho N° 24, Alicante.
2. Alexy, R. (2007). Teoría de los Derechos Fundamentales. Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales.
3. Álvarez-Gayou, J. (2003). Cómo hacer investigación cualitativa. Fundamentos y metodología. México: Paidós.
4. Anillar de Castro, L. y Codino, R. (2013). Manual de Criminología Sociopolítica. Buenos Aires: Ediar.
5. Añón, M. (2002). "Derechos fundamentales y Estado constitucional". en: Cuadernos Constitucionales de la Cátedra Fadrique Furió Ceriol N° 40. Valencia: Universidad de Valencia.
6. Arroyo, L. (1982). "Control constitucional del Derecho y de la justicia penal", en: CPC N° XVII, Madrid.
7. Arroyo, L. (1987). "Fundamento y función del sistema penal: el programa de la Constitución" en: RJCLM N° 1, Madrid.
8. Arroyo, L. (1998). "Derecho penal económico y Constitución", en Revista Penal, La Ley, No. 1, Salamanca.
9. Asúa, L. (2009). La Ley y el Delito. Caracas, Venezuela: Atenea.
10. Bacigalupo, E. (1984). Manual de Derecho Penal. Bogotá: Temis.
11. Baratta, A. (2002). Criminología Crítica y Crítica del Derecho Penal. Introducción a la Sociología Jurídico-Penal. Buenos Aires: Siglo XXI.

12. Beccaría, C. (1998). De los Delitos y de las Penas. Estudio Preliminar de Nódier Agudelo Betancur. Bogotá: Nuevo Foro.
13. Bergalli, R., Bustos, J. (1985). El Poder Penal del Estado. Homenaje a Hilde Kaufman. Buenos Aires: Depalma.
14. Binder, A. (2001). Análisis Político Criminal. Bases para una Política Criminal Minimalista y Democrática. Buenos Aires: Astrea.
15. Bobbio, N. (1990). Ciencia del Derecho y análisis del lenguaje, trad. de A. Ruiz Miguel, Madrid: Debate.
16. Bustos, J. (1986). Introducción al Derecho Penal. Bogotá: Temis.
17. Carbonell, J. (1999). Derecho penal: concepto y principios constitucionales. 3ª Ed., Valencia: Tirant Lo Blanch.
18. Carbonell, M. (2009). Neoconstitucionalismo(s). Madrid: Trotta.
19. Carbonell, M. y Salazar, Pedro (editores) (2005). Garantismo, estudios sobre el pensamiento jurídico de Luigi FERRAJOLI, Madrid: Trotta.
20. Diaz, E. (2010). Estado de Derecho y sociedad democrática. Madrid: Taurus.
21. Donini, M. (2001). "Un Derecho penal fundado en la carta constitucional: razones y límites. La experiencia italiana" en: VV.AA. Responsa Iurisperitorum Digesta. Vol. II. Salamanca: Edic. Universidad.
22. Donini, M. (2001). "Un derecho penal fundado en la Carta Constitucional. Razones y límites", en Revista Penal, No. 8, Salamanca.
23. Eiden, M. (2010). "Bien Jurídico y Límites al Poder Punitivo". Derecho Penal Online [Revista en línea]. Disponible en: <http://www.derechopenalonline.com/derecho.php?id=13,701,0,0,1,0>. [Consulta: 2019, agosto 11].

