



**UNIVERSIDAD NACIONAL**  
**“SANTIAGO ANTÚNEZ DE MAYOLO”**

---

**ESCUELA DE POSTGRADO**

**EL GARANTISMO Y EFICIENTISMO PENAL FRENTE A LA  
LUCHA CONTRA LA DELINCUENCIA EN EL PERÚ**

Tesis para optar el grado de maestro  
en Derecho  
Mención Ciencias Penales

**GUILLERMO CARLOS LIZARZABURU PALMA**

Asesor: **Dr. LUIS WILFREDO ROBLES TREJO**

Huaraz – Ancash – Perú

2020

Nº. Registro: **T0797**

**FORMATO DE AUTORIZACIÓN PARA LA PUBLICACIÓN DE TRABAJOS DE INVESTIGACIÓN, CONDUCENTES A OPTAR TÍTULOS PROFESIONALES Y GRADOS ACADÉMICOS EN EL REPOSITORIO INSTITUCIONAL**

**1. Datos del autor:**

Apellidos y Nombres: \_\_\_\_\_

Código de alumno: \_\_\_\_\_ Teléfono: \_\_\_\_\_

E-mail: \_\_\_\_\_ D.N.I. n°: \_\_\_\_\_

*(En caso haya más autores, llenar un formulario por autor)*

**2. Tipo de trabajo de Investigación:**

Tesis

Trabajo de Investigación

Trabajo Académico

**3. Trabajo de Investigación para optar el grado de:**

\_\_\_\_\_

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

\_\_\_\_\_  
\_\_\_\_\_  
\_\_\_\_\_

**5. Escuela:** \_\_\_\_\_

**6. Programas:** \_\_\_\_\_

**7. Asesor:**

Apellidos y nombres \_\_\_\_\_ D.N.I n°: \_\_\_\_\_

E-mail: \_\_\_\_\_ ID ORCID: \_\_\_\_\_

**8. Referencia bibliográfica:** \_\_\_\_\_

**9. Tipo de acceso al Documento:**

Acceso público\* al contenido completo. Acceso

restringido\*\* al contenido completo

Si el autor eligió el tipo de acceso abierto o público, otorga a la Universidad Santiago Antúnez de Mayolo una licencia no exclusiva, para que se pueda hacer arreglos de forma en la obra y difundirlo en el Repositorio Institucional, respetando siempre los Derechos de Autor y Propiedad Intelectual de acuerdo y en el Marco de la Ley 822.

En caso de que el autor elija la segunda opción, es necesario y obligatorio que indique el sustento correspondiente:

\_\_\_\_\_  
\_\_\_\_\_  
\_\_\_\_\_



## 10. Originalidad del archivo digital

Por el presente dejo constancia que el archivo digital que entrego a la Universidad, como parte del proceso conducente a obtener el título profesional o grado académico, es la versión final del trabajo de investigación sustentado y aprobado por el Jurado.



Firma del autor

## 11. Otorgamiento de una licencia *CREATIVE COMMONS*

Para las investigaciones que son de acceso abierto se les otorgó una licencia *Creative Commons*, con la finalidad de que cualquier usuario pueda acceder a la obra, bajo los términos que dicha licencia implica.



*El autor, por medio de este documento, autoriza a la Universidad, publicar su trabajo de investigación en formato digital en el Repositorio Institucional, al cual se podrá acceder, preservar y difundir de forma libre y gratuita, de manera íntegra a todo el documento.*

Según el inciso 12.2, del artículo 12º del Reglamento del Registro Nacional de Trabajos de Investigación para optar grados académicos y títulos profesionales - RENATI "Las universidades, instituciones y escuelas de educación superior tienen como obligación registrar todos los trabajos de investigación y proyectos, incluyendo los metadatos en sus repositorios institucionales precisando si son de acceso abierto o restringido, los cuales serán posteriormente recolectados por el Recolector Digital RENATI, a través del Repositorio ALICIA".

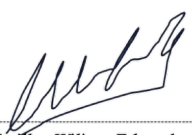
## 12. Para ser verificado por la Dirección del Repositorio Institucional

Fecha de Acto de sustentación:

Huaraz,

Firma:



  
Varillas William Eduardo  
Asistente en Informática y Sistemas  
**- UNASAM -**

**\*Acceso abierto:** uso lícito que confiere un titular de derechos de propiedad intelectual a cualquier persona, para que pueda acceder de manera inmediata y gratuita a una obra, datos procesados o estadísticas de monitoreo, sin necesidad de registro, suscripción, ni pago, estando autorizada a leerla, descargarla, reproducirla, distribuirla, imprimirla, buscarla y enlazar textos completos (Reglamento de la Ley No 30035).

**\*\* Acceso restringido:** el documento no se visualizará en el Repositorio.



UNIVERSIDAD NACIONAL  
"SANTIAGO ANTUNEZ DE MAYOLO"  
ESCUELA DE POSTGRADO

**ACTA DE SUSTENTACION DE TESIS  
MODALIDAD PRESENCIAL**

Los miembros del Jurado de Sustentación de Tesis, que suscriben, reunidos en acto público en el auditorio de la Facultad de Derecho y Ciencias Políticas de la Universidad Nacional "Santiago Antúnez de Mayolo" para calificar la Tesis presentada por el:

Bachiller : **GUILLERMO CARLOS LIZARZABURU PALMA**

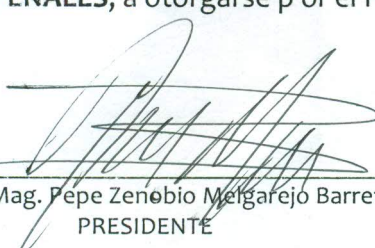
Título : **"EL GARANTISMO Y EFICIENTISMO PENAL FRENTE A LA LUCHA CONTRA LA DELINCUENCIA EN EL PERU".**

Después de haber escuchado la sustentación, las respuestas a las preguntas y observaciones finales, la declaramos:


APROBADO, con el calificativo de DIECISEIS (16)

De conformidad al Reglamento General a la Escuela de Postgrado y al Reglamento de Normas y Procedimientos para optar los Grados Académicos de Maestría, queda en condición de ser aprobado por el Consejo de la Escuela de Postgrado y recibir el Grado Académico de Maestría en **DERECHO** con Mención en **CIENCIAS PENALES**, a otorgarse por el Honorable Consejo Universitario de la UNASAM.0

Huaraz, 19 de enero del 2021

  
Mag. Pepe Zenobio Melgarejo Barreto  
PRESIDENTE

  
Dr. Ricardo Robinson Sánchez Espinoza  
SECRETARIO

  
Dr. Luis Wilfredo Robles Trejo  
VOCAL

## MIEMBROS DEL JURADO

*Magister* Pepe Melgarejo Barreto


Presidente



A handwritten signature in blue ink, appearing to read 'Pepe Melgarejo Barreto', written over a horizontal line.

*Doctor* Ricardo Robinson Sánchez Espinoza

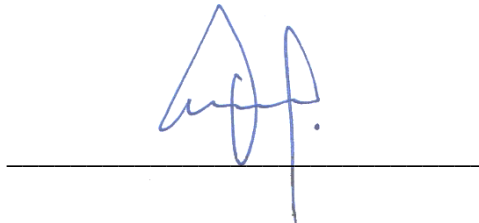
Secretario



A handwritten signature in blue ink, appearing to read 'Ricardo Robinson Sánchez Espinoza', written over a horizontal line.

*Doctor* Luis Wilfredo Robles Trejo

Vocal



A handwritten signature in blue ink, appearing to read 'Luis Wilfredo Robles Trejo', written over a horizontal line.

## ASESOR

*Doctor* Luis Wilfredo Robles Trejo



## AGRADECIMIENTO

- A Dios por permitirme cumplir sus mandatos con lealtad.
- Al Ministerio Público por permitirme realizarme profesionalmente.
- A mi asesor de Tesis, por sus aportes y consejos en la culminación de la presente investigación.



## DEDICATORIA

*A mi esposa e hijos por ser motivo de mi existencia.*



## ÍNDICE

	<b>Página</b>
Resumen .....	ix
Abstract .....	x
I. INTRODUCCIÓN .....	1-9
1.1. Objetivos de investigación.....	8
1.2. Hipótesis .....	8
1.3. Variables .....	9
II. MARCO TEÓRICO .....	10-49
2.1. Antecedentes.....	10
2.2. Bases teóricas .....	13
2.3. Definición de términos .....	45
III. METODOLOGÍA .....	50-53
3.1. Tipo y diseño de investigación .....	50
3.1.1. Tipo de investigación: .....	50
3.1.2. Tipo de diseño .....	50
3.1.3. Diseño General: .....	50
3.1.4. Diseño específico: .....	50
3.2. Plan de recolección de la información de la investigación .....	51
3.3. Instrumento(s) de recolección de datos .....	51

3.4. Plan de procesamiento y análisis estadístico de la información .....	52
IV. RESULTADOS .....	54-83
V. DISCUSIÓN .....	84-109
VI. CONCLUSIONES .....	110-111
VII. RECOMENDACIONES .....	112-113
VIII. REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS .....	114
ANEXO.....	125



## Resumen

La investigación tuvo como finalidad analizar las tensiones y contradicciones que presentan el garantismo y eficientismo penal frente a la lucha contra la delincuencia en el Perú. Para lo cual se realizó una investigación jurídica de tipo dogmático o teórico; se empleó la técnica documental y análisis de contenido para la elaboración del marco teórico y la discusión; la técnica del análisis cualitativo y la argumentación jurídica para validar la hipótesis. Como resultados se obtuvieron que el garantismo penal y el derecho penal del enemigo constituyen en la actualidad las dos maneras de enfrentar el problema de la delincuencia, cuyas figuras e institutos son materializadas en el código penal como en el código procesal penal. La investigación ha demostrado que el garantismo penal busca el pleno respeto de los derechos y garantías, el cual se plasma en un derecho penal constitucionalizado o un derecho penal garantista como ultima ratio, que limita y legitima el ius puniendi del Estado en el respeto de los derechos fundamentales. Mientras que el eficientismo penal se construye a partir de una previa distinción estipulativa: la existencia de algunos sujetos que deben ser considerados como ciudadanos y la de otros que han de ser estimados y tratados como enemigos. A partir de ella, propone la configuración y vigencia del Derecho Penal como prima ratio y del endurecimiento del derecho penal. La tensión entre ambos se presenta sobre el papel de los derechos y garantías: legitimación o obstáculos para el ejercicio de la función penal.

**PALABRAS CLAVES:** Eficientismo penal, Garantismo penal, Ius puniendi, Delincuencia, Sociedad de riesgo, Proceso penal.

## Abstract

The purpose of the investigation was to analyze the tensions and contradictions that criminal guarantees and efficiency present in the fight against crime in Peru. For which a legal investigation of a dogmatic or theoretical type was carried out; The documentary technique and content analysis were used for the elaboration of the theoretical framework and the discussion; the technique of qualitative analysis and legal argumentation to validate the hypothesis. As a result, it was obtained that criminal guarantees and the enemy's criminal law are currently the two ways of facing the problem of crime, whose figures and institutes are materialized in the criminal code as well as in the criminal procedure code. The research has shown that criminal guarantees seek full respect for rights and guarantees, which is embodied in a constitutional criminal law or a criminal law guarantee as a *ultimo ratio*, which limits and legitimizes the *ius puniendi* of the State in respect of Fundamental rights. While criminal efficiency is built from a previous stipulative distinction: the existence of some subjects who must be considered as citizens and that of others who must be esteemed and treated as enemies. Based on it, he proposes the configuration and validity of Criminal Law as a *premium ratio* and the hardening of criminal law. The tension between the two arises on the role of rights and guarantees: legitimation or obstacles to the exercise of the criminal function.

**KEY WORDS:** Criminal efficiency, Criminal guarantees, *Ius puniendi*, Delinquency, Risk society, Criminal process.

## I. INTRODUCCIÓN

En la actualidad, el Derecho Penal tiene dos grandes formas o enfoques que le dan un tratamiento diferenciado al problema de la delincuencia, violencia, inseguridad, que son el garantismo penal y el eficientismo penal, doctrinas penales contrapuestas en relación al papel del derecho penal, en la configuración de los tipos penales, en el establecimiento de los fines de la pena.

El llamado garantismo penal, parte de la idea de que el Estado es violento y que por tanto se nos debe proteger de esa violencia del Estado. Este enfoque reconoce que el Estado no puede comportarse al igual que los delincuentes, sino debe ser respetuosos de los derechos y las libertades. Es decir, que el Estado nos tiene que proteger a través de leyes del ejercicio del poder punitivo. Además, el garantismo plantea la tesis de la relación derecho-garantías<sup>1</sup>; lo cual implica que se nos tiene que dar garantías para el ejercicio de nuestros derechos y libertades como escudos protectores.

Por otro lado, eficientismo penal se presenta como una corriente de mano fuerte, dura, ha estado ligado al derecho penal de la emergencia que se manifiesta a través del denominado “endurecimiento del derecho penal”<sup>2</sup>, que se caracteriza en: punibilidad de las conductas, agravamiento de las penas, más cárcel, más garroteo, más mano dura ante los supuestos desmanes y delitos que ocurren; flexibilización

---

<sup>1</sup> Cfr. FERRAJOLI, Luigi (1999). *Derecho y Garantías, la Ley del más Débil*. Editorial Trota. Madrid.

<sup>2</sup> APONTE, Alejandro (2018). “*El derecho penal en una perspectiva de paz: De la tensión entre “eficientismo” y garantismo en el caso colombiano*” Disponible: [https://sistemasjudiciales.org/wp-content/uploads/2018/09/notasgenerales\\_aaponte.pdf](https://sistemasjudiciales.org/wp-content/uploads/2018/09/notasgenerales_aaponte.pdf)

de las garantías y derechos. Donde las leyes penales son vistas como impedimento para la persecución penal, son vistas como barrera para lograr una eficiencia, o hechos que generaran impunidad.

Para esta corriente del derecho penal, son válidos las leyes excepcionales, los delitos de peligro abstracto, flexibilización de las garantías; donde por ejemplo los jueces pueden privar de su libertad a un investigado o procesado a cualquier costa, es decir, se convierten en jueces que poseen poderes absolutos.

Estas, dos corrientes descritas brevemente, en la actualidad conviven, porque la ley regula y limita el actuar de los jueces, fiscales, policía, constituyéndose como una barrera a la actuación de dichos órganos; pero la realidad muestra un uso abusivo y arbitrario de ese poder, y de esta manera violan muchas garantías y se restringen derechos por medio de sus actuaciones. Un ejemplo concreto, elevar las penas para combatir el delito, tal como sucede con la figura del feminicidio, que pese haberse incrementado la pena el problema de la violencia contra la mujer se ha incrementado y no ha sido solución a dicho problema.

Por otro lado, el sistema procesal penal, que si bien es de corte acusatoria, adversarial y garantista (Código Procesal Penal del 2004), este debe ser más garantista también con las víctimas. Pero, los críticos a dicho modelo procesal consideran que más beneficia a los imputados. Por ello, día a día se constata el reclamo de decenas de las víctimas de delitos (incluyendo sus familiares), pidiendo justicia penal, frente al alarmante crecimiento de la delincuencia cotidiana y la

delincuencia organizada, que además condiciona el aumento de la percepción de inseguridad ciudadana (el cual es cada vez es más alto en nuestro país).

En tal sentido, cuando se trata de ejercer el poder punitivo estatal y público, ya sea sobre una o más personas, se debe de hacerlo, sí o sí, dentro de un contexto de reconocimiento de derechos y garantías de ambos sujetos procesales: imputado y la víctima, de esta forma se concretizaría la idea de concebir el proceso como un sistema de garantías.<sup>3</sup>

Puesto que, si no existiera estas garantías se caería, irremediamente, ante una arbitrariedad, abuso de poder e inhumanidad. El modelo debe tender a que exista paz y justicia social. Por lo mismo, debe ponderar valores en juego, dentro de un juicio, es decir, el derecho del imputado, de la víctima, pero también eficiencia, eficacia y temporalidad adecuada.

Así, el sistema es garantista, porque la Constitución garantiza el debido proceso (artículo 139.3), el principio de inocencia (artículo 2.24.e), además de otras que son propias del Estado moderno<sup>4</sup>. Si se renunciaran a estos preceptos constitucionales estaríamos retrocediendo años luz en materia de justicia y derechos, desnaturalizando los fines del Estado peruano (artículo 44) y desconociendo el valor jurídico que tienen los tratados internacionales en materia de derechos humanos.

---

<sup>3</sup> PRIORI POSADA, Giovanni (2019). *El proceso y la tutela de derechos*. Lima: Editorial de la PUCP, pp. 47-49.

<sup>4</sup> Ver artículo 139 de la Constitución de 1993

Por esa razón, la disputa no tiene que ser entre garantías del imputado y derechos de las víctimas; entre garantismo y el eficientismo; debido a que el poder del Estado se dirige hacia el imputado, pero no de forma arbitraria y abusiva, por eso se reconoce límites al ejercicio del iuspuniendi estatal. No se puede perseguir la verdad y castigar los delitos siempre y a cualquier costo; pero tampoco se puede amparar la impunidad; “si bien es cierto ambos poseen posiciones antagónicas, a las dos partes se le reconoce igualdad de derechos fundamentales”,<sup>5</sup> por tal razón, el sano equilibrio debe primar.

Pero, si el sistema fuera muy blando, como lo refieren algunos autores críticos del garantismo, no se explicaría la cantidad de personas que tenemos presos(as) hoy con y sin condena. Hay muchos individuos detenidos sin sentencia. Tenemos un aumento de la población penitenciaria en los últimos años, que viene generando problemas de hacinamiento carcelario, donde los fines de la penal reconocidos en la Constitución como la reinserción reeducación y rehabilitación son prácticamente letra muerta, más al contrario las cárceles se han convertido en verdaderos centros de perfeccionamiento del crimen y la delincuencia.

En ese sentido, el Código Penal y Código Procesal Penal se inspira en el mandato constitucional de respeto y garantía de los derechos fundamentales de la persona, en aras de evitar que el ius puniendi que ejerce el Estado, afecte ilegal e injustificadamente derechos fundamentales de la persona sometida a una investigación o proceso penal. No obstante, debemos entender la aspiración real de

---

<sup>5</sup> PRIORI POSADA, Giovanni (2019). Ob. cit., p. 48.



establecer un balance razonable entre el garantismo y las atribuciones de persecución, coerción y sanción penal del Estado, a través de sus órganos competentes.

Por tal motivo, se debe de buscar ese equilibrio eficaz para la administración de justicia penal, donde, la visión garantista del proceso se fundamenta en el principio de limitación del poder, que informa a todo Estado democrático de derecho, donde el poder de sus autoridades está limitado, entre otros factores, por los derechos fundamentales de la persona, reconocidos en la Constitución y en los instrumentos internacionales de derechos humanos, que se incorporan al derecho interno<sup>6</sup>.

Ello quiere decir, que los contenidos interpretativos que desarrollen los operadores judiciales, tendrán que ser compatibles con el conjunto de valores, principios y normas de rango constitucional, así como la jurisprudencia del Tribunal constitucional y la Corte Interamericana de Derechos Humanos.

Por otro lado, se debe tenerse en cuenta que las víctimas del hecho punible, no sólo tienen derecho a una reparación económica, sino a una reparación integral. Ello implica que no pueden desconocerse sus derechos en el proceso penal. La víctima tiene derecho a la verdad, a la justicia y a la reparación, para ello la ley le debe garantizar –y las autoridades materializar– los derechos a la información, protección física y jurídica, petición, intervención y reparación integral.

---

<sup>6</sup> Ver artículo 55 de la Constitución: “Los tratados celebrados por el Estado y en vigor forman parte del derecho nacional”.

Por último, sobre la estructura del trabajo de investigación, este consta de:

La **introducción** que explica la importancia de la investigación y algunos elementos de la parte metodológica, como los objetivos de investigación, tanto a nivel general como específicos; así mismo se incluyen la hipótesis de investigación que sirvió de guía y orientación en la investigación y las variables que permitieron recolectar una serie de datos tanto teóricos como empíricos.

Luego se desarrolla el **marco teórico**, que comprendió el estudio de los antecedentes de la investigación y las bases teóricas jurídicas que justificaron el problema de investigación y por otro lado dar sustento y justificación al trabajo de investigación, enfocados en los fundamentos teóricos doctrinales. Asimismo, comprendió el desarrollo de la metodología, que involucro: el tipo y diseño de investigación, el plan de recolección de la información y/o diseño estadístico, instrumentos de recolección de la información, y el plan de procesamiento y análisis de la información y datos obtenidos en el trabajo de investigación, empleándose los métodos y técnicas de la investigación cualitativa y dogmática jurídica.

En seguidamente, se presentan los **resultados**, por la naturaleza de la investigación relacionado a los aspectos doctrinales, normativos y jurisprudenciales, donde se determinó las posiciones dogmáticas sobre el problema, los alcances y limitaciones de la regulación normativa y los argumentos jurisprudenciales desarrollado por los órganos jurisdiccionales de derecho interno como supranacional sobre el problema de investigación planteado.

Luego se procedió a la **discusión**, que consistió en determinar, a través de una apreciación crítica, los cuestionamientos a las bases teóricas, los problemas en la aplicación, los criterios y razonamientos jurídicos; la validez de las teóricas.

Por último, se incluyen, las **conclusiones** a las que se arribó en la investigación como consecuencia del estudio del problema planteado, luego plantean las **recomendaciones** del caso, que permitan la mejora de la situación problemática planteada en la investigación; y las referencias bibliográficas que permitieron el desarrollo de la investigación.

## 1.1. Objetivos

### Objetivo general

Analizar las tensiones y contradicciones que presentan el garantismo y eficientismo penal respecto del ejercicio de punición estatal frente a la lucha contra la delincuencia en el Perú.

### Objetivos específicos

- a) Describir el tratamiento jurídico y dogmático del problema de la delincuencia por parte del garantismo penal y el eficientísimo penal.
- b) Explicar las manifestaciones del garantismo y eficientismo penal en nivel de las normas sustantivas y adjetivas en la lucha contra la delincuencia.
- c) Establecer los problemas y críticas que se plantean al garantismo penal y eficientismo penal en el tratamiento jurídico de la delincuencia en el proceso penal peruano.
- d) Justificar si es necesario la compatibilización o armonización del modelo del eficientísimo penal y el derecho penal garantista para hacer frente a la lucha contra la delincuencia.

## 1.2. Formulación de hipótesis

El papel de los derechos y garantías; la justificación racional ejercicio de la potestad punitiva; la legitimación del ejercicio de la función penal, y garantizar la igualdad real entre las partes constituyen las principales tensiones que presenta garantismo y el eficientismo penal, frente al surgimiento de nuevas

formas e incremento de la delincuencia e inseguridad ciudadana y su afán de poner coto a dichos fenómenos delictivos.

### **1.3. Variables e indicadores**

#### **Variable Independiente (X):**

Las tensiones entre el garantismo y el eficientismo penal

#### **Indicadores:**

- Derecho penal del ciudadano
- Derecho penal del enemigo
- Papel de los derechos y garantías
- Justificación racional ejercicio de la potestad punitiva
- Legitimación del ejercicio de la función penal,
- Igualdad real entre las partes

#### **Variable Dependiente (Y):**

Lucha contra la delincuencia e inseguridad

#### **Indicadores**

- Sociedad de riesgo
- Derecho penal de emergencia
- Sistema de garantías
- Garantías penales
- Derechos constitucionales
- Flexibilización de las garantías

## II. MARCO TEÓRICO

### 2.1. Antecedentes

Revisado las tesis sustentadas en la EPG-UNASAM y de otras universidades de nuestro medio se ha podido encontrar los siguientes trabajos relacionados a la presente investigación:

Torres Amado Nancy Maritza (2017). “La crisis del derecho procesal penal frente a la criminalidad de los nuevos tiempos en el Perú”. Tesis para optar el grado de magister en Derecho, mención Ciencias Penales. Universidad Nacional Santiago Antúnez de Mayolo. Huaraz. De los resultados obtenidos se llegó a la conclusión; de que la crisis del derecho procesal penal se funda en el impacto del derecho penal del enemigo en el proceso penal expresado en el afán de lograr seguridad y una eficacia en el proceso penal violando principios y garantías constitucionales esenciales, siendo imposible controlar eficazmente el crimen organizado sin utilizar nuevas formas en el proceso penal.

Elmer Robles Blacido (2007). “La doctrina y la jurisprudencia sobre la presunción constitucional de inocencia en las sentencias penales dentro del distrito judicial de ancash en el periodo 2005 – 2006”, Tesis para optar el Grado académico de Maestro en Derecho, mención Ciencias Penales, Escuela de Postgrado de la UNASAM, en la cual concluye que: La presunción de inocencia es un principio, derecho y garantía constitucional; sin embargo, a pesar de este reconocimiento mayoritariamente unánime en la doctrina y la jurisprudencia, en su materialización

u observancia obligatoria en el quehacer especialmente judicial, nos encontramos con varios factores que hacen que ésta se aplique.

Florentino Obregón Obregón (2009). “El operador del derecho y la inaplicación del principio constitucional de presunción de inocencia al abrir instrucción en los juzgados penales de la provincia de huaraz 2003 – 2005E, Tesis para optar el Grado académico de Maestro en Derecho, mención Ciencias Penales, Escuela de Postgrado de la UNASAM, en la cual concluye que: La presente investigación está orientada a analizar la inaplicación del principio de presunción de inocencia al abrir instrucción en los juzgados penales de la provincia de huaraz: 2003 - 2005, cuyo objetivo principal es determinar y analizar los principales factores que influyen en la inaplicación de este principio constitucional.

Norabuena Rojas, Jaime Wilder (2015). “El derecho penal del enemigo y sus implicaciones sobre los principios constitucionales que rigen la justicia penal procesal y sustantiva en el Perú”. Tesis para optar el Título profesional de Abogado. Universidad Nacional Santiago Antúnez de Mayolo. Huaraz. La investigación ha demostrado que el derecho penal del enemigo no solo flexibiliza los principios constitucionales que fundamentan el derecho penal sustantivo y procesal, sino también que es incompatible con el Estado democrático de derecho, en la medida en que se obliga a los particulares a sacrificar ciertos ámbitos de su libertad en aras de una seguridad que solo es aparente. Y que estas manifestaciones del derecho penal máximo relativizan el pleno goce de los derechos fundamentales de los particulares, según han sido consagrados en la Constitución Política y en los instrumentos internacionales en materia de derechos humanos, cuyos contenidos

esenciales son desconocidos en la implementación de nuevos tipos penales o en el trámite de un proceso penal, todo lo cual sin duda justifica mayores reflexiones.

Eduardo Briceño Cruz (2012) “La Ley 8720: Ley de protección a víctimas, testigos y demás sujetos intervinientes en el proceso penal a la luz del precepto jurídico del Debido Proceso”, Tesis para optar por el grado de Licenciado en Derecho, Facultad de Derecho de la Universitaria de Costa Rica, el cual concluye que: La ley 8720, mediante sus artículos 16, 17 y 18 ídem, efectivamente sí violenta – de manera grosera – los contenidos fundamentales del precepto jurídico del Debido Proceso’, siendo ello requisito ‘sine qua non’ para que funcione el Modelo Eficientista Penal y, de ese modo, que sus postulados dogmáticos tengan razón de ser en nuestro Ordenamiento Jurídico, a la luz del Derecho Penal del Enemigo, de lo contrario, no podría ejercer los efectos jurídicos deseados, que son rasgos significativos que demuestra la mencionada ley.

Restrepo Montoya, Hugo A. (2007). “Derecho penal internacional: entre garantismo y eficientismo” Pontificia Universidad Javeriana, Cali, en cuyo trabajo sustenta que el derecho penal moderno se había basado en la caracterización del derecho penal como un conjunto normativo no universal, dotado de límites espaciales, personales y temporales. Sin embargo, la globalización actual del derecho penal modifica varios de los esquemas tradicionales: por ejemplo, empieza a entenderse que una parte del derecho penal deja de tener los límites que le son propios para pasar a un derecho penal universal, inespacial e intemporal. Este trabajo pretende conocer cuáles son los fundamentos filosóficos que permiten



construir un Derecho Penal Internacional, a partir de la tipificación de unos delitos internacionales.

María Gabriela Acosta Morales (2019). “El activismo jurisdiccional y el garantismo penal en la administración de justicia del Ecuador”. Trabajo de Titulación para la obtención del Grado Académico de Magíster en Derecho mención Derecho Penal y Procesal Penal. Universidad Técnica de Ambato. La problemática de la sospecha de un activismo jurisdiccional de la administración de Justicia en el Ecuador sin garantismo penal protegido en el Estado Constitucional de Derecho; frente a un efficientismo conminado por los órganos rectores de la Justicia del Ecuador. Un activismo jurisdiccional efficientista es un fenómeno de carácter jurídico y social, afecta de una manera directa los derechos de la víctima y el procesado, por lo que los sujetos procesales en materia penal buscan la simbiosis del activismo jurisdiccional con el garantismo penal.

## **2.2. Bases teóricas**

### **2.2.1. Teoría del garantismo penal**

Luigi Ferrajoli, autor del clásico libro “Derecho y razón”<sup>7</sup> sostiene explícitamente tres acepciones de garantismo: como modelo normativo de derecho, como teoría del derecho y crítica del derecho y como filosofía del derecho y crítica de la política.

---

<sup>7</sup> Cfr. FERRAJOLI, Luigi (1995). *Derecho y razón. Teoría del garantismo penal*. Segunda edición, Editorial Trotta. Madrid.

La primera acepción formulada explícitamente por Ferrajoli concibe el garantismo como un modelo normativo de derecho o un esquema que asegura los derechos frente al poder y establece límites a este.

Una segunda acepción se refiere al garantismo como teoría del derecho y crítica del derecho, es decir, una teoría de la validez y de la efectividad de las normas jurídicas que sirve de base para legitimar o deslegitimar las funciones que el derecho desempeña. Esta perspectiva es interna y estimula el espíritu crítico entre la validez de las normas y sus aplicaciones.

Una tercera acepción refiere a filosofía del derecho y crítica de la política; se trata del punto de vista externo "que impone al derecho y al Estado la carga de la justificación externa conforme a los bienes y a los intereses cuya tutela y garantía constituye precisamente la finalidad de ambos".<sup>8</sup>

A pesar de ello, siguiendo a Moreno<sup>9</sup>, puede interpretarse que existen dos significados genéricos: el garantismo como modelo de derecho y el garantismo como propuesta de teoría general del derecho. Por lo primero comprende una alternativa al Estado de Derecho, un tercer modelo: un Estado Garantista de Derecho. Por lo segundo entiende la superación de los reduccionismos iusnaturalistas e iuspositivistas.

---

<sup>8</sup> FERRAJOLI, Luigi (1995). Ob. cit., p. 853.

<sup>9</sup> MORENO CRUZ, Rodolfo (2007). "El modelo garantista de Luigi Ferrajoli. Lineamientos generales". En Boletín Mexicano de Derecho Comparado. XL (120), Universidad Nacional Autónoma de México, México, pp. 825-852.

Por su parte Marina Gascón y Alfonso García, refieren que el garantismo penal ha surgido como una teoría y una práctica jurídica encaminada a defender los derechos de libertad. Por ser el poder punitivo del Estado el que más claramente restringe o amenaza la libertad personal, el garantismo liberal se ha desarrollado prevalentemente como garantismo penal... que expresa la necesidad de minimizar la violencia ejercida por el poder punitivo del Estado; por lo tanto el garantismo penal se vincula pues a una filosofía política que impulsa el proyecto de un “Derecho Penal mínimo”, y en esta medida se presenta como la única justificación racional del derecho penal.<sup>10</sup>

Por tal razón, el garantismo penal, siempre será una guía, un modelo de un sistema penal respetuoso con los derechos y garantías fundamentales y coherentes con el modelo de Estado de Derecho. En ese sentido, “...el garantismo nació en el derecho como una respuesta frente a la gran divergencia existente entre lo que establecen las constituciones y demás normas superiores de los ordenamientos jurídicos. que consagran derechos y garantías ideales para los ciudadanos. y lo que acontece en la realidad, en donde tales derechos y garantías muchas veces no se cumplen.”<sup>11</sup>

---

<sup>10</sup> GASCON ABELLAN, Marina y GARCIA FIGUEROA, Alfonso (2005). *La argumentación en el Derecho*. Editorial Palestra, Lima, pp. 31-32.

<sup>11</sup> RAFECAS, Daniel Eduardo (2004): “Una aproximación al concepto de garantismo penal” En: Revista Lecciones y Ensayos, N° 80, Universidad de Buenos Aires, p. 160. Disponible en: <http://www.derecho.uba.ar/publicaciones/lye/revistas/80/una-aproximacion-al-concepto-de-garantismo-penal.pdf>.

Así se puede determinar, que el garantismo se gestó en el ámbito de reflexión sobre el derecho y el sistema penal, en la perspectiva del "Derecho Penal mínimo"<sup>12</sup>, que intenta poner fuertes y rígidos límites a la actuación del poder punitivo del Estado. Esta vertiente del garantismo como lo refiere Ferrajoli se proyecta en garantías penales sustanciales y garantías penales procesales, donde el derecho penal está llamado a garantizar los derechos y garantías<sup>13</sup>, pese a que las conductas cometidas sean desastrosas y sumamente reprochables.

Por ello, el garantismo constituye una completa filosofía del derecho que incluye tesis metodológicas, conceptuales y axiológicas defendidas o sugeridas en otras filosofías del derecho<sup>14</sup>. Así se tiene que:

Como teoría jurídica es una teoría empírica y al mismo tiempo normativa sobre el deber ser del derecho penal desde el punto de vista jurídico interno de los principios de justicia incorporados en nuestros ordenamientos y particularmente en nuestras constituciones. Se identifica en gran parte con el constitucionalismo, esa extraordinaria innovación del derecho moderno consistente en regular las creaciones del derecho en el propio derecho<sup>15</sup>.

Como paradigma de la filosofía jurídica y de la teoría del derecho, alcanza a todo el ámbito de la persona. Todos los derechos fundamentales pueden ser concebidos como leyes del más débil: como técnica de tutela de los bienes

---

<sup>12</sup> FERRAJOLI, Luigi (2006). "*Sobre los derechos fundamentales y sus garantías*", traducción de Miguel Carbonell, Antonio de Cabo y Gerardo Pisarello, CNDH, México, p. 38.

<sup>13</sup> Ibidem

<sup>14</sup> RAFECAS, Daniel Eduardo (2004). Ob. cit. pp. 160 y ss.

<sup>15</sup> Ibidem

primarios de todos, sólo en presencia de las cuales se justifica ese artificio que es el derecho positivo. Por "garantismo" se entenderá pues, un modelo de derecho fundado sobre la rígida subordinación a la ley de todos los poderes y sobre los vínculos impuestos a estos para garantía de los derechos consagrados en las constituciones.<sup>16</sup>

En tal sentido es sinónimo de Estado constitucional de derecho. Resulta así la elaboración de las paredes maestras del Estado de derecho que tiene por fundamento y fin la tutela de las libertades del individuo frente a las variadas formas del ejercicio arbitrario del poder<sup>17</sup>. En consecuencia, se trata de un modelo ideal al que la realidad se puede acercar más o menos, pues como modelo representa una meta que permanece tal aunque no se la alcance o no pueda nunca ser del todo alcanzado.

Por ello, el garantismo penal es una posición filosófica, antagónica al totalitarismo, y que en términos sencillos propugna la jerarquía de la Constitución (Ley) por encima de la ley<sup>18</sup>. Tal como ha sido desarrollado por Luigi Ferrajoli<sup>19</sup> en su obra *Derecho y Razón*, el "garantismo" es el principal rasgo funcional del estado de derecho, que designa no simplemente un "estado legal" o regulado por la "ley", sino un modelo de estado nacido con las modernas Constituciones y caracterizado

---

<sup>16</sup> FERRAJOLI, Luigi (2006). *"Garantías y derecho penal"*. En: SOTOMAYOR ACOSTA, José. *Garantismo y derecho penal*, Editorial Themis. Bogotá, p. 45.

<sup>17</sup> BOBBIO, Norberto (2001). En su Prólogo al libro *Derecho y razón. Teoría del garantismo penal* de FERRAJOLI, Luigi, Editorial Trota. Madrid, p. 16

<sup>18</sup> ALVARADO VELLOSO, Adolfo (2005). *Garantismo Procesal contra Actuación Judicial de Oficio*, Editorial Tirant lo Blanch, Valencia, p. 303.