24. Fernández, J. (1988). “Los Derechos Humanos como Barrera de Contención y Criterio Autorregulador del Poder Punitivo”, en: Revista Trimestral Nuevo Foro Penal. Año X. N° 39. Bogotá: Temis.
25. Ferrajoli, L. (1999). Derechos y Garantías. La ley del más débil Madrid Trotta.
26. Ferrajoli, L. (1995). Derecho y razón. Teoría del garantismo penal, traducción de Ibáñez, P., Ruiz, A., Bayón, J., Terradillos, M., Cantarera, R. Madrid: Trotta.
27. Ferrajoli, L. (2006). Sobre los derechos fundamentales y sus garantías, trad. de Miguel Carbonell, Antonio de Cabo y Gerardo Pisarello, México: CNDH. Gascón, M. (2005). “La teoría general del garantismo. Rasgos principales”, en Carbonell, Miguel y Salazar, Pedro (eds.), Garantismo. Estudios sobre el pensamiento jurídico de Luigi Ferrajoli, Madrid: Trotta.
28. Ferrajoli, L. (2008). Democracia y garantismo, ed. de Miguel Carbonell, Madrid: Trotta.
29. Ferrer, E., Martínez, F., Figueroa, G. (2014). Diccionario de Derecho procesal y constitucional y convencional. México: Instituto de Investigaciones Jurídicas de la Universidad Nacional autónoma de México.
30. Fioravanti, M. (1995). Los derechos fundamentales. Apuntes de historia de las constituciones. Madrid: Trotta.
31. Forero, J. (2001). El delito de omisión en el Nuevo Código Penal. Bogotá: Legis.
32. Foucault, M. (1976). Vigilar y Castigar. Madrid: Siglo XXI.
33. Frisch, W. (2004). Comportamiento típico e imputación del resultado. Madrid-Barcelona: Marcial Pons. funcional. Bogotá: Universidad Externado de Colombia.
34. García De Enterría: E. (1980). La Constitución como norma y el Tribunal Constitucional. Madrid: Cívitas,

35. García, J. (1996). La filosofía del derecho en Habermas y Luhmann, Bogotá: Editorial Universidad Externado de Colombia.
36. García, N. (1996). El poder punitivo en el Estado democrático de derecho. Colección Estudios, Cuenca: Ediciones Universidad Castilla- La Mancha.
37. García, N. (1996). El poder punitivo en el Estado democrático de Derecho. Cuenca: U. de Castilla-La Mancha.
38. Gargarella, R. (2008). De la injusticia penal a la justicia social. Bogotá: Siglo del Hombre/Universidad de los Andes.
39. Gascón, M. (1997). “El sistema de fuentes del Derecho español: Constitución y principio de legalidad” en: Betegón, J., et. al. Lecciones de Teoría del Derecho, Madrid: McGraw-Hill.
40. Gascón, M. (2005). “La teoría general del garantismo: rasgos principales”, en: Carbonell, M. y Salazar, P. (editores). Garantismo, estudios sobre el pensamiento jurídico de Luigi Ferrajoli, Madrid: Trotta.
41. Gascón, M. y García, A. (2005). La argumentación en el derecho. Lima: Palestra
42. Giraldo J. et. al. (2002). Metodología y técnica de la investigación socio-jurídica.
43. Gracia, L. (2002). “¿Qué es modernización del Derecho Penal?”, en: Díez Ripollés, J., Romeo, C., Gracia, L., e Higuera, J. (editores), La ciencia penal ante el nuevo siglo, libro homenaje al Profesor Doctor Don José Cerezo Mir, Madrid: Tecnos.
44. Hassemer, W. (1984). Fundamentos del Derecho Penal. Barcelona: Bosch.
45. Hefendehl R. (2007). La Teoría del Bien Jurídico. Madrid-Barcelona: Marcial Pons Ediciones Jurídicas y Sociales.
46. Henao, L. (2004). ¿El derecho penal puede y debe transformar radicalmente sus contenidos de protección?, Salamanca: s. e.

47. Hernández, R. et.al. (2010). Metodología de la investigación. México: McGrawHill.
48. Jakobs, G. (1996). Sociedad, norma y persona en una teoría del Derecho penal funcional. Traducción de Cancio, M. y Feiío, B. Madrid: Universidad Autónoma de Madrid.
49. Lagodny, O. (2007). “El Derecho Penal Sustantivo como Piedra de Toque de la Dogmática Constitucional”, en: La Teoría del Bien Jurídico, Madrid-Barcelona: Marcial Pons Ediciones Jurídicas y Sociales.
50. Luhmann, N. (1990). Sociedad y sistema. La ambición de una teoría. Barcelona: Paidós, Universidad Autónoma de Barcelona.
51. Luhmann, N. (1997). Sistemas sociales. Lineamientos para una teoría general, Ed. Anthropos, Universidad Iberoamericana.
52. Lujan, M. (2013). Diccionario Penal y Procesal Penal. Lima: Gaceta Jurídica.
53. Mir Puig, S. (1996). Derecho Penal - Parte General. Barcelona: PPU.
54. Morillas, L. y Ruiz, L. (1992). Manual de Derecho Penal - Parte General. Madrid: Derecho Reunidas.
55. Muñoz, F. y García, M. (1994). Derecho penal PG. Valencia: Tirant Lo Blanch.
56. Pérez, A. (1988). Derechos humanos, Estado de Derecho y Constitución. (6ª ed.), Madrid: Tecnos.
57. Pérez, L. (1997). Tratado de derecho penal, Bogotá: Temis.
58. Polaino, M. (2004). Derecho Penal. Modernas Bases Dogmáticas. Lima: Grijley.
59. Prieto, L. (2005). Ley, principios, derechos. Madrid: Dykinson-Universidad Carlos III.
60. Reyes, Y. (2002). “El concepto de imputación objetiva”, en Revista Derecho Penal Contemporáneo-Revista Internacional, No. 1, Bogotá: Legis.