<sup>19</sup> FERRAJOLI, Luigi.(2001) «*Pasado y futuro del Estado de derecho*». En: *Revista Internacional de Filosofía Política*, N° 17: 31-45, p. 35. Disponible: <https://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=173408>

por: a) la plena vigencia del principio de legalidad y sometimiento del poder público a normas generales, b) respeto de los derechos fundamentales de los ciudadanos, cuya afectación los posibilita activar la tutela judicial.

De una manera clara y concisa, Alvarado Velloso<sup>20</sup>, presenta lo que hoy se conoce en la sociología jurídica con la denominación de garantismo penal: “Tomando partido por la Constitución y no por la ley”.

Es en este sentido, que un sistema acusatorio, que recoge un posición garantista del proceso penal pone de manifiesto el compromiso de un Estado como propiciador de un sistema de garantías como: los jueces predeterminados, excluyendo a los Jueces Ad-Hoc, ya que la ley debe de predeterminar qué Juez es competente para cada caso en concreto de manera antelada; que el Juez será un sujeto imparcial y sometido solo a la ley (independencia), garantizando además que todo inculcado tenga el derecho a la defensa técnica; que el acusado debe conocer quién es su acusador y cuáles son los cargos que se le imputan (principio de imputación necesaria).

Así mismo, que el proceso no es secreto sino debe ser eminentemente público, para que así la sociedad pueda ejercer un control indirecto sobre la administración de justicia; que toda resolución que emita un órgano jurisdiccional deba estar debidamente motivada, y sobre todo ser el resultado de un análisis lógico y crítico sobre las pruebas que han demostrado los hechos manifestados por las partes de manera fehaciente<sup>21</sup>.

---

<sup>20</sup> ALVARADO VELLOSO, Adolfo. Ob. Cit. p. 307.

<sup>21</sup> Ibid. p. 310

La nota común del garantismo, tanto en el derecho penal como el procesal, es el respeto por las garantías fundamentales del ciudadano, así como la necesaria racionalidad de la intervención penal<sup>22</sup>. El garantismo en materia penal se corresponde con la noción de un derecho penal mínimo<sup>23</sup>. Garantismo” y “derecho penal mínimo” son, en efecto, términos sinónimos que designan un modelo teórico y normativo de derecho penal capaz de minimizar la violencia de la intervención punitiva que intenta poner fuertes y rígidos límites a la actuación del poder punitivo<sup>24</sup> a través de las garantías penales sustanciales y garantías penales procesales.

“Entre las garantías sustanciales se encuentran los principios de estricta legalidad, taxatividad, lesividad, materialidad y culpabilidad. La ley debe proveer exactamente los hechos objeto de la penalización. Debe penalizar solamente actos que producen daños, ofensas, con el límite de la culpabilidad. Son condiciones sine qua non. Entre las garantías procesales están los principios de contradicción, la paridad entre acusación y defensa, la separación rígida entre juez y acusación, la presunción de inocencia, la carga de la prueba para el que acusa, la oralidad y la publicidad del juicio, la independencia interna y externa de la judicatura y el principio del juez natural”<sup>25</sup>.

---

<sup>22</sup> SÁEZ CAPEL, José (2010). “*El garantismo penal la lógica contrapuesta de carácter represivo*”. En: [www.uss.edu.pe/.../2.-%20EL%20GARANTISMO%20PENAL,%20LA%2234](http://www.uss.edu.pe/.../2.-%20EL%20GARANTISMO%20PENAL,%20LA%2234).

<sup>23</sup> FERRAJOLI, Luigi (2006). “*Sobre los derechos fundamentales y sus garantías*”, traducción de Miguel Carbonell, Antonio de Cabo y Gerardo Pisarello, CNDH, México, p. 38. Disponible: <https://nancyarellano.files.wordpress.com/2014/03/derechos-y-garantias-la-ley-del-mas-debilferrajoli.pdf>, consultado 18 de mayo de 2019

<sup>24</sup> Ibid., p. 11

<sup>25</sup> Ibid., p. 38.

Cada axioma tiene una significación individual y en conjunto, el primero como condiciones sine qua non entre ellos y en conjunto, en sentido ascendente, utilizando cada uno de ellos del anterior como consecuente hasta llegar al último axioma lo que permite establecer mediante un sistema de implicaciones y derivaciones de lógica formal, por ejemplo no sólo que no hay juicio sin acusación, sino acusación sin juicio planteando setenta y cinco teoremas combinaciones posibles de un axioma en función de otros o sus implicados.

Para el garantismo, lo que hace ético un Estado de Derecho, aun cuando penaliza a seres humanos, es que se autolimita hasta el punto de afirmar que no hay pena ni crimen sin defensa del criminal (*nullum pena, nullum crimen sine defensione*), en esto consiste la estricta legalidad.<sup>26</sup>

Todas las garantías procesales, por ejemplo la impugnación, son garantías para una correcta certidumbre de la verdad procesal, que siempre es una verdad probabilística en los hechos y opinable en derecho. Las garantías penales sustantivas tienen por objetivo la averiguación de la verdad jurídica, a partir de la verificabilidad y refutabilidad en abstracto de las hipótesis de la acusación.

Las garantías procesales tienen por objetivo la averiguación de la verdad fáctica<sup>27</sup>. Ferrajoli pone el acento de la verdad procesal como correspondencia<sup>28</sup> y sólo sobre él, puede el criterio de coherencia y de aceptabilidad justificada vincular

---

<sup>26</sup> Ibid. p.92 y ss. y 110 a 113.

<sup>27</sup> Ibid., p. 39.

<sup>28</sup> FERRAJOLI, Luigi. Derecho y Razón, Ob. cit. pp. 48 y ss.



el juicio a la estricta legalidad o sea a los hechos empíricos previamente denotados por la ley como punibles.<sup>29</sup>

### 2.2.2. El derecho penal del enemigo

En octubre de 1999 tuvo lugar en la Academia de Ciencias de BerlínBrandenburgo un congreso titulado —La Ciencia alemana del Derecho Penal ante el cambio de milenio, reflexión retrospectiva y perspectivas de futuro‖ (*Die deutsche Strafrechtswissenschaft vor der Jahrtausendwende, Rückbesinnung und Ausblick*)<sup>30</sup>. En dicho Congreso, Günther Jakobs, catedrático de Derecho penal de la Universidad de Bonn, expuso las características fundamentales de un subsistema penal de combate contrapuesto al Derecho penal común o Derecho penal del ciudadano (*Bürgerstrafrecht*), que él denominó «Derecho penal del enemigo» (*Feindstrafrecht*).

Sin embargo, no fue en aquella ocasión cuando acuñó por primera vez tan polémica expresión. Jakobs menciona por primera vez el Derecho penal del enemigo durante su ponencia en el Congreso de los penalistas alemanes, presentada en Frankfurt am Main en mayo de 1985 y titulada —Criminalización en el estadio previo a la lesión de un bien jurídico‖<sup>31</sup>.

En la misma, critica a una serie de preceptos del StGB, que realizan en su opinión criminalizaciones excesivamente anticipadas, llegando a castigar los actos

---

<sup>29</sup> Ibid., pp. 68 y ss.

<sup>30</sup> Las ponencias del congreso, en una obra coordinada por Francisco Muñoz Conde, han sido traducidas y recopiladas en: ESER, Albin; HASSEMER, Winfried; BURKHARDT, Björn (2004), *La ciencia del Derecho penal ante el nuevo milenio*. Editorial Tirant lo Blanch, Valencia.

<sup>31</sup> La ponencia fue publicada en ZStW 97 (1985), pp. 751 a 785 bajo el título: *Kriminalisierung im Vorfeld einer Rechtsgutsverletzung*, y ha sido traducida por Enrique Peñaranda Ramos en: JAKOBS, Günther (1997). *Estudios de Derecho Penal*, Editorial Civitas, Madrid.

preparatorios. Estos preceptos para el profesor —caen fuera del marco de lo que aquí se denomina Derecho penal del ciudadano y pertenecen al Derecho penal del enemigo<sup>32</sup> y afirma que —no se pueden legitimar en un Estado de libertades<sup>33</sup>.

Günther. Jakobs<sup>34</sup>, principal ponente de esta tendencia, realiza una elaboración que dota de contenido al Derecho penal del enemigo, distinguiéndolo del Derecho penal del ciudadano. Para el mencionado jurista alemán, aquel que, por principio, o de manera permanente o sostenida, se comporta de modo desviado, en contra del ordenamiento jurídico, no ofrece garantía de conducirse como persona. Por ello no puede ser tratado como ciudadano, sino que debe ser combatido como enemigo. Con esto se quiere decir que en la sociedad actual el delito no surge como “el fin o apocalipsis de la comunidad”, sino tan sólo como alteración de ésta, cuyo orden resulta subsanable.

Por esta razón es que el Estado moderno ve al autor de un delito no como un enemigo a destruir sino como ciudadano que ha lesionado o puesto en peligro el bien jurídico (o dañado la vigencia de la norma en la concepción de Jakobs). Hasta aquí todo va bien, siempre y cuando el autor ofrezca, a pesar de su hecho disvalioso, garantías de que se comportará como ciudadano que actúa fielmente en relación con el ordenamiento jurídico. El punto de inflexión radica en aquellos individuos que no ofrecen las garantías mencionadas por su abierto y quizás permanente enfrentamiento contra el orden existente<sup>35</sup>.

---

<sup>32</sup> JAKOBS, Günther (1997). “*Criminalización en el estadio previo a la lesión de un bien jurídico*”, Trad: PEÑARANDA, Enrique, en: JAKOBS, Günther, Estudios de Derecho Penal, Editorial Civitas, Madrid, p. 298.

<sup>33</sup> Ibid., p. 293.

<sup>34</sup> JAKOBS, Günther, citado por MARÍN FRAGA, Facundo (2005). “*Derecho penal de enemigo*”. En: La Ley, Madrid, p. 11.

<sup>35</sup> Ibid., p. 296

Así como la vigencia de la norma no puede mantenerse de forma completamente contra fáctica, lo mismo ocurre con la condición de persona que se atribuye al individuo en una comunidad. En este sentido, si se pretende que la norma determine la configuración de una sociedad, el comportamiento de acuerdo con ella debe ser realmente esperable. Las personas deben partir de que los demás integrantes de esa comunidad se conducirán de acuerdo con dicha norma, no infringiéndola.

Por ello, no alcanza con saber que tengo el derecho de atravesar a pie cierto barrio de la ciudad sin ser atacado. La certeza en este derecho no me hará cruzarlo si no tengo una seria necesidad de hacerlo. Porque además del derecho es necesaria una seguridad cognitiva, esto es, una razonable expectativa de que ese derecho será respetado y no se convertirá en una promesa vacía<sup>36</sup>.

Dicho de otro modo, tomando el ejemplo propuesto por Marín<sup>37</sup> “cierto es que todos los ciudadanos tienen el derecho a recorrer a pie el denominado barrio de Fuerte Apache, pero aunque este derecho es por todos conocido y a nadie se le ocurriría ponerlo en cuestión, del mismo modo ningún sujeto irá allí de paseo sin una imperiosa necesidad de hacerlo. La expectativa de salir ileso es más bien poco esperable y las garantías de que nuestro paseo no sea alterado se esfuman. Este mismo razonamiento se emplea en la elaboración doctrinal del Derecho penal del enemigo, respecto a la personalidad del autor de un delito, a su condición de persona.

---

<sup>36</sup> Ibid., p. 297

<sup>37</sup> Ibid., p. 298.

Es decir, que su tratamiento como persona no se erige por sí mismo, sino que se trata de una expectativa normativa que debe ser corroborada de manera cognitiva, en el mundo real. Cuando la expectativa de un comportamiento fiel al Derecho es defraudada de modo permanente, la disposición a tratar al delincuente como persona disminuye sensiblemente. Las medidas de seguridad constituyen un buen ejemplo, aunque en Derecho penal hay más muestras de ello.

De esta forma es como el legislador actual tiende a elaborar tipos penales denominados de lucha; ello ocurre cuando legisla en materia de terrorismo, criminalidad organizada, tráfico ilegal de drogas o delitos sexuales, por ejemplo. Así, también, es como se pretende combatir a ciertos individuos “enemigos” que se han apartado de forma, probablemente duradera, del ordenamiento jurídico. Este grupo de no ciudadanos no prestaría la garantía material mínima necesaria para su tratamiento como persona.

Por lo que, a decir de quienes defiende la aplicación de este Derecho penal del enemigo, el tratamiento como persona que se brinda al delincuente tradicional, se torna dificultoso cuando el autor actúa movido por una tendencia o bien es que se encuentra dentro del esqueleto de una organización enfrentada con el Derecho, por ello el uso de los mecanismos tradicionales para enfrentar la delincuencia no son eficaces.

Por eso, en estos últimos casos surge la necesidad de reacción frente al peligro que emana de su conducta reiteradamente contraria a Derecho. Todo lo cual conduce a proporcionar en estos supuestos un tratamiento no como persona, sino como individuo peligroso; de lo contrario se impone al Estado una atadura que resulta inadecuada. Además, conforme a esta concepción, lo que realmente importa

es la conservación de los intereses del sistema, la capacidad funcional de sus órganos y la defensa del Estado a través de las garantías del propio Estado<sup>38</sup>.

En buena cuenta, se trata de un Derecho penal donde los derechos de todo ser humano se ven reducidos y hasta acortados por criterios de intervención estatal de necesidad y eficacia<sup>39</sup>.

En ese sentido, resulta de obligatorio abordaje lo dicho por Jakobs en una reciente contribución<sup>40</sup>, en el que reafirma lo dicho anteriormente, es decir, que hay que distinguir: Derecho penal del ciudadano (que se aplica a quienes no organizan su vida en torno al delito, respecto de los cuales la pena busca la contradicción de un hecho para asegurar la vigencia normativa) del Derecho penal del enemigo (que se aplica a quienes organizan su vida en torno al delito, respecto de los cuales lo importante es la eliminación de un peligro).

En efecto, este autor reconoce que para ciertas concepciones, en principio, todo delincuente es un enemigo; sin embargo, que ese no es el concepto de enemigo con el cual se manejará puesto que de otra manera no podría hablarse de un Derecho penal del ciudadano. Así enemigo será quien vive del delito, para el delito y por el delito.

En palabras del profesor de la Universidad de Bonn<sup>41</sup>:

---

<sup>38</sup> PORTILLA CONTRERAS, Guillermo (2001). “La legislación de lucha contra las no personas: represión legal del enemigo”. En sitio web: <http://www.iujaen.org/jornadas/documentos/no-personas.rtf>. Consultado 20 de diciembre del 2019.

<sup>39</sup> VIRGOLINI, Julio (2004). *Crímenes excelentes. Delitos de cuello blanco, crimen organizado y corrupción*, Editores del Puerto, Buenos Aires, p. 276.

<sup>40</sup> JAKOBS, Günther y CANCIO MELIA, Manuel (2003). *Derecho penal del enemigo*, Editorial Thomson, Madrid, pp. 55-56.

<sup>41</sup> Ibid. p.59

“1. En el Derecho penal del ciudadano, la función manifiesta de la pena es la contradicción, en el Derecho penal del enemigo la eliminación de un peligro. Los correspondientes tipos ideales prácticamente nunca aparecerán en una configuración pura. Ambos tipos pueden ser legítimos.

2. En el Derecho natural de argumentación contractual estricta, en realidad todo delincuente es un enemigo (Rosseau, Fichte). Para mantener un destinatario para expectativas normativas, sin embargo, es preferible mantener el status de ciudadano para aquellos que no se desvían por principio (Hobbes, Kant).

3. Quien por principio se conduce de modo desviado no ofrece garantía de un comportamiento personal; por ello no puede ser tratado como ciudadano, sino debe ser combatido como enemigo. Esta guerra tiene lugar con un legítimo derecho de los ciudadanos, en su derecho a la seguridad; pero a diferencia de la pena, no es Derecho también respecto del que es penado; por el contrario, el enemigo es excluido”<sup>42</sup>.

En ese sentido, Jakobs<sup>43</sup> sostiene, además, que el “Derecho penal del enemigo” se caracteriza, en primer lugar, por un “amplio adelantamiento de la punibilidad”, es decir, por la adopción por parte del ordenamiento de una perspectiva fundamentalmente prospectiva (punto de referencia: hecho que va a cometerse) frente a la normal orientación retrospectiva (punto de referencia: hecho cometido) del Derecho penal. En segundo lugar, por un incremento comparativo notable de las penas frente al Derecho penal “normal”. En tercer lugar, por la supresión de determinadas garantías procesales individuales.

---

<sup>42</sup> Ibid. p.59

<sup>43</sup> JAKOBS, Günther (1997). *Estudios de Derecho Penal*, Editorial Civitas, Madrid, p.294.

Añade el jurista alemán<sup>44</sup> lo siguiente: “Con este lenguaje –adelantando la punibilidad, combatiendo con penas más duras, limitando las garantías procesales-, el Estado no habla con sus ciudadanos, sino que amenaza a sus enemigos.

En consecuencia, el pensamiento jakobsiano<sup>45</sup> demuestra una racionalización extrema de su teoría de la prevención general positiva. En efecto, Jakobs, siguiendo a Niklas Luhmann, cree que la pena refuerza la confianza en el sistema penal en particular y en el sistema social en general. En este contexto, las normas son expectativas de comportamientos esperados por la comunidad en virtud de que su cumplimiento estabiliza lo social. El delito desestabiliza el orden de las cosas y por ello surge para contradecirlo la pena.

Con menos adjetivos y con mayor profundidad analítica se pronuncia Cancio Meliá, quien enmarca la actual configuración del Derecho penal del enemigo dentro del fenómeno de expansión del Derecho penal que acusara ya Silva Sánchez con suma claridad, precisando que se trata del resultado de la fusión de dos líneas de desarrollo de las legislaciones penales modernas: el Derecho penal simbólico y el resurgimiento del punitivismo<sup>46</sup>.

Cancio Meliá pone de manifiesto la irracionalidad o incoherencia del llamado Derecho penal del enemigo, para a partir de ello negarle el carácter de verdadero Derecho penal: “Sólo el Derecho penal del ciudadano es Derecho penal”<sup>47</sup>.

---

<sup>44</sup> JAKOBS, Günther (2004). *La autocomprensión de la ciencia del Derecho penal ante los desafíos del presente*, Editorial Hammurabi, Valencia, p. 59.

<sup>45</sup> PARMA, Carlos (2001). *El pensamiento de Günther Jakobs*, Ediciones Jurídicas, Mendoza, pp. 33 y ss.

<sup>46</sup> JAKOBS, Günther y CANCIO MELIA, Manuel. Ob. Cit., p. 61.

<sup>47</sup> Ibidem



Por su parte, Silva Sánchez destaca igualmente la existencia del Derecho penal del enemigo, al que, con términos gráficos, califica de Derecho penal de “tercera velocidad”, es decir, un Derecho penal en el que co-existen la imposición de penas privativas de libertad y la flexibilización de los principios y reglas de imputación jurídico-penales.<sup>48</sup>

Si bien Silva Sánchez no le niega el carácter de Derecho a este Derecho penal de excepción (al que llama de tercera velocidad), señala claramente que tendría que quedar reducido “a la mínima expresión”<sup>49</sup>.

Para Silva Sánchez<sup>50</sup>, las reacciones estatales propias de un “Derecho penal del enemigo” se configuran dentro de lo que él denomina “Derecho penal de tercera velocidad” y la discusión fundamental versa sobre su legitimidad. Agrega el jurista español que para ello habría de basarse en consideraciones de absoluta necesidad, subsidiariedad y eficacia. Menciona a continuación<sup>51</sup> : “Pero queda en pie la cuestión conceptual de si, entonces, el Derecho penal del enemigo sigue siendo “Derecho” o es ya, por el contrario, un ‘no Derecho’, una pura reacción defensiva de hecho frente a sujetos ‘excluidos’”.

---

<sup>48</sup> SILVA SANCHEZ, Jesús María (2001). *La Expansión del Derecho Penal. Aspectos de la política criminal en las sociedades postindustriales*, 2ª edición, Editorial Civitas, Madrid, pp. 231 y ss.

<sup>49</sup> Ibidem

<sup>50</sup> Ibid., pp. 163 y ss. El jurista español menciona una primera velocidad del Derecho penal para referirse al núcleo duro del Derecho penal y frente al cual las diversas garantías del derecho penal liberal deben mantenerse indemnes, explica la existencia de una segunda velocidad del Derecho penal cuando, en virtud a la menor intensidad de la reacción penal (penas limitativas de derechos o pecuniarias) cabe admitir cierto nivel de flexibilidad en las garantías del derecho penal. Por último, explica que la tercera velocidad del derecho penal se caracteriza porque las garantías del ciudadano están sumamente limitadas y por ende propensas a vulneraciones.

<sup>51</sup> SILVA SÁNCHEZ, Jesús María. citado por LASCANO, Carlos Julio. (2004) “*Principio de culpabilidad y Derecho penal del enemigo*”. En: Libro de ponencias del XVI Congreso Latinoamericano, VIII Iberoamericano y I Nacional de Derecho Penal y Criminología. Lima, p. 244.



Agrega que la justificación del Derecho Penal de la tercera velocidad - ensayada por algunos en el sentido que se trataría de un “mal menor” frente a fenómenos excepcionalmente graves que no ofrezcan peligro de contaminar al Derecho Penal “de la normalidad”- obliga a una revisión permanente e intensa de la concurrencia de los presupuestos de regulación de esa índole.

Por último, en un plano esencialmente ideológico, Zaffaroni ha cuestionado los fundamentos filosóficos utilizados por JAKOBS, en la medida que no responden a la contraposición entre Estado totalitario y Estado liberal<sup>52</sup>. Según Zaffaroni, los partidarios del Estado absoluto niegan el derecho de resistencia a la opresión, asignándole el carácter de enemigo a quien pretende ejercerlo.<sup>53</sup>

### **2.2.3. Ius puniendi del Derecho penal**

#### **2.2.3.1. 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.

---

52 ZAFFARONI, Eugenio Raúl (2005). *“Es posible un Derecho penal del enemigo no autoritario”*, en Libro Homenaje al Prof. Dr. Gonzalo Rodríguez, Editorial Civitas, Madrid, p. 1082.

53 Ibidem.

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.

### 2.2.3.2. **Ámbito Conceptual**

Acerca de la definición del ius puniendi, Mir Puig expresa: “Se trata, (...) de una forma de control social lo suficientemente importante como para que, por una parte haya sido monopolizado por el Estado y, por otra parte, constituya una de las parcelas fundamentales del poder estatal que desde la Revolución francesa se considera necesario delimitar con la máxima claridad posible como garantía del ciudadano.”<sup>54</sup>

El Derecho Penal objetivo es pues, el medio empleado por el Estado para ejercer su poder punitivo, y que Mir Puig define como: “(...) Conjunto de prescripciones jurídicas que desvaloran y prohíben la comisión de delitos, y asocian a éstos, como presupuesto, penas y/o medidas de seguridad, como consecuencia jurídica.”<sup>55</sup>

---

<sup>54</sup> MIR PUIG, Santiago (1996). *Derecho Penal Parte General*. 4ta. Edición, Editorial PPU S.A, Barcelona, 1996, p. 5

<sup>55</sup> *Ibid.*, p. 11.

Para Muñoz Conde y García Arán, el tema de la “(...) legitimidad del Derecho Penal o de la legitimidad del Estado para utilizarlo en el establecimiento o mantenimiento de su sistema no es, (...) una cuestión superflua, pero en cierto modo, está más allá del Derecho Penal propiamente dicho”<sup>56</sup>, pues consideran que tal aspecto no puede ser desconectado del sistema político, social, económico y jurídico, en tal sentido argumentan: “La legitimidad del Derecho Penal o del poder punitivo del Estado proviene pues, del modelo fijado en la Constitución y de los pactos o tratados internacionales como la Declaración de Derechos Humanos, (...) que el Derecho Penal debe respetar y garantizar en su ejercicio”<sup>57</sup>.

Otros autores, como Cobo del Rosal y Vives Antón, hacen la reflexión desde los puntos de vista político y técnico; desde la óptica política, consideran que no está demasiado claro el argumento de partir de los derechos subjetivos del Estado y de los particulares, para legitimar el ius puniendi, lo cual fundamentan:

“En primer lugar, porque de la configuración del ius puniendi como derecho subjetivo, no siempre se ha de seguir la necesidad de respetar las garantías individuales. (...) y en segundo lugar, porque la negación del carácter de derecho subjetivo al ius puniendi, no va unida necesariamente a una concepción autoritaria o totalitaria del Estado, por el contrario, quienes afirmen que el poder punitivo es un poder jurídico, dicen por eso mismo, que debe ser limitado. (...) El derecho de castigar, sin duda, se hallará limitado por otros derechos, pero exactamente igual se

---

<sup>56</sup> MUÑOZ CONDE, Francisco y GARCÍA ARÁN, Mercedes (1996). *Derecho Penal Parte General*, 2da. Edición, Editorial Tirant lo Blanch, Valencia, p. 68.

<sup>57</sup> Ibidem

hallará limitado, y por los mismos motivos, “el poder”, si efectivamente ha de ser un poder jurídico”.<sup>58</sup>

En consecuencia, se tiene 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 “autojusticia”, 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.<sup>59</sup>

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<sup>60</sup>.

---

<sup>58</sup> COBO DEL ROSAL, Manuel y VIVES ANTÓN, Tomas (1999). *Derecho Penal Parte General*, 5ta. Edición, Editorial Tirant lo Blanch, Valencia, pp. 60 y 61.

<sup>59</sup> MORILLAS CUEVA, Lorenzo y RUIZ ANTÓN. L.F. (1992). *Manual de Derecho Penal - Parte General*, Editoriales de Derecho Reunidas, Madrid, p.32.

<sup>60</sup> Ver: BACIGALUPO, Enrique (1984). *Manual de Derecho Penal*, Editorial Temis-Ilanud, Bogotá; BUSTOS RAMÍREZ, Juan (1986). *Introducción al Derecho Penal*, Editorial Temis, Bogotá; entre otros autores.

En suma, al derecho penal subjetivo<sup>61</sup> 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<sup>62</sup>.

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.

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.”<sup>63</sup> 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.

---

<sup>61</sup> ZAFFARONI, Eugenio Raúl (1986). *Manual de Derecho Penal*. Tomo I, Ediciones Jurídicas, Lima, p. 44. En este punto Zaffaroni sostiene “pero esta intervención no significa que exista un derecho subjetivo del Estado a incriminar o penar. Este pretendido *ius puniendi* haría que todos los delitos lesionasen un único bien jurídico, que sería un derecho subjetivo del Estado, que gozaría de él de la misma manera en que los particulares gozan del derecho a la vida a ejercer su profesión”, etc. Las consecuencias prácticas de tal afirmación son inadmisibles: No se penaría a un homicida, por ejemplo, en razón de que hubiese privado a otro de su derecho a la vida, sino porque hubiese afectado un derecho subjetivo del Estado.

<sup>62</sup> BUSTOS RAMÍREZ, Juan. Ob. cit. p. 20.

<sup>63</sup> MIR PUIG, Santiago (1996). *Derecho Penal - Parte General*. Editorial PPU S.A., Barcelona. pp. 7- 8.

En consecuencia, 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.

### **2.2.3.3. Manifestaciones del ejercicio del poder punitivo estatal<sup>64</sup>**

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:

#### **2.2.3.3.1 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

---

<sup>64</sup> LÓPEZ PÉREZ, Luis (2012). “El poder penal del estado”. Lima: USMP, pp. 5-7. [https://derecho.usmp.edu.pe/instituto/revista/articulos/2012/El\\_Poder\\_Punitivo.pdf](https://derecho.usmp.edu.pe/instituto/revista/articulos/2012/El_Poder_Punitivo.pdf)

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.

#### **2.2.3.3.2 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<sup>65</sup>.

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.

#### **2.2.3.3.3 Potestad única y exclusiva para ejecutar el Derecho penal objetivo**

---

<sup>65</sup> El artículo 138° de la Carta Política, primer párrafo, establece que “La potestad de administrar justicia emana del pueblo y se ejerce por el Poder Judicial a través de sus órganos jerárquicos con arreglo a la Constitución y a las leyes”. El artículo 139.10, del mismo texto, prescribe “Son principios y derechos de la función jurisdiccional: (...) El principio de no ser penado sin proceso judicial”. En esa misma dirección el artículo V del Título Preliminar del Código Penal precisa que “Sólo el Juez competente puede imponer penas o medidas de seguridad; y no puede hacerlo sino en la forma establecida en la ley.”



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<sup>66</sup>. 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.

#### **2.2.4. La delincuencia e la inseguridad en la sociedad de riesgo**

El concepto sociedad del riesgo, ampliamente definido por Beck<sup>67</sup>, se basa en la constatación de que, en las sociedades actuales, la producción social de riqueza va acompañada sistemáticamente por una creciente producción social del riesgo. En las sociedades contemporáneas, una proporción bastante elevada de estos «riesgos» está directamente relacionada con la tecnología y el sistema productivo, y se caracteriza porque trata de riesgos difícilmente detectables por los sentidos humanos. La contaminación química, la modificación genética de organismos o los efectos del cambio climático son algunos ejemplos de nuevos riesgos ambientales que se vienen a sumar a las terribles consecuencias provocadas por la contaminación industrial en las últimas décadas del siglo XX. Sin embargo, el análisis no sería completo si no añadiéramos a la lista de riesgos, el peligro latente

---

<sup>66</sup> El artículo 139.22° de la Carta Política establece que “*Son principios y derechos de la función jurisdiccional: (...) El principio de que el régimen penitenciario tiene por objeto la reeducación, rehabilitación y reincorporación del penado a la sociedad.*”

<sup>67</sup> Cfr. BECK, Ulrich. (1998). *La sociedad del riesgo*. Editorial Paidós Barcelona.



de ruptura social que la globalización y los nuevos procesos de transformación económica están provocando en el seno de nuestra sociedad.

Sociológicamente hablando puede examinarse como los procesos y fenómenos que integran una forma particular de la conducta social humana que transgrede el funcionamiento de un sistema social dado y que representa para él dañosidad de mayor o menor nivel.

Finalmente, en el ámbito jurídico está integrada por relaciones sociales antagónicas a lo preceptuado por la Ley Penal y evidencia contradicciones sociales, diferencias y desproporciones en el desarrollo social definidos como procesos y comportamientos de carácter delictivo. En general la delincuencia constituye un conjunto o sistema de conductas delictivas o determinadas infracciones grupales o individuales de la Ley Penal.

En ese sentido el maestro Eduardo García Maynez señala que 'La Delincuencia es la conducta resultante del fracaso del individuo en adaptarse a las demandas de la sociedad en que vive'.<sup>68</sup> De igual forma César Herrero Herrero, la explica como un fenómeno social creado por el conjunto, de infracciones contra las normas elementales de convivencia producidas en un tiempo y lugar determinados, otros autores la definen como; todo acto punible cometido por individuos o asociaciones espontáneas de personas.<sup>69</sup>

---

<sup>68</sup> GARCÍA MAYNEZ, Eduardo (2002). *Introducción al Estudio del Derecho*, Editorial Porrúa, México, p.285.

<sup>69</sup> HERRERO, HERRERO, Cesar (2007). *Criminología (parte general y especial)*, Editorial Dykinson; Madrid, p.267.

En consecuencia, comúnmente la delincuencia se entiende como el conjunto de delitos observables en un grupo social determinado, así como en un momento histórico específico. A la delincuencia como al delincuente se le conoce en función de la existencia previa de la ley penal, su violación y; la reacción social que dicha trasgresión ocasiona, dentro del grupo social.

El enfoque aplicado al estudio de la delincuencia, es el sociológico, que estudia las relaciones entre individuos y sus leyes en las sociedades humanas. El diccionario jurídico considera delincuente a la persona que interviene en un delito (acciones u omisiones dolosas o culposas penadas por la ley), sujeto activo del mismo en calidad de autor, cómplice o encubridor, o de cualquier actuación punible.<sup>70</sup>

En la actualidad es casi un lugar común caracterizar la realidad social contemporánea como la de la sociedad del riesgo o, si se quiere, la del futuro de inseguridad permanente<sup>71</sup>. Sin perjuicio del breve análisis objetivo que a continuación se realiza, desde la perspectiva subjetiva cabe asumir que la sensación de incertidumbre y de inseguridad, e incluso el miedo, son algunas de las tonalidades emotivas que mejor caracterizan la sociedad del presente.<sup>72</sup>

---

<sup>70</sup> VELASCO, GAMBOA Emilio (2006). *La delincuencia en la Era de la Globalización*, Editorial Porrúa. México, p 336.

<sup>71</sup> A la hora de hablar de sociedad del riesgo o de futuro de inseguridad permanente, constituye una referencia inevitable el pensamiento de Beck, plasmado inicialmente en su libro, ya clásico, *La sociedad del riesgo* (1998), que ha conocido una actualización de singular relevancia en Beck (2002).

<sup>72</sup> SILVA SÁNCHEZ, Jesús María. Ob. Cit., p. 32. quien, con lucidez, habla de 'sociedad de la "inseguridad sentida" (o del miedo)'.

Poderosas razones hay para ello. En la actualidad se presentan factores de riesgo de extraordinaria relevancia, que en la etapa histórica anterior no existían, o eran desconsiderados<sup>73</sup>.

Un conjunto fundamental de factores de riesgo se deriva de las mutaciones del sistema económico, que inciden sobre las formas de inserción de los individuos en las relaciones productivas, así como sobre las posibilidades de derivar de ellas recursos para satisfacer las necesidades básicas<sup>74</sup>. Probablemente este conjunto de factores de riesgo de carácter socioeconómico puede inscribirse, fundamentalmente, en dos evoluciones capitales<sup>75</sup>.

Por una parte, en el declive del Estado del Bienestar, que ha restringido los mecanismos públicos de asistencia ante situaciones carenciales -de empleo, de salud, de capacidad para trabajar-, obligando a los sujetos a procurar laboriosamente otros recursos de sostén antes tales circunstancias, de forma señalada en sus respectivos ámbitos privados o comunitarios.

La evidente percepción de la exclusión social, como riesgo constante de movilidad social descendente, determina que esa progresiva ausencia de cobertura pública de las situaciones carenciales sea experimentada con una ansiedad reduplicada.

---

<sup>73</sup> BRANDARIZ GARCÍA, José (2009). “Seguridad ciudadana, sociedad del riesgo y retos inabordables de la política criminal”. En: Jura Gentium Rivista di filosofia del diritto internazionale e della politica globale. <https://www.juragentium.org/topics/migrant/es/retos.htm>

<sup>74</sup> BECK, Urlech (1998). Ob. cit., pp. 175 ss.

<sup>75</sup> BRANDARIZ GARCÍA, José (2009). Ob. cit., “Seguridad ciudadana, sociedad del riesgo y retos inabordables de la política criminal”. En: Jura Gentium Rivista di filosofia del diritto internazionale e della politica globale. <https://www.juragentium.org/topics/migrant/es/retos.htm>

Por una parte, en el declive del Estado del Bienestar, que ha conducido a restringir los mecanismos públicos de asistencia ante situaciones carenciales -de empleo, de salud, de capacidad para trabajar-, obligando a los sujetos a buscar laboriosamente otros recursos de sustento ante estas circunstancias, de manera prioritaria en sus respectivos ámbitos privados o comunitarios, así como en el aseguramiento privado. La evidente percepción de exclusión social, como riesgo constante de movilidad social descendente, determina que esa progresiva ausencia de cobertura pública de las situaciones carenciales sea experimentada con una ansiedad intensificada.

Por otra parte, estos factores de riesgo de carácter económico deben inscribirse en el marco del paso al modo de regulación postfordista<sup>76</sup>. En el curso de ese proceso histórico, las innovaciones tecnológicas incorporadas a los sistemas productivos han causado la emergencia y la solidificación de unas ciertas tasas de desempleo estructural, desconocidas con anterioridad, determinando de este modo que la carencia de trabajo remunerado sea un fenómeno permanentemente amenazante.

Con todo, tal vez no es este el factor de riesgo principal que se deriva del tránsito al postfordismo<sup>77</sup>. En efecto, como un fenómeno probablemente más relevante que la consolidación de una cierta tasa estructural de desempleo, en el

---

<sup>76</sup> REVELLI, Marco (2002), *Más allá del siglo XX*. Editorial El Viejo Topo, Barcelona. p. 132.

<sup>77</sup> CASTEL, Robert (1999), *Les métamorphoses de la question sociale*, Gallimard, Paris, p. 646 y ss. Así mismo Castells, Manuel (1998). *La era de la información. Economía, sociedad y cultura*. Vol. II. El poder de la identidad, Editorial Alianza, Madrid. <https://trabajosocialucen.files.wordpress.com/2012/05/castells-manuel-la-era-de-la-informacion-3b3n-el-poder-de-la-identidad-v-ii.pdf>

nuevo esquema productivo postfordista, de carácter altamente flexibilizador, se difunde la precarización creciente, ante todo como experiencia de biografía laboral que pone fin al empleo garantizado y con derechos de carácter perenne. Esa efectiva carencia de un empleo de calidad perpetuo, esa estable inestabilidad, genera una muy relevante sensación de inseguridad ante la posibilidad de seguir generando recursos para satisfacer las necesidades humanas en el futuro<sup>78</sup>.