61. Robles, L. (2014). Guía metodológica para la elaboración del proyecto de Investigación Jurídica. Lima: Ffecaat,
62. Rosales E, Borrego C, y Núñez G. (2013). Sistema Penal y Acceso a la Justicia. Segunda Edición. Consejo de Desarrollo Científico y Humanístico. Caracas, Venezuela: Universidad Central de Venezuela.
63. Rousseau, J. (2005). El Contrato Social. Bogotá: Universales.
64. Roxin, C. (1991). Problemas básicos del derecho penal, Madrid: Biblioteca Jurídica de Autores Españoles y Extranjeros.
65. Sánchez, A. (2016). “A propósito del nuevo Código Penal y la legitimidad de la intervención penal del Estado” En enfoquederecho.com. 10 mayo, Disponible
66. Sánchez, E. (2002), “Introducción”, en Entre el principalismo, el funcionalismo y las instituciones dogmáticas, Bogotá: Nueva Jurídica.
67. Silva Sánchez, J. (2013). “Presupuestos socio-políticos de la atribución de responsabilidad penal”, en Fernández Teruelo (ed.), Estudios penales en homenaje al profesor Rodrigo Fabio Suárez Montes. Oviedo: Constitutio Criminalis Carolina.
68. Sprenger, J. y Kraemer, H. (1976). El Martillo de Brujas “Malleus Maleficarum”. Versión en español. Madrid: FELMAR.
69. Toro, M. (2013). “La Pena de Prisión en Busca de Sentido. El fin de la pena privativa de libertad en los albores del siglo XXI. España”, Universidad de Salamanca, España. Disponible en: [http://gredos.usal.es/jspui/bitstream/10366/124236/1/DDPG\\_ToroMariaCecilia\\_Tesis.pdf](http://gredos.usal.es/jspui/bitstream/10366/124236/1/DDPG_ToroMariaCecilia_Tesis.pdf). [Consulta: 2019, agosto 10].
70. Velásquez, F. (1995). Derecho Penal - Parte General. Bogotá: Temis.
71. Villavicencio, F. (2006). Derecho Penal - Parte General. Lima: Grijley.

72. Vives, T. (1995). "Estado de Derecho y Derecho penal" en: Vives, T., La libertad como pretexto. Valencia: Tirant lo Blanch.
73. Zaffaroni, E. (2002). Derecho Penal. Parte General. Buenos Aires: Ediar.
74. Zaffaroni, E. (2012). "La Estructura Básica del Derecho Penal". [Video en línea]. Publicado el 12 de septiembre de 2012. Disponible en: [https://www.youtube.com/watch?v=tGyacx\\_Ag4Y](https://www.youtube.com/watch?v=tGyacx_Ag4Y) [Consulta: 2019, agosto 25].
75. Zaffaroni, E. (2014). "La Cuestión Penal- Capítulo: 02 - El Aparato Canalizador de Venganza". [Video en línea]. Publicado el 04 de octubre de 2014. Disponible en: <https://www.youtube.com/watch?v=dljod3ybWr0>. [Consulta: 2019, agosto 15].
76. Zaffaroni, E., Adagia, A., Slokar, A., (2002). Derecho Penal. Parte General. Buenos Aires: Ediar.
77. Zagrebelsky, G. (1995). El Derecho dúctil. Madrid: Trotta.
78. Zúñiga, L. (2001). Política criminal, Madrid: Colex.