Si bien las mutaciones económicas y sociales mencionadas constituyen factores de riesgo, determinantes de elevados niveles de incertidumbre y percepción subjetiva de inseguridad, existen también otros fenómenos de no menor relevancia en la conformación de esa sociedad del riesgo que merecen ser destacados, aún sin ánimo alguno de exhaustividad.

En consecuencia, la sociedad del riesgo se produce una suerte de quiebra de los sistemas de aseguramiento que habían resultado válidos durante la etapa histórica anterior. Sobreviene una sensación de crisis permanente, en el marco de desajustes, reajustes y procesos de transformación sistémicos, que tiene consecuencias institucionales y existenciales<sup>79</sup>. En este sentido, se intuye especialmente relevante la crisis de dispositivos reguladores de naturaleza informal, como la familia, la escuela, la religión o la clase, cuya ausencia deja un vacío que

---

<sup>78</sup> BECK, Ulrich (1998). Ob. Cit., pp. 117 ss., 175 ss.; CASTEL, Robert (1999). Ob. Cit., pp. 645 ss.

<sup>79</sup> SAN MARTÍN SEGURA, David (2006), “*Retórica y gobierno del riesgo. La construcción de la seguridad en la sociedad (neoliberal) del riesgo*”, en Bernuz Beneitez, M.J./Pérez Cepeda, A.I. (coords.), *La tensión entre libertad y seguridad. Una aproximación socio jurídica*, Univ. La Rioja, Logroño, p. 76.

no puede sino generar una desorientación notable, una sensación colectiva de desorden social.

Sin perjuicio de todo ello, a los efectos del análisis de la noción contemporánea de inseguridad ciudadana, la realidad que se acaba de describir necesita una caracterización más concreta. No llega con asumir que en relación con la aproximación social e institucional a la seguridad frente a la criminalidad lo que interesa no son los (nuevos) factores objetivos de peligro, sino la sensación subjetiva de riesgo.

Es necesario más que eso: es preciso comprender las mediaciones semióticas que determinan que esa inseguridad sentida sea transmutada colectivamente como disminución de los niveles de tolerancia social, como obsesión por la vigilancia y el control (terreno abonado para la difusión de las prácticas criminológicas de la denominada prevención situacional), como deseo de fortificación y de segregación ante sectores percibidos como portadores de riesgos de carácter criminal<sup>80</sup>.

Entre las características más importantes de esta sociedad del riesgo que afectan al sistema normativo pueden destacarse las siguientes<sup>81</sup>:

1. Existe un cambio en el potencial de los peligros actuales en relación con los de otras épocas: la sociedad actual se caracteriza por la existencia de riesgos

---

<sup>80</sup> GARLAND, David (2005), *La cultura del control*, Editorial Gedisa, Barcelona, pp. 268 s., 324 ss; y YOUNG, J., (2003), *La sociedad "excluyente"*, Editorial Marcial Pons, Madrid, pp. 34, 36, 204.

<sup>81</sup> ORTEGA MALDONADO, Juan (2012). “*El derecho en la sociedad del riesgo*” . En *Revista Misión Jurídica*. Universidad Colegio Mayor de Cundinamarca. Colombia. <https://www.revistamisionjuridica.com/el-derecho-en-la-sociedad-del-riesgo/>

“artificiales”, es decir, aquellos producidos por la actividad del hombre y conectados a una decisión suya, a diferencia de lo que acontecía en el pasado, cuando los riesgos provenían de la propia naturaleza. Aquellos riesgos no sólo son más peligrosos sino que amenazan a un número indeterminado de personas, e incluso a la existencia de la humanidad.

2. El segundo elemento caracterizador es la complejidad organizativa de las relaciones de responsabilidad. En la medida en que la sociedad se hace más compleja, perfeccionada e intercambiable, el individuo piensa que es menor su responsabilidad, al considerar que su contribución al conjunto es mínima. A partir de la paradoja de que el riesgo afecta de modo involuntario a las personas pero tiene siempre su origen en una decisión humana, esta situación de “responsabilidad” se produce, en unos casos, como consecuencia de múltiples acciones individuales y, en otros, por la sistemática divergencia entre producción del riesgo y afectación por el mismo en sociedades funcionalmente diferenciadas.

3. El tercero de los rasgos definitorios de la sociedad del riesgo, que afecta al Derecho, es la sensación de inseguridad subjetiva, independiente de los peligros reales. Esto se explica porque en una sociedad cuyos miembros viven más seguros (de los peligros o riesgos tradicionales o naturales), paradójicamente tienen una creciente sensación subjetiva de inseguridad. En tales condiciones, las exigencias de la seguridad jurídica (en un sentido muy amplio del término) debieran estar encaminadas no sólo a la protección objetiva frente a riesgos —que disuadan tales conductas—, sino a la posibilidad de garantizar, además, la confianza en dicha seguridad, en su efectividad. Así pues, la creación de nuevos riesgos y la



complejidad de todos los procesos en los que se ven inmersos la sociedad y el individuo, generan esa sensación de inseguridad que se transforma en una exigencia de protección, siempre en ascenso.

Ello se traduce, también, en un problema de legitimidad del propio ordenamiento jurídico, como bien destaca el propio Beck. Este autor establece que en algún momento surge la pregunta acerca del valor de un sistema legal que regula y persigue, hasta sus más ínfimos detalles, todos aquellos riesgos menores que son técnicamente manejables, en virtud de su propia autoridad y en la medida en que no pueden ser reducidos a un mínimo técnico que pida a todo el mundo que se haga cargo de ellos.

Esta relación riesgo-inseguridad provoca que los individuos reclamen del Estado, de manera creciente, la prevención frente al riesgo y la provisión de seguridad como únicas salidas viables de tal círculo vicioso. Si hay algo que caracteriza a la sociedad del riesgo es precisamente la necesidad y la sensación o impresión de inseguridad, de manera que —y esto es importante subrayarlo— el logro de la seguridad se convierte en un motivo dominante de la ordenación de la vida jurídica.

Tal exigencia de seguridad puede convertirse en un problema si esas demandas se canalizan exclusivamente hacia el Derecho, pues éste se vería forzado a expandir sus contornos para el control de nuevos peligros. Debe advertirse, pues, sobre lo inadecuado que resultaría que el Derecho asumiera ese papel, que no le pertenece de modo prioritario ni mucho menos exclusivo, pues ello devendría en



una intervención jurídica excesiva y, a la postre, en un “Estado de prevención o Estado preventivo”.

### 2.3. Definición de términos

**a. Garantismo.** –Es un modelo de derecho y una propuesta de teoría general.

Por lo primero comprende una alternativa al Estado de Derecho, un tercer modelo: un Estado Garantista de Derecho. Por lo segundo entiende la superación de los reduccionismos iusnaturalistas e iuspositivistas.<sup>82</sup> El garantismo es una ideología jurídica, es decir, una forma de representar, comprender, interpretar y explicar el derecho.<sup>83</sup>

**b. Garantismo penal.** – El garantismo en materia penal se corresponde con la noción de un derecho penal mínimo que intenta poner fuertes y rígidos límites a la actuación del poder punitivo del Estado. Esta vertiente del garantismo se proyecta en garantías penales sustanciales y garantías penales procesales. Se cimienta en garantías penales sustanciales y garantías penales procesales. Garantías penales sustanciales son, el principio de legalidad, taxatividad, lesividad, materialidad y culpabilidad. Garantías procesales son principio de contradicción, paridad entre acusación y defensa, separación rígida entre juez y acusación, presunción de inocencia, la carga de la prueba para el que acusa,

---

<sup>82</sup> MORENO Rodolfo (2007). “*El modelo garantista de Luigi Ferrajoli. Lineamientos generales*”. En Boletín Mexicano de Derecho Comparado (México: Universidad Nacional Autónoma de México), XL (120),825-852.c

<sup>83</sup> VÍLCHEZ GIL, María Ángeles (2018). “*Garantismo penal. Crisis del derecho*”. <https://ficip.es/wp-content/uploads/2018/01/Mar%C3%ADa-%C3%81ngeles-V%C3%ADlchez-Gil-Garantismo-penal.-Crisis-del-Derecho.pdf>

la oralidad y la publicidad del juicio, la independencia interna y externa de los jueces y el principio del juez natural<sup>84</sup>.

**c. La política criminal.-** Es un conjunto de principios fundados en la investigación científica del delito y de la eficacia de la pena, por medio de los cuales se lucha contra el crimen, valiéndose no sólo de los medios penales, sino también de los de carácter privativo.<sup>85</sup>

**d. Criminal política del estado.-** Es el conjunto de medidas de las que se vale el Estado para enfrentar la criminalidad (delito-delincuente) y la criminalización (pena y función re-socializadora); especialmente en su prevención, represión y control; teniendo en cuenta que la política criminal Es un conjunto de principios fundados en la investigación científica del delito y de la eficacia de la pena, por medio de los cuales se lucha contra el crimen, valiéndose no sólo de los medios penales, sino también de los de carácter privativo.<sup>86</sup>

**e. Derecho Penal del Enemigo.-** Constituye solo una manifestación, del fenómeno más amplio de transformación que desde hace unos años viene sufriendo el Derecho Penal y al que hiciera alusión precedentemente. Este concepto fue introducido en el debate por Günther Jakobs, en dos etapas diferentes. En 1985 se produce la primera de ellas, bastante más amplia, en la que vincula el concepto de Derecho Penal del Enemigo hacia los delitos de

---

<sup>84</sup> Ibidem

<sup>85</sup> JIMÉNEZ DE ASUA, Luis (1989). Principios de derecho penal. La ley y el delito. Editorial Sudamericana, Argentina, p. 62

<sup>86</sup> JIMÉNEZ DE ASUA, Luis (1989). Principios de derecho penal. La ley y el delito. Editorial Sudamericana, Argentina, p. 62.

puesta en riesgo y delitos cometidos dentro de la actividad económica. Mientras que a partir de 1999 surge una segunda fase orientada hacia delitos graves contra bienes jurídicos individuales, especialmente los delitos de terrorismo<sup>87</sup>.

**f. Discurso de emergencia.-** Siguiendo a Zaffaroni, la legislación penal de emergencia se caracteriza por: a) fundarse en un hecho nuevo o extraordinario; b) la existencia de un reclamo de la opinión pública a su dirigencia para generar la solución al problema causado por ese hecho nuevo; c) la sanción de una legislación penal con reglas diferentes a las tradicionales del Derecho Penal liberal (vulnerándose principios de intervención mínima, de legalidad -con la redacción de normas ambiguas o tipos penales en blanco o de peligro-, de culpabilidad, de proporcionalidad de las penas, de resocialización del condenado, etc.); d) los efectos de esa legislación “para el caso concreto” sancionada en tiempo veloz, que únicamente proporcionan a la sociedad una sensación de solución o reducción del problema, sin erradicarlo o disminuirlo efectivamente<sup>18</sup>, dando nacimiento a un Derecho Penal simbólico.<sup>88</sup>

**g. Derecho penal de riesgo.-** Derecho penal del riesgo”, que significa que dada la cantidad de conductas que generan riesgos sociales para bienes fundamentales y dado que la lesión resulta muchas de factores imponderables,

---

<sup>87</sup> BRAVO TORRES, Brenda (2020). “*Derecho Penal del Enemigo*”. Federación Internacional de Criminología y Criminalística. Disponible en sitio web: <https://www.facebook.com/CriminologiaCriminalistica/posts/3001330653300930/>

<sup>88</sup> ZAFFARONI, Eugenio R. (1998), “*La creciente legislación penal y los discursos de emergencia*”, *Teorías Actuales en el Derecho Penal*, Editorial Ad-Hoc, Buenos Aires, 1998, p. 618.

ahora las reglas de imputación penal deben asumir un papel preventivo, de contención de riesgos<sup>89</sup>.

**h. Endurecimiento de las penas.-** Los últimos cambios legislativos en materia penal, demuestran una tendencia al endurecimiento de la represión, al endurecimiento de las penas y al tratamiento desigual de ciertos sujetos delincuentes, a los que se les aplica un régimen penológico y de ejecución penal distinto y más gravoso. Lo que habría que preguntarse es a qué responde esta tendencia legislativa, en qué se basa, dónde encuentra su fundamento y sobre todo su legitimidad<sup>90</sup>.

**i. Expansionismo penal.-** Nuevos tipos penales, el agravamiento de las penas, la creación de nuevos bienes jurídicos, la flexibilización de los criterios de imputación, la relativización de los principios político-criminales, la reinterpretación de las garantías clásicas del Derecho penal sustantivo y del procesal adjetivo, así como la ampliación de los espacios de riesgos penales, son aspectos que denotan la tendencia a la expansión del Derecho penal.<sup>91</sup>

**j. Sociedad de riesgo.-** Vendrían a ser aquellas situaciones donde la realidad inevitablemente se percibe y estructura a nivel cognitivo como una constante tensión o controversia entre seguridad y riesgo, que ha conducido inexorablemente a un “moderno derecho penal de riesgo”. La sociedad del riesgo refiere entonces una característica del desarrollo de la sociedad

---

<sup>89</sup> MANGIAFICO, David y ALVAREZ DOYLE, Daniel (2017). “*Sociedad del riesgo y delitos de peligro abstracto*”. En: Anuario de la Facultad de Derecho de la U. de Extremadura , Nº 33. España. <https://dialnet.unirioja.es/revista/116/A/2017>.

<sup>90</sup> Ibidem

<sup>91</sup> SILVA SANCHEZ, Jesús María (2001), *La Expansión del Derecho Penal. Aspectos de la política criminal en las sociedades postindustriales*, 2º edición, Editorial Civitas, Madrid.

moderna que exhibe la dinámica de la creación de riesgos de diversos órdenes: políticos, colectivos, individuales, ecológicos y seguridad entre otros, dando lugar a los denominados restos de riesgo<sup>92</sup>.

**k. Eficientismo penal.-** Esta visión particular de la eficacia y de la eficiencia, ha dado lugar a la consolidación del modelo eficientista de derecho penal. En una visión escéptica sobre el valor de los derechos y de las garantías, los partidarios del modelo eficientista los consideran más como obstáculos para el ejercicio de la función penal. En este modelo prevalece la eficacia sobre los derechos fundamentales, la eficacia sobre la legitimidad del sistema penal.<sup>93</sup>

---

<sup>92</sup> BECK, Ulrich (1998). La sociedad, Ob. cit., 16.

<sup>93</sup> APONTE Alejandro (2018). “El derecho penal en una perspectiva de paz: De la tensión entre “eficientismo” y garantismo en el caso colombiano”. p. 3. [https://sistemasjudiciales.org/wp-content/uploads/2018/09/notasgenerales\\_aaponte.pdf](https://sistemasjudiciales.org/wp-content/uploads/2018/09/notasgenerales_aaponte.pdf)

### III. METODOLOGÍA

#### 3.1. Tipo y diseño de investigación

- a) **Tipo de investigación:** Corresponde a una investigación teórica o básica<sup>94</sup>, que permitió ampliar y profundizar conocimientos sobre el problema de investigación planteado, es decir sobre el estudio dogmático, jurisprudencial y normativo sobre las tensiones y contradicciones que presentan el garantismo y eficientismo penal respecto del ejercicio de punición estatal frente a la lucha contra la delincuencia en el Perú.
- b) **Tipo de diseño:** Corresponde a la denominada No Experimental<sup>95</sup>, debido a que carece de manipulación intencional de la variable independiente, además no posee grupo de control ni experimental; su finalidad es estudiar el hecho jurídico identificado en el problema después de su ocurrencia.
- c) **Diseño General:** Se empleó el diseño Transversal<sup>96</sup>, cuya finalidad fue recolectar datos del hecho jurídico en un solo momento o en un tiempo único. Su propósito es describir las variables de estudio; analizar el estado de cuestión de la misma en un momento dado.
- d) **Diseño específico:** Se empleó el diseño **explicativo**<sup>97</sup>, toda vez que se estudió los factores que generan situaciones problemáticas dentro de un determinado contexto y poder explicar el comportamiento de las variables

---

<sup>94</sup> ARANZAMENDI, Lino (2011). Fundamentos epistemológicos de la de la investigación básica y aplicada al Derecho, Editorial Grijley, Lima, pp. 107 y ss.

<sup>95</sup> ROBLES TREJO, Luis et al (2012). *Fundamentos de la investigación científica y jurídica*. Editorial Fecatt, Lima, p. 34.

<sup>96</sup> HERNÁNDEZ SAMPIERI, Roberto et al (2010). *Metodología de la Investigación*. Editora McGraw-Hill, México, p. 151.

<sup>97</sup> Ibid. p. 155

de estudio del problema planteado sobre las tensiones y contradicciones que presentan el garantismo y eficientismo penal respecto del ejercicio de punición estatal frente a la lucha contra la delincuencia en el Perú.

### 3.2. Plan de recolección de la información y/o diseño estadístico

#### 3.2.1. Población

- A. **Universo Físico:** Estuvo constituida por el ámbito mundial y nacional.
- B. **Universo Social:** La población materia de estudio se circunscribió a la dogmática y jurisprudencia tanto penal como constitucional.
- C. **Universo temporal:** El período de estudio correspondió al año 2018-2019.

#### 3.2.2. Muestra

- **Tipo:** No Probabilística.
- **Técnica muestral:** Intencional.
- **Marco muestral:** Doctrina y jurisprudencia penal.
- **Unidad de análisis:** Documentos (Doctrina y Jurisprudencias).

### 3.3. Instrumentos(s) de recolección de la información<sup>98</sup>.

Para recoger la información necesaria y suficiente para alcanzar los objetivos de la investigación se empleó la Técnica Documental, cuyos instrumentos

---

<sup>98</sup> ZELAYARAN DURAND, Mauro (2007). *Metodología de la investigación jurídica*, Ediciones Jurídicas, Lima, pp. 127-132.

fueron las fichas Textuales y de Resumen, el mismo que sirvió para obtener información de la doctrina o dogmática jurídica.

Para recoger datos empíricos, se empleó la técnica de análisis de contenido cuyo instrumento fue la ficha de análisis de contenido, la misma que sirvió para obtener información de la jurisprudencia.

Para sistematizar la información en un todo coherente y lógico, es decir, ideando una estructura lógica, un modelo o una teoría que integre esa información, se empleara el Método de la Argumentación Jurídica.

#### **3.4. Plan de procesamiento y análisis estadístico de la información**

Para el procesamiento y análisis de los datos teóricos se empleó la técnica del análisis cualitativo<sup>99</sup>, toda vez que en la investigación jurídica dogmática no admiten las valoraciones cuantitativas, el análisis de datos debe concretarse a la descomposición de la información en sus partes o elementos, tratando de encontrar la repetición de lo idéntico y las relaciones de causalidad, a fin de describir y explicar las características esenciales del hecho o fenómeno.

Cuyos pasos a seguir fueron:

- a) Selección de la información que fue estudiada;
- b) Selección de las categorías que se utilizarán;
- c) Selección de las unidades de análisis, y

---

<sup>99</sup> ROMERO DELGADO, Hugo, PALACIOS VELELA, Jesús y ÑAUPAS PAITAN, Humberto (2018). *Metodología de la investigación jurídica*. Editorial Grijley, Lima, p. 392.



d) Selección del sistema de evaluación o análisis

**Criterios:**

Los criterios a seguir en el presente proceso de investigación fue el siguiente:

- Identificación del lugar donde se buscará la información.
- Identificación y registro de las fuentes de información.
- Recojo de información de la información en función a los objetivos de investigación, empleando técnicas e instrumentos de investigación pertinentes.
- Análisis y evaluación de la información.
- Sistematización de la información.

Finalmente, los datos y/o información que se obtuvieron fueron evaluados en base a la teoría de la argumentación jurídica, toda vez que el Derecho puede concebirse como una ciencia argumentativa<sup>100</sup>, en ese sentido se buscó fundamentar a través de los razonamientos jurídicos de la dogmática penal contemporánea la hipótesis de investigación formulada en la investigación y de esa forma justificar los enunciados planteados; considerando que el fin básico de la teoría de la argumentación jurídica sirven para demostrar, justificar, persuadir o refutar alguna proposición que va encaminada a la obtención de un resultado favorable a favor del enunciado formulado en la hipótesis.

---

<sup>100</sup> Cfr. ATIENZA, Manuel (2006). *El derecho como argumentación*. Editorial Ariel, Barcelona.

## IV. RESULTADOS

### 4.1. Garantismo frente al efficientismo penal: Garantías y eficacia en el proceso penal

El garantismo penal y el derecho penal del enemigo son dos modelos teóricos que configuran el derecho penal y procesal penal contemporáneo. El primero se funda en los planteamientos de Ferrajoli y el segundo en los planteamientos de Jakobs. El garantismo penal reconoce al procesado como un ser humano con derechos, por eso se dice que esta postura equivale a un derecho penal de ciudadano, en tanto que el efficientismo penal reconoce al procesado como un enemigo de la sociedad, por esto se le denomina a esta corriente de pensamiento y de aplicación del derecho penal del enemigo.

Son muchos los países latinoamericanos<sup>101</sup> que han ido dejando sistemas inquisitivos y mixtos para adoptar sistemas acusatorios modernos o garantistas. Con la intención de afianzar más el denominado “derecho constitucional aplicado” o derecho penal constitucionalizado, se ha planteado la tesis de despojar de todo poder oficioso al Juez, en tanto que se asume como peligrosa la proposición de conferir poderes probatorios al Juez, despreciando la idea de que el Juzgador, recurriendo a la “prueba de oficio”, acceda supuestamente a la mítica “verdad real” y recordando además que esta tendencia se daba en los sistemas autoritarios, donde la búsqueda de la verdad material como fin del proceso llegó a justificar las torturas más grandes que ha conocido la historia.

---

<sup>101</sup> Entre ellos tenemos a: Perú, Colombia, Chile, Costa Rica, Panamá, entre otros.

Sin embargo, tal como ha sido señalado por Picó I Junoy, lo relevante no es buscar el origen histórico de una determinada institución y de ahí atacarla, sino analizar si dicha institución es o no válida para lograr la mejor justicia sin sacrificar ninguna garantía procesal. O si se quiere, examinar si las instituciones presuntamente autoritarias o de origen fascista, vulneran alguna garantía procesal. Sólo en este caso deberemos optar por el garantismo. De lo contrario, entre dos opciones igualmente válidas y garantes, deberemos optar por aquella que permita la más justa decisión del caso concreto, pues así se alcanzará la mayor eficacia posible del sistema procesal<sup>102</sup>.

El garantismo procesal debe aumentar sus esfuerzos con el ánimo de respetar minuciosamente los mandatos de un debido proceso constitucional sin perder la eficacia y eficiencia en la solución de los conflictos en un tiempo razonable, y sin vulnerar las garantías de los justiciables<sup>103</sup>.

Finalmente, si bien es cierto que, se habla de garantismo en otras ramas del derecho, es en el ámbito derecho penal donde él se ha desarrollado como teoría y como práctica jurídica, en contraposición a las legislaciones totalitarias del S. XX y a las numerosas leyes de excepción; a la vez que expresa la exigencia propia de la Ilustración, de la minimización de ese terrible poder, que es el poder punitivo,

---

<sup>102</sup> PICÓ I. JUNOY, Joan (2012). “El derecho procesal entre el garantismo y la eficacia: Un debate mal planteado”. En: Revista Iberoamericana de Derecho Procesal. Disponible en sitio web: <http://www.uru.edu/fondoeditorial/revista/pdf/rcj/v6.n1/EI%20Derecho%20Procesal%20entre%20el%20garantismo.pdf>. (Consultado el 20 de febrero del 2019).

<sup>103</sup> GOZAÍNI, Osvaldo (2004). *Derecho Procesal Constitucional: El Debido Proceso*, Rubinzal-Culzoni, Buenos Ares-Santa Fe, p. 400.

mediante el estricto sometimiento a la ley del poder judicial penal y el sometimiento a las normas constitucionales del poder legislativo penal.

Ahora, es pertinente dilucidar algunas apreciaciones respecto al estado actual de la lucha contra la delincuencia, principalmente contra las organizaciones criminales desde la perspectiva del garantismo. Más aún, si la administración de justicia es un servicio público; en este sentido Sosa afirma: “la llamada ‘Administración de Justicia’ –que no es otra cosa que la impartición de Justicia o la función de decidir el Derecho (jurisdiccional) que corresponde al caso concreto y que ejerce el Poder Judicial a través de sus jueces– es un servicio público”.<sup>104</sup>

Así, Flavio Cardoso afirma que: “la verdad es que en los últimos tiempos y, en gran medida, potenciado por la pretendida lucha del Estado contra la denominada criminalidad organizada, se viene asumiendo una restricción de los principios que rigen el normal funcionamiento del sistema”<sup>105</sup>. Pero no solo se trata de organizaciones criminales, sino de individuos que cometen delitos muy graves.

Por su parte, Meini (2009) menciona: “si se atiende a las manifestaciones del Derecho penal del enemigo, se advierte que responden siempre al afán del Estado por mantener determinadas condiciones de seguridad a través de la neutralización de sujetos a quienes considera peligrosos”<sup>106</sup>.

---

<sup>104</sup> SOSA SACIO, Juan (2010). *El debido proceso, estudios sobre derechos y garantías procesales*. Gaceta Jurídica Editores, Lima, p. 35.

<sup>105</sup> CARDOSO PEREIRA, Flavio (2012). *Agente encubierto y proceso penal garantista: Límites y desafíos*. (tesis doctoral). Universidad de Salamanca. España, p. 25. Disponible en: [https://gredos.usal.es/bitstream/handle/10366/121134/DDAFP\\_CardosoFlavio\\_Tesis.pdf](https://gredos.usal.es/bitstream/handle/10366/121134/DDAFP_CardosoFlavio_Tesis.pdf).

<sup>106</sup> MEINI MENDEZ, Ivan. (2009). *Imputación y responsabilidad penal, ensayos de Derecho Penal*. Primera edición. Ara Editores, Lima, p. 28.

Todo ello justificado por una situación caótica y de crisis a escala mundial en el ámbito penal, y por ello Cardoso considera que se pueden poner en mesa de discusión: “la lentitud para revolver los asuntos, insuficiencia de personal y de recursos económicos, ineficiencia para solventar las necesidades y expectativas de la víctima, excesiva burocratización del sistema de justicia, restricciones jurisdiccionales en materia de competencia territorial, entre otras”.<sup>107</sup>

Esta constatación de la realidad da lugar a que se catalogue a la justicia penal como deficiente e incapaz de satisfacer las demandas sociales. Al respecto Rodríguez (como se citó en Cardoso, 2012) revela que: “el proceso penal, para ser efectivo, tiene que satisfacer dos fines esenciales: la disuasión, en el que solo la rapidez en alcanzar la condena del culpable asegura la seriedad de la sanción penal; y la persuasión, debiendo garantizar por un lado una condena justa de los acusados culpables y por otro liberando lo más rápidamente posible a los que sean inocentes de la acusación que se les haya formulado”.<sup>108</sup>

En todo caso lo ideal de la justicia sigue siendo, conforme defiende Marques Da Silva (como se citó en Cardoso, 2012):” que ningún responsable pase sin punición (*impunitum non relinqui facinus*) ni ningún inocente sea condenado (*innocentum non condemnari*)”<sup>109</sup>.

Por su parte Ferrajoli señala:” que es posible afirmar que el proceso penal tiene como misión ejercer una tutela capaz de minimizar la violencia y de maximizar la

---

<sup>107</sup> CARDOSO PEREIRA, Flavio. Ob. cit., p. 27.

<sup>108</sup> CARDOSO PEREIRA, Flavio. Ob. cit., p. 44.

<sup>109</sup> Ibid., p. 46.

libertad, así como crear un sistema de vínculos impuestos a la potestad punitiva del Estado en garantía de los derechos de los ciudadanos, o sea, una auténtica e indiscutible representación garantista del proceso penal”<sup>110</sup>. Concluye Cardoso afirmando que: “entendido así, el proceso penal se dirige siempre a alcanzar un adecuado equilibrio entre eficacia y garantía”<sup>111</sup>.

Se trata en todo caso de mantener este equilibrio, sin descuidar los fines del proceso penal. Al respecto Roxin afirma: “que el fin del proceso penal posee, entonces, una naturaleza compleja: la condena del inculpado, la protección del inocente, la formalidad del procedimiento alejado de toda arbitrariedad y la estabilidad jurídica de la decisión. Todas estas exigencias son igualmente significativas para una comunidad organizada desde el punto de vista de la decisión del Estado de Derecho”<sup>112</sup>.

En consecuencia, según Cardoso, a su pregunta de ¿si es admisible una persecución sin límites en la búsqueda de la eficiencia penal o debe prevalecer un equilibrio procesal penal?), responde en el sentido que: “la búsqueda por un equilibrio procesal penal, o dicho en nuestra propia denominación, de una ‘armonía procesal penal’, es imperativo que tenga que ser puesto en marcha a los fines de obtención de la consolidación del binomio eficiencia-garantías”<sup>113</sup>.

Y a su pregunta ¿si se debe admitir en pro de la contención del crecimiento de algunas de las graves especies de delincuencia, como ejemplo de la criminalidad

---

<sup>110</sup> Citado por Cardoso, Ibid., p. 47.

<sup>111</sup> Ibidem

<sup>112</sup> Citado por Cardoso, Ibid., p. 48.

<sup>113</sup> Ibid., p. 49.

organizada, una persecución penal a cualquier costo?; su respuesta es negativa y afirma: “hay que construir un proceso penal justo y eficiente, tendente a la aplicación de la ley penal, pero basado en el respeto a los derechos y garantías fundamentales de la persona, (...): hay que armonizar y equilibrar la búsqueda de la eficiencia con la defensa de las garantías, ablandándose la tensión”<sup>114</sup> .

Complementa sus apreciaciones Cardoso, respecto a la delincuencia organizada afirma lo siguiente: “nos parece que en las últimas décadas, el procedimiento penal torna como prioritaria su eficacia en la comprobación de las conductas delictivas llevadas a cabo por estos clanes criminales, mientras que el procedimiento en sí mismo y su evaluación desde una óptica distinta del criterio funcional, incluyendo la dimensión del Estado de Derecho, cada vez más va pasando a segundo término”<sup>115</sup>.

Si bien Cardoso utiliza indistintamente los términos de eficiencia y eficacia, como dos conceptos que en apariencia se contrapondrían a las garantías procesales que la Constitución reconoce en esencia a los imputados, no menos llamativo es que concluye señalando: “siempre que las medidas procesales que facilitan la aplicación del derecho de punir entren en colisión con el *ius libertatis*, deberán ser ponderados el interés estatal de persecución penal y los intereses de los ciudadanos en la manutención del más amplio grado de eficacia de los derechos fundamentales”<sup>116</sup>.

---

<sup>114</sup> Ibid., pp. 49-50.

<sup>115</sup> Ibid., p. 52.

<sup>116</sup> Ibid., p. 65.

Se trata de una ponderación entre la finalidad del proceso penal y la libertad personal, por ejemplo, cuando se trata de imponer medidas cautelares. No es más que los criterios de proporcionalidad que se le exige al Juez analizar para afectar bienes jurídicos vitales en pro del interés punitivo. Ello es la ponderación del derecho de protección y seguridad jurídica de la sociedad frente al interés individual de mantener su libertad, su propiedad, su integridad, entre otros derechos.

De esa forma, el equilibrio entre ius puniendi y libertad, entre garantía y eficacia, entre orden y seguridad, solo es posible, si existe una mirada racional, sin abusos ni excesos.

#### **4.2. Garantías constitucionales en el proceso penal<sup>117</sup>**

La “constitucionalización de las garantías procesales” surgen durante la segunda mitad del siglo XX, tras la segunda guerra mundial, con la finalidad de asegurar –por vía de los textos constitucionales, en el ámbito nacional, y de tratados y convenios sobre derechos humanos en el ámbito internacional- un mínimo de garantías a favor de las partes procesales, que deben presidir cualquier modelo de enjuiciamiento<sup>118</sup>.

---

<sup>117</sup> LANDA, Cesar (2016). “La constitucionalización del derecho procesal penal: El nuevo código procesal penal peruano en perspectiva”. En Themis – Revista de Derecho, N° 68, PUCP. Lima, pp. 181-191.

<sup>118</sup> NEYRA FLORES, José Antonio (2010) “*Garantías en el nuevo Proceso Penal Peruano*” En: Revista de la Maestría en Derecho Procesal, Vol. 4 Núm. 1, PUPC, Lima, Disponible: <http://revistas.pucp.edu.pe/index.php/derechoprocesal/article/view/2399>.



Así, a través de la positivización de estas garantías, y de su aplicación se pretendió evitar que el futuro legislador desconociese o violase tales garantías o no se vea vinculado por las mismas en la dirección de los procesos.

El garantismo procesal implica pues, la puesta en práctica de las garantías que las leyes procesales instauran, conjuntamente con las que poseen proyección constitucional, a través de una postura garantista plenamente comprometida con la realidad constitucional, enfrentándose así al autoritarismo procesal, el cual ha generado una cultura autoritaria en la configuración de los procesos, creando sistemas inquisitoriales o mixtos que fueron adoptados en la mayoría de países latinoamericanos por largo tiempo<sup>119</sup>.

El CPP busca encausar la potestad sancionadora del Estado en materia penal a través de los procesos, dotando a los mismos de las garantías necesarias para asegurar un juicio justo. Pero si no comprendemos primero los alcances de la potestad sancionadora del Estado, será difícil entender los alcances del CPP y la base constitucional que debe respetar y hacer cumplir. Empecemos. La potestad sancionadora del Estado se manifiesta a través de diversas modalidades: (i) la vía penal del Poder Judicial; (ii) la vía administrativa del Poder Ejecutivo, y; (iii) la vía parlamentaria del Congreso, por ejemplo, en el juicio político. Dicha potestad es una sola, pero se manifiesta en esas modalidades. Pero, para efectos del presente artículo, nos centraremos en la primera modalidad: la vía penal<sup>120</sup>.

---

<sup>119</sup> Ibidem

<sup>120</sup> LANDA, Cesar (2016). Ob. cit. p. 182.

En ese sentido, el diseño y la actividad del proceso penal debe guardar armonía con la Constitución porque contienen derechos, garantías y principios que son la base para todo proceso penal, y, en consecuencia, pone límites al ejercicio de la acción penal por parte del Estado para prevenir o reprimir su afectación. Debido a que los principios guían y exigen que se ejecute acciones que optimicen en una mayor medida su realización, este mensaje va dirigido tanto al órgano que crea como al que aplica la norma procesal penal.<sup>121</sup>

Asimismo, la finalidad del proceso penal también debe estar en armonía con los convenios internacionales sobre derechos humanos. Dentro de aquel se desarrolla el control de convencionalidad, aquel proceso de análisis o interpretación (llevado a cabo por un órgano de administración de justicia) que se realiza sobre una norma de derecho nacional conforme a los tratados de derechos humanos de los que es signatario el Estado peruano, que tiene como finalidad verificar si la norma procesal o el criterio para aplicarla cumplen con los estándares exigidos por una norma de derecho internacional, cuya obligación se da en virtud de las Convenciones de Viena de 1969 y 1986<sup>122</sup>.

En este sentido, los derechos, garantías y principios que se reconocen en la Constitución de 1993 son: debido proceso (art. 139.3 Constitución), principio de legalidad procesal (art. 139.3 Constitución), principio de oficialidad (arts. 138 y 159 Constitución), principio de juez legal (art. 139.3 Constitución), principio de independencia (arts. 139.2 y 146 Constitución), principio de imparcialidad (art. 10

---

<sup>121</sup> ORE GUARDIA, Arsenio (2019). “*La finalidad del proceso penal*”. LP – Pasión por el Derecho. <https://lpderecho.pe/finalidad-proceso-penal-arsenio-ore-guardia/>

<sup>122</sup> Ibidem

de la Declaración de Derechos Humanos, art. 14 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, art. 8.1 de la Convención Americana de Derechos Humanos y art. 26 de la Declaración Americana de Derechos y Deberes del Hombre), principio de interdicción de la arbitrariedad (art. 45 Constitución), principio de juicio previo (art. 139.10 Constitución), principio de presunción de inocencia (art. 2.24.e Constitución), favor libertatis (art. 2.24.f Constitución), principio de favorabilidad penal (arts. 103 y 139.11 Constitución), principio de igualdad procesal (arts. 2.2 y 139.3 Constitución), principio de pluralidad de instancias (art. 139.6 Constitución), principio del plazo razonable (arts. 7.5 y 8.1 de la Convención Americana de Derechos Humanos, arts. 9.3 y 14.3.c del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos y art. XXV de la Declaración Americana de Derechos y Deberes del Hombre), principio del derecho de defensa (artículo 139.14 Constitución) y principio de publicidad (artículo 139.4 Constitución).

Visto así, es evidente que el legislador peruano, al elaborar el Código Procesal Penal, debe adherirse a un sistema procesal que guarde armonía con el bloque de constitucionalidad, pues de lo contrario podría ser reputado –el código adoptado– como inconstitucional. En definitiva, se debe regular un código que permita, de un lado, el respeto de los derechos fundamentales de los justiciables y, de otro, la eficiencia por parte del Estado.

En el caso del Código procesal penal del 2004, las garantías constitucionales reconocidas en la constitución, han sido incorporadas en el título preliminar:

Artículo I.- Justicia Penal

Artículo II.- Presunción de inocencia

Artículo III.- Interdicción de la persecución penal múltiple

Artículo IV.- Titular de la acción penal

Artículo V.- Competencia judicial

Artículo VI.- Legalidad de las medidas limitativas de derechos

Artículo VII.- Vigencia e interpretación de la Ley procesal penal

Artículo VIII.- Legitimidad de la prueba

Artículo IX.- Derecho de defensa

Artículo X.- Prevalencia de las normas de este Título

En ese sentido, el término de “garantías constitucionales del proceso penal” comprende el cúmulo de principios, derechos y libertades fundamentales reconocidos por la Constitución. Por ello, la necesidad de que el Estado Democrático vele por el respeto y protección de los derechos fundamentales, obliga a que se defina en la Constitución, los límites del ejercicio del poder estatal. De allí la tendencia a fijar en la Constitución las reglas mínimas de un debido proceso penal.

Por lo que, resulta altamente riesgoso conferir como finalidad del proceso penal la obtención de la seguridad ciudadana, porque ello implica necesariamente la policialización del proceso penal, la continuación de los fines represores del modelo inquisitivo; y el abandono de la garantía como identidad de la norma procesal.

El proceso penal debe ser la síntesis de las garantías fundamentales de la persona y del derecho a castigar que tiene el Estado. Éste además, debe tender a un equilibrio entre la libertad de la persona como derecho fundamental y la seguridad ciudadana como deber primordial del Estado. Así lo prescribe el art. 44 de la Constitución cuando establece que son deberes del Estado garantizar la vigencia de los derechos humanos, proteger a la población de las amenazas contra su integridad y promover el bienestar general que se fundamenta en la justicia y en el desarrollo integral y equilibrado de la Nación.<sup>123</sup>

#### **4.3. El expansionismo penal y el eficientismo penal como manifestación del derecho penal del enemigo**

La expansión del derecho penal en la sociedad moderna; se trata, a grandes rasgos, de una ampliación cualitativa y cuantitativa de las sanciones penales, o sea, es un endurecimiento de las penas y una ampliación de las conductas que eventualmente tienen sanciones penales; para algunos esta dinámica del sistema penal es consecuente con la evolución misma de las relaciones sociales y con la

---

<sup>123</sup> GUARDIA ORE, Arsenio (2008). "Panorama del proceso penal peruano y reformas urgentes". Disponible: <http://www.incipp.org.pe/index.php?mod=documento&com=documento-categoria&id=8&page=2>.

incontenible reproducción de las relaciones sociales en la sociedad moderna, caracterizada como sociedad del riesgo global; en cambio, para otros, esta ampliación de la intervención penal resulta una intervención abusiva y arbitraria del derecho penal en terrenos ajenos a la intervención tradicional de este sistema<sup>124</sup>.

En el seno de este fenómeno expansivo y a raíz del endurecimiento de la lucha contra algunos de los modernos fenómenos criminales, considerados especialmente graves y lesivos, como el terrorismo, el narcotráfico, los delitos económicos y el abuso sexual a menores, además de las crecientes demandas de seguridad, se viene criando el derecho penal de enemigo. Es principalmente el filósofo del derecho y penalista Gunther Jakobs quien viene considerando que en el interior del derecho penal debe diferenciarse dos tipos de derecho: un derecho penal para el ciudadano y un derecho penal para el enemigo<sup>125</sup>.

Un análisis de la moderna versión del derecho penal de enemigo, representado por la teoría de Jakobs, permite inferir que en realidad la separación del derecho penal, en uno para el ciudadano y en otro para el enemigo, polariza el sistema en dos extremos totalmente opuestos, por ejemplo, a la manera retributiva y represiva o garantista y pacifista, como lo presuponen algunos de sus críticos. Al contrario, es posible ver en esta teoría un afán por conciliar los dos presupuestos y la

---

<sup>124</sup> BUSTOS RAMÍREZ, Juan (1996). “Política criminal y Estado”. En: Revista Ciencias Penales, Agosto, Año 9, N° 12, p. 4. Disponible en: <http://www.cienciaspenales.org> “En general, en mayor o menor medida, las posiciones preventivo generales positivas, hoy dominantes, tienden a tener esta radicalidad, en la medida que su objetivo es la integración de las personas al sistema y para ello construyen un deber de integración y ello implica adelantar y aumentar la punibilidad”.

<sup>125</sup> JAKOBS, Günter (2004). *Sobre la normativización del derecho penal*. Universidad Externado de Colombia, Bogotá, p. 49. En este texto puede verse una lectura sociológica de las fuentes del derecho penal de enemigo-

contradicción básica e ineludible del sistema penal en un Estado de derecho: por un lado, la eficacia y eficiencia del sistema penal, y, por otro lado, el respeto de las garantías y derechos de los ciudadanos<sup>126</sup>.

Esto permite, por un lado, describir el moderno derecho penal de enemigo como un derecho ajustado a derecho y, más exactamente, al Estado de derecho y, en consecuencia, no únicamente basado en el ejercicio de la represión y la guerra. Por otro lado, permite superar la descripción del derecho penal de enemigo de sus elementos y efectos negativos asignados tradicionalmente por sus críticos, como de su aparente similitud con el derecho penal y la política criminal practicada en las décadas pasadas, principalmente basadas en una recurrente excepcionalidad y discrecionalidad que produjeron la ineficacia del sistema y la generalizada restricción de los derechos y garantías.

#### **4.3.1. Características del moderno derecho penal de enemigo**

El análisis de las características y de los cimientos del moderno derecho penal de enemigo está en el mismo replanteamiento de las bases del derecho, está en los elementos epistemológicos, filosóficos, socio jurídicos y dogmáticos del moderno derecho y del derecho penal moderno, que escapan a esta breve reflexión.

---

<sup>126</sup> BERGALLI, Roberto (1998). “La ‘eficiencia’ del sistema penal. Identificación ideológica e instrumentalización política”. En: Revista Nuevo Derecho Penal, Costa Rica, p. 467. “Uno de los grandes problemas que tiene por resolver en la actualidad la forma Estado social y democrático de derecho, prevista en la mayoría de las constituciones de los países occidentales que bien han ya superado la fase industrial o se encuentran inmersos en su desarrollo, es la de lograr un sistema de control e intervención punitiva que responda tanto a los criterios de respeto a los derechos y garantías fundamentales, como a aquellos que permitan reconocer su eficiencia

Por ello nos circunscribiremos a los tres elementos que han sido asignados a la política criminal de enemigo, basados en la expansión del derecho penal y en la propia construcción que Jakobs viene dando a su continua construcción dogmática y filosófica del derecho penal de enemigo, además, abordaremos como cuarto elemento la necesaria distinción que propone Jakobs entre persona y no persona<sup>127</sup>.

### A. El adelantamiento de la punibilidad

Denominado también “el adelantamiento del hecho no producido”, pero que se va a producir, por ejemplo, en el caso del terrorismo, en donde la tentativa no es tomada en cuenta, sino que se aplica la sanción contenida para ese delito. El derecho penal de enemigo se presenta mediante la construcción de tipos penales que se aplican a hechos futuros y que representan el hecho de que el derecho penal no puede esperar pasivamente la realización de la conducta en un hecho<sup>128</sup>.

Mediante la investigación criminal preventiva, la producción de elementos de prueba ex ante y la capacidad de neutralización de las conductas más graves en sus fases previas a la realización se constituyen las propias posibilidades del sistema

---

<sup>127</sup> JAKOBS, Günter (2006). *El derecho penal ante las exigencias del presente*. Universidad de Externado, Bogotá, pp. 31 y 32. “Particularidades típicas del derecho penal de enemigos son: 1. El adelantamiento de la punibilidad, 2. la falta de una reducción de la pena proporcional a dicho adelantamiento, 3. el paso de la legislación de derecho penal a la legislación de la lucha para combatir la delincuencia y, 4. la supresión de las garantías procesales”.

<sup>128</sup> VÍQUEZ A., Karolina (2006). *Derecho penal del enemigo ¿Una quimera dogmática o un modelo orientado al futuro?*, p. 11. En: [<http://www.politicacriminal.cl>] “Se da una alteración del modelo clásico de legalidad penal –inducida por el paradigma del enemigo– “se expresa en una acentuada personificación del derecho penal de emergencia, que es bastante más un derecho penal del reo que un derecho penal del delito”. Ante la “amenaza”, la atención se centra en el individuo peligroso. “Se trata, en términos generales, de la consolidación paulatina del paradigma de la prevención como paradigma dominante en el sistema del derecho penal”.



penal y las exigencias sociales en materia de prevención de actos especialmente graves<sup>129</sup>.

### **B. Las penas previstas en el derecho penal de enemigo son desproporcionadamente altas**

Ya que el bien jurídico y, en consecuencia, el delito producido o por producir es de especial valoración, por ejemplo: “con respecto a la legislación antiterrorista, dijo la corte: el terrorismo es un delito dinámico que se diferencia de los demás tipos, primero es un delito pluriofensivo, pues afecta o puede llegar a afectar varios bienes jurídicos; segundo, obedece a organizaciones delincuenciales sofisticadas, y, tercero, el terrorista demuestra con su actitud una insensibilidad frente a los valores superiores de la Constitución”<sup>130</sup>.

### **C. Se da una disminución, aunque no ausencia, de las garantías en el proceso penal**

Debido a que el proceso penal frente a enemigos no tiene como finalidad la imposición de una pena, sino la aplicación de una medida de seguridad frente a una

---

<sup>129</sup> CANCIO MELIA, Manuel (2005). “¿'Derecho Penal' del enemigo?”. En: Derecho penal del Enemigo. Editorial Civitas, Madrid, p. 54. La punibilidad es prospectiva (punto de referencia: el hecho futuro), en lugar de –como es habitual– retrospectiva (punto de referencia: el hecho cometido)”. VÍQUEZ Karolina, Ob. Cit, p. 16. La postura crítica afirma que: “el Derecho penal del enemigo, visto como un modelo orientado hacia el futuro, se amplía dentro del ordenamiento positivo que solapadamente oculta dicha legislación de 'lucha o enemiga'. De esta forma, por el predominio actual de las tendencias preventivas y las necesidades globales, se da pie a la «excesiva» protección de bienes jurídicos universales, que se caracterizan por estar formulados de forma especialmente vaga”.

<sup>130</sup> OROZCO ABAD, Iván (1999): Los peligros del nuevo constitucionalismo en materia penal. Editorial Temis – Universidad Nacional, Bogotá, p. 142. Aquí son analizadas las decisiones de la Corte y su contribución al derecho penal de enemigo. En este caso, la Corte ratificó la prohibición de amnistías, la rebaja de penas por colaboración con la justicia para los delitos especialmente graves, como el secuestro, y la concesión de beneficios y amnistías para los delitos asociados al “delito político”.

amenaza. Siguiendo la fórmula de Jakobs, el primer procedimiento es de orden investigativo, policivo y militar, es decir, un procedimiento de guerra para neutralizar o eliminar un enemigo y, en consecuencia, la amenaza y el peligro. Una vez aplicadas estas medidas, como en el caso de Hussein, el enemigo pasa a ser un imputado, un sujeto procesal con las garantías generales del sistema del derecho penal vigente.

#### **D. La distinción entre persona y enemigo**

Es uno de los presupuestos fundamentales de la moderna teoría del derecho penal de enemigo; este punto resulta fundamental, ya que algunos estudios de esta teoría afirman que de allí se desprendería una interpretación en el sentido de que tal vez los [peruanos], o gran parte de ellos, no son personas o no se les puede exigir una conducta a la manera de personas<sup>131</sup>.

En ese sentido, se puede advertir que Jakobs parte de dos precisiones de orden general que posteriormente desarrolla en la distinción entre persona y no persona. La primera es que la distinción de la persona y de la no persona no significa la anulación de la persona, sino que se trata de una atribución individual de conducta; la segunda es que es posible que esta distinción sea favorable para mantener el horizonte de derechos y de responsabilidades de la persona en la sociedad moderna y no su disminución o anulación, como sus críticos suponen.

---

<sup>131</sup> APONTE, Alejandro (2005). *¿Derecho penal de enemigo o Derecho penal de ciudadano?'*. Editorial Temis, Bogotá, pp. 74 y 75.

### 4.3.2. El eficientismo penal

Conforme ya abordamos, en el sentido que el eficientismo penal intenta hacer más eficaz y más rápida la respuesta punitiva limitando o suprimiendo garantías substanciales y procesales que han sido establecidas en la tradición del derecho penal liberal, esta concepción en algunos casos se contrapone a la plena vigencia de las garantías penales.

Desde esta perspectiva, Almagro Nosete afirma: “[E]l problema a resolver para organizar de manera idónea el proceso penal se centra en la necesidad de conciliar intereses difícilmente reductibles a una síntesis de eficacia. Es decir, es la necesidad de compatibilizar el derecho de quienes son incriminados de la comisión de delito y, por otro lado, el interés de la sociedad que merece la protección eficiente y justa de sus derechos resquebrajados con el hecho criminal”<sup>132</sup>.

De lo citado, surgen vinculados aparentemente a la concepción de eficientismo penal como teoría, los conceptos de eficacia y eficiencia en la búsqueda de la justicia sin que implique necesariamente esta tensión permanente con las garantías sustanciales como procesales. Existe también una concepción economicista del derecho penal y procesal penal, que comienza a preocuparse de los costos del proceso, de saber cuánto cuesta una audiencia o cuánto cuesta una resolución judicial, en términos de horas hombre. O ampliando un poco más el espectro de la justicia penal, con referencia a sus impactos para la política

---

<sup>132</sup> Citado por ROSAS YATACO, José (2009). *Derecho Procesal Penal: Con aplicación al Nuevo Código Procesal Penal*. Primera edición, Jurista Editores, Lima, p. 45.

macroeconómica como es la seguridad jurídica, índice de criminalidad y los estudios sobre riesgo país.

Los estudios respecto a la eficiencia y eficacia, indistintamente, han tratado de responder a las inquietudes básicamente en confronte con las garantías del ciudadano vinculado con la comisión de un delito. La preocupación surge de la sobrecarga de los órganos que investigan o administran justicia penal, ante la reiteración de juicios latos, de absolución de imputados y los reclamos de la sociedad por que el Estado asuma su rol protector de los bienes jurídicos afectados. Se invierten recursos importantes en reformas, pero los resultados no siempre satisfacen el esfuerzo del Estado y la sociedad. O en ciertos casos el servicio es de mala calidad y el nivel de satisfacción del usuario es menos que aceptable.

Un análisis reflexivo del proceso penal garantista es fundamental para juzgar si la respuesta procesal es eficaz, eficiente, de calidad y es satisfactorio o más bien las garantías hacen incompatible estos resultados, de suerte que el eficientísimo penal podría ir ganando más adeptos desde los poderes públicos, como legislativo, ejecutivo y judicial.

En términos conceptuales conforme a la Real Academia Española<sup>133</sup>, eficacia es: “la capacidad de lograr lo que se espera o desea”, y eficiencia es: “la capacidad de disponer de algo o de alguien para conseguir un efecto determinado”.

---

<sup>133</sup> REAL ACADÉMICA ESPAÑOLA (2002). Diccionario, Editorial Espasa Calpe, Madrid., pp. 885-886.

Rodríguez, por ejemplo, considera que la justicia en términos de eficacia y eficiencia debe crecer simultáneamente en dos áreas: “a) La eficacia y eficiencia de la Administración de Justicia como institución y, b) La eficacia y eficiencia en la cotidianidad, es decir, la que percibe el ciudadano día y día y que está directamente vinculada, no solo con la institución, sino con las personas que realizan esta función, es decir, el Juez, el tribunal o los juzgados”.<sup>134</sup>

#### 4.4. Criminalización y garantías procesales.

La criminalización comprende los mecanismos de aplicación de las normas y el de ejecución de la pena y de las medidas de seguridad<sup>135</sup>. Los principios constitucionales y de derechos humanos señalan los requisitos básicos que deben reunir la investigación criminal y el proceso penal para considerarse legítimos. El proceso penal debe respetar el debido proceso, que es el conjunto de garantías establecidas en el bloque de constitucionalidad.

Garantías del debido proceso: Existen obligaciones generales internacionales por parte del Estado peruano, las mismas que se encuentran acogidas en los primeros artículos de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, donde se toma en cuenta que, en virtud del artículo 1, el Perú acepta deberes de (reconocimiento), respeto y garantía acerca de los derechos contenidos en el Pacto,

---

<sup>134</sup> RODRÍGUEZ MELÉNDEZ, Roberto. (2005). “¿Calidad de la justicia? Eficacia y eficiencia en la administración de justicia”. Ensayo presentado I foro sobre transparencia y excelencia judicial en el Salvador, 27-8-05, San Salvador, pp. 1-2- Disponible en: <http://biblioteca.cejamerica.org/bitstream/handle/2015/1838/calidaddelajusticia.pdf>.

<sup>135</sup> Fundamento 27, STC del 13 de febrero de 2009, Pleno Jurisdiccional N° 00033-2007-PI/TC, Lima, caso Don Juan Carlos Díaz Montes y 8971 ciudadanos (demandante) c. Congreso de la República (demandado).

como ha establecido la Corte Interamericana a partir de sus primeros pronunciamientos en cuestiones contenciosas<sup>136</sup> donde señala:

a) “el deber de los Estados partes de organizar todo el aparato gubernamental y, en general, todas las estructuras a través de las cuales se manifiesta el ejercicio del poder público, de manera tal que sean capaces de asegurar jurídicamente el libre y pleno ejercicio de los derechos humanos”; y b) la obligación de garantía “no se agota con la existencia de un orden normativo dirigido a hacer posible el cumplimiento de esta obligación, sino que comporta la necesidad de una conducta gubernamental que asegure la existencia, en la realidad, de una eficaz garantía del libre y pleno ejercicio de los derechos humanos”

Los derechos humanos como marco referencial aplicados a las reglas del proceso penal, sugieren el respeto y la protección del procesado en todas las instancias, condicionando las reglas procedimentales y las actuaciones de los intervinientes a lineamientos de justicia y racionalidad. Esta descripción general corresponde al denominado “debido proceso” que incluye garantías y derechos como la presunción de inocencia, ne bis in idem, derecho defensa, etc.

Presunción de inocencia: Constituye la máxima garantía del imputado y uno de los pilares del proceso penal, le permite a toda persona conservar un estado de “no autor” en tanto no se expide una resolución judicial firme. El Tribunal Constitucional ha señalado que: “(...) el texto constitucional establece expresamente en su artículo 2º, inciso 24, literal e), que toda persona es

---

<sup>136</sup> Así, BUSTOS RAMÍREZ, Juan y Hernán HORMAZABAL. Ob. Cit., pág. 21.

considerada inocente mientras no se haya declarado judicialmente su responsabilidad.

Este dispositivo constitucional supone, en primer lugar, que por el derecho a la presunción o estado de inocencia, toda persona es considerada inocente antes y durante el proceso penal; es precisamente mediante sentencia firme que se determinará si mantiene ese estado de inocencia o si, por el contrario, se le declara culpable; mientras ello no ocurra es inocente; y, en segundo lugar, que el juez ordinario para dictar sentencia condenatoria debe alcanzar la certeza de culpabilidad del acusado, y esa certeza debe ser el resultado de la valoración razonable de los medios de prueba practicados en el procesos penal. Cualquier denuncia de afectación a la presunción de inocencia, habilita a este Tribunal Constitucional verificar solamente si existió o no en el proceso penal actividad probatoria mínima que desvirtúe ese estado de inocencia (valoración objetiva de los medios de prueba)”<sup>137</sup>.

Derecho de defensa: Se encuentra reconocido en el inciso 14 del artículo 139° de la Constitución Política del Perú. Asimismo, el numeral 2 del artículo 8 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos señala que toda persona inculpada de delito tiene derecho, en plena igualdad, a las garantías mínimas de concesión del tiempo y de los medios adecuados para la preparación de su defensa; así como el derecho a defenderse a sí mismo de ser asistido por un defensor de su elección, y comunicarse libre y personalmente con él.

---

<sup>137</sup> Fundamentos 166 – 167, Sentencia de la Corte IDH del 29 de julio de 1988, CASO VELÁSQUEZ RODRÍGUEZ VS HONDURAS.

Por su parte, el Tribunal Constitucional peruano sostuvo que el derecho de defensa “(...) se proyecta (...) como un principio de contradicción de los actos procesales que pudieran repercutir en la situación jurídica de algunas de las partes de un proceso o de un tercero con interés (...). La observancia y respeto del derecho de defensa es consustancial a la idea de un debido proceso, propio de una democracia constitucional que tiene en el respeto de la dignidad humana al primero de sus valores.

Por su propia naturaleza, el derecho de defensa es un derecho que atraviesa transversalmente a todo el proceso judicial, cualquiera sea su materia. La posibilidad de su ejercicio presupone, (...) que quienes participan en un proceso judicial para la determinación de sus derechos y obligaciones jurídicas tengan conocimiento, previo y oportuno, de los diferentes actos procesales que los pudieran afectar, a fin de que tengan la oportunidad de ejercer, según la etapa procesal de que se trata, los derechos procesales que correspondan (v.g. interponer medios impugnatorios)”.<sup>138</sup>

Asimismo, el ejercicio del derecho de defensa tiene una doble dimensión: una material, referida al derecho del imputado de ejercer su propia defensa desde el mismo instante en que toma conocimiento de que se le atribuye la comisión de determinado hecho delictivo; y otra formal, que supone el derecho a una defensa técnica, esto es, al asesoramiento y patrocinio de un abogado defensor durante todo el tiempo que dure el proceso. Ambas dimensiones del derecho de

---

<sup>138</sup> Fundamento 28, STC del 13 de octubre de 2008, Exp. N° 728-2008-PHC/TC, caso Giuliana Llamoja



defensa forman parte del contenido constitucionalmente protegido del derecho en referencia. En ambos casos se garantiza el derecho a no ser postrado a un estado de indefensión.<sup>139</sup>

Imparcialidad e independencia judicial: el derecho a ser juzgado por un juez imparcial involucra uno de los requisitos indispensables del principio del debido proceso y la tutela jurisdiccional efectiva, en tanto garantiza una limpia y equitativa contienda procesal al que tienen derecho los justiciables. También constituye un deber de los jueces velar por el cumplimiento de tales garantías; es por ello que, ante las situaciones en las que se cuestione la imparcialidad de los Magistrados, existen las instituciones de la inhibición y la recusación como medida para garantizar el derecho al juez imparcial.

El Tribunal en su reiterada doctrina señala que “(...) la imparcialidad judicial tiene una doble dimensión. Por un lado, constituye una garantía objetiva de la función jurisdiccional, es decir, se trata de una exigencia mínima que se predica del órgano llamado a resolver los conflictos y las controversias jurídicas entre partes. Por otro, constituye un derecho subjetivo de los justiciables, por medio del cual se garantiza a todos y cada uno de los que pudieran participar en un proceso judicial que puedan ser juzgados por un juez no parcializado, es decir, uno que tenga perjuicios sobre las partes e, incluso, sobre la materia o la causa confiada para dirimir.”<sup>140</sup>

---

<sup>139</sup> Fundamento 13, STC del 27 de enero de 2006, Exp. N° 5871-2005-AA/TC, caso Asunta Quispe De Turpo.

<sup>140</sup> Fundamento 3, STC del 12 de setiembre de 2005, Exp. N° 6260-2005-HC/TC, caso Margi Clavo Peralta.

Plazo Razonable: dentro de las garantías mínimas contenidas en el artículo 8.1 de la Convención Americana, se encuentra expresamente recogido el derecho a ser oído dentro de un plazo razonable. Como ha señalado la Corte reiteradamente, este derecho está estrechamente vinculado con el acceso a la justicia, puesto que parte de su contenido “implica que la solución de la controversia se produzca en un tiempo razonable”. Más aún, una demora prolongada del proceso constituye por sí misma una violación de las garantías judiciales<sup>141</sup>.

Para evaluar la razonabilidad del plazo del proceso, debe emplearse el “análisis global del procedimiento”. Esto quiere decir que el proceso termina cuando se dicta sentencia definitiva y firme en el asunto. Por ello, en materia penal, dicho plazo debe comprender todo el procedimiento, incluyendo los recursos de instancia que pudieran eventualmente presentarse.

Así, el plazo comienza en la fecha de la detención del individuo. Cuando no es aplicable este criterio, pero se halla en marcha un proceso penal, dicho plazo debe contarse a partir del momento en que la autoridad judicial toma conocimiento del asunto o cuando las sospechas producen repercusiones importantes en la situación jurídica de la persona investigada.

La finalidad perseguida del día inicial del plazo es que se produzca una distorsión mínima en la vida de la persona investigada, detenida o acusada, de manera que el proceso dure el tiempo necesario, evitando la excesiva e injustificada duración de éste.

---

<sup>141</sup> Fundamento 7, STC del 8 de setiembre de 2003, Exp. N° 1934-2003-HC/TC, caso Juan Yujra Mamani.

Para el examen del plazo razonable existen ciertos criterios a ponderar, que son: i) complejidad del asunto, ii) actividad procesal del interesado y iii) conducta de las autoridades judiciales. A la luz de esos criterios se califica la razonabilidad del plazo cuestionado<sup>142</sup>. A ello cabe agregar que el Tribunal, siguiendo a la Corte Interamericana, precisó que en dicho análisis de razonabilidad se debía tomar en cuenta la afectación que genera la demora en la situación jurídica de la persona involucrada en el proceso.<sup>143</sup>

La excepcionalidad de la prisión preventiva: El artículo 2º, inciso 24, literal f) de la Constitución Política del Perú estipula que “nadie puede ser detenido sino por mandamiento escrito y motivado del juez o por las autoridades judiciales en caso de flagrante delito, el detenido debe ser puesto a disposición del juzgado correspondiente, dentro de las veinticuatro horas o en el término de la distancia”. Asimismo, los límites a la libertad personal, y en coherencia con lo enunciado por el Tribunal en reiterada jurisprudencia, la libertad personal no es sólo un derecho fundamental reconocido, sino un valor superior al ordenamiento jurídico, pero su ejercicio no es absoluto e ilimitado; pues se encuentra regulado y puede ser restringido mediante ley.

Así, respecto de la detención preventiva, el artículo 9º del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, establece que toda persona detenida

---

<sup>142</sup> Corte IDH. caso Hilaire, Constantine y Benjamin y otros vs. Trinidad y Tobago. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia del 21 de junio de 2002, párrafo 145  
34 Fundamento 67, STC del 8 de agosto de 2012, Exp. N° 00156-2012-PHC/TC, caso César Tineo Cabrera.

<sup>143</sup> Fundamento 20, STC del 10 de agosto de 2010, Exp. N° 05350-2009-PHC/TC, caso Julio Salazar Monroe.

o presa a causa de una infracción penal será llevada sin demora ante un juez u otro funcionario autorizado por la ley para ejercer funciones judiciales, y tendrá derecho a ser juzgada dentro de un plazo razonable o a ser puesta en libertad. La prisión preventiva de las personas que hayan de ser juzgadas no debe ser la regla general, pero su libertad podrá estar subordinada a garantías que aseguren la comparecencia del acusado en el acto del juicio, o en cualquier momento de las diligencias procesales y, en su caso, para la ejecución del fallo.

Al respecto, el Tribunal Constitucional manifestó que: “la detención judicial preventiva es una medida provisional que limita la libertad física pero no por ello es per se inconstitucional, en tanto no comporta una medida punitiva ni afecta la presunción de inocencia que asiste a todo proceso, tanto más si legalmente se justifica siempre y cuando existan motivos razonables y proporcionales para su dictado [...] Asimismo, esta medida deberá ser variada en caso que desaparezca alguno de los presupuestos que sustentan su dictado”.<sup>144</sup>

La resocialización: “Es necesario reconocer que la prisión, en tanto que pena, significa la privación de la libertad y no de otros derechos fundamentales. Esto resulta de particular importancia, porque es a partir de esa consideración que las actividades por realizar al interior de los centros se constituyen en garantía de derechos, más que en la imposición de conductas”. El trabajo, la educación una alimentación adecuada, la libertad sexual, el libre flujo de información, son todos ellos derechos –no obligaciones- a los que el recluso debe tener acceso, pues ello se

---

<sup>144</sup> Fundamento 2, STC del 5 de setiembre de 2011, Exp. N° 2408-2011-PHC/TC, caso Kevin Procel C.

condice con el enfoque preventivo especial positivo que adopta nuestro sistema penitenciario<sup>145</sup>. Del mismo modo, las medidas de seguridad deberán ejecutarse en forma humanitaria, respetando los derechos y garantías que son innatos a los pacientes.

El sistema penitenciario, en general, está obligado a concretizar las exigencias constitucionales de reeducación, rehabilitación y reincorporación (inciso 22, artículo 139° de la Constitución Política) por tratarse del único sentido político criminal capaz de dar respuesta de modo racional al fenómeno delictivo.

#### **4.5. Características esenciales del derecho penal moderno o de la sociedad de riesgo**

En las últimas décadas la sociedad ha cambiado a un ritmo vertiginoso, los avances científicos y tecnológicos han evolucionado tanto en tan poco tiempo, generando una creciente sensación de inseguridad subjetiva ante los nuevos peligros, que existe incluso cuando dichos peligros no sean reales. Ello hace que los ciudadanos reclamen cada vez más al Estado la prevención frente al riesgo y la provisión de seguridad.<sup>146</sup>

Ante tales coordenadas se afirma que el Derecho penal actual es un Derecho en expansión como respuesta a dicha sociedad de riesgo, de manera que lo que viene

---

<sup>145</sup> Vide Fundamento 100, SPTC del 4 de setiembre de 2009, Pleno Jurisdiccional 00005-2008-PI/TC Lima, caso Robert Custodio Huaynalaya Camposano, en representación de 7,355 ciudadanos (demandante) c. Congreso de la República (demandado).

<sup>146</sup> JIMENEZ DIAZ, María (2016 ). *“Expansión del Derecho penal y libertades individuales”*. En PRIORI POSADA, Giovanni (Coordinador). Constitución, Derecho y Derechos. Primer Encuentro de la Red de Justicia, Derecho, Constitución y proceso. Editorial Palestra - RED Justicia, Derecho, constitución y Proceso, Lima, p. 225.

en calificarse como expansión del Derecho penal se vincula básicamente a su utilización para defender a la sociedad moderna de esos nuevos peligros que comporta la actual era post-industrial<sup>147</sup>.

Parece existir cierto acuerdo en considerar que el Derecho penal que puede hacer frente a los nuevos riesgos sería portador de las siguientes características<sup>148</sup>:

a) La intervención del derecho penal tendría lugar en ámbitos diferentes de lo que ha sido su espacio tradicional, ampliándose generosamente el número de comportamientos penalmente relevantes.

b) Se trataría de un Derecho penal que ofrece su tutela a un alto número de nuevos bienes jurídicos de naturaleza supra individual o colectiva.

c) Predominan los tipos de peligro y dentro de esta categoría, primarían los delitos de peligro abstracto.

d) Se anticiparía el momento en que va a tener lugar la intervención penal, ya tipificando comportamientos que, con anterioridad, sólo eran considerados ilícitos administrativos, civiles o mercantiles, ya aumentando la represión penal de determinados actos preparatorios.

e) Dado el origen de nuevos riesgos, su dificultad para atribuir su control y la amplia intervención de colectivos, el nuevo Derecho penal sufriría modificaciones en el sistema de imputación de la responsabilidad, lo que para sus detractores supondría una flexibilización inaceptable de sus estructuras tradicionales.

---

<sup>147</sup> Ibidem

<sup>148</sup> Ibid., pp. 226-227.

f) Así mismo se producen modificaciones en el conjunto de garantías penales y procesales, lo que para dichos sectores contrarios a su aceptación, implicaría una flexibilización, cuando no una infracción, de principios esenciales del Derecho penal clásico, tales como el principio de de intervención mínima, o el principio de legalidad, en su manifestación concreta de taxatividad (debido, por ejemplo, a la menor precisión en la descripción de los comportamientos típicos y el uso frecuente de delitos de peligro abstracto y de la técnica de la leyes penales en blanco).

## V. DISCUSIÓN

### 5.1. Sobre las posiciones del derecho penal y sus tensiones

El derecho penal de los últimos tiempos, en todo el mundo se está moviendo en medio dos grandes tensiones: la primera que se conoce como “el garantismo penal”, también conocido como el derecho penal de ciudadano, que supone la necesidad de juzgar al sindicado o procesado de la comisión de un delito bajo dos finalidades específicas, una el conocimiento de la verdad y dos el respeto de las garantías procesales, al punto que no tiene sentido, y, por ello mismo, se considera ilegítimo, un procedimiento penal que obtenga la verdad de los hechos con el desconocimiento de las garantías procesales del ciudadano.<sup>149</sup>

Y la segunda posición se conoce como “el eficientismo penal”, que supone la lucha contra la impunidad a toda costa, aún con el desconocimiento de garantías procesales, bajo el entendido de que el delincuente es un enemigo para la sociedad y ésta a través del poder del Estado tiene el deber de sancionarlo. Es, por ello, que a esta segunda corriente se le conoce también como “derecho penal de enemigo”<sup>150</sup>.

Las dos corrientes son opuestas, pues, mientras el garantismo penal con su derecho penal mínimo o del ciudadano es homocéntrico, en la medida en que se edifica por el respeto de las garantías fundamentales del ser humano, aunque éste

---

<sup>149</sup> RESTREPO MONTOYA, Hugo (2007). Derecho Penal Internacional: entre garantismo y eficientismo. *Criterio Jurídico*, V. 7, Santiago de Cali, (427-451); p. 429. <https://revistas.javerianacali.edu.co/index.php/criteriojuridico/article/view/288>

<sup>150</sup> APONTE CARDONA, Alejandro (2007). *Garantismo y Eficientismo Penal*. Conferencia dictada en el Congreso Internacional de Derecho Penal. Mayo 25 de 2007. Universidad de Antioquia, Medellín citado por RESTREPO MONTOYA, Hugo. O. cit., p. 429.



haya cometido delito; por su parte el eficientismo penal con su derecho penal de enemigo es policéntrico, pues el actor principal del proceso es el Estado que tiene la potestad de actuar contra el delincuente, considerado como un enemigo social, y la razón del proceso penal es evitar la impunidad, luego en segundo plano queda el reconocimiento de garantías procesales para el enemigo<sup>151</sup>.

En consecuencia, se puede advertir que desde diferentes posiciones doctrinales, a partir del hecho indiscutible de que el sistema penal no ha resuelto el problema de la delincuencia han surgido tendencias a su abolición como método de lucha para la protección de los derechos y libertades fundamentales, sin que hasta nuestros días, en los modelos de sociedad y Estado que han existido, o aquellos que puedan florecer en el futuro, resulte posible relegar al derecho penal para garantizar la protección a la sociedad de los ataques más intolerables a los bienes jurídicos.

## **5.2. El derecho penal garantista o derecho penal de sistema de garantías<sup>152</sup>**

Tal como ha quedado descrito en el marco teórico de la investigación, la obra que más espacio ha ocupado y sigue ocupando en el conjunto de la teoría jurídica de Luigi Ferrajoli, es el derecho penal, quien a partir de 1989 ha construido una completa y muy estructurada teoría del garantismo penal, viene a establecer una definición de “garantía”, como “cualquier técnica normativa de tutela de un derecho subjetivo, pudiéndose entender como tal, toda obligación correspondiente a un

---

<sup>151</sup> Ibid., p. 430.

<sup>152</sup> VILCHEZ GIL, María (s.f.e.) “*Garantismo penal. Crisis del derecho*”. Disponible en: <https://ficip.es/wp-content/uploads/2018/01/Mar%C3%ADa-%C3%81ngeles-V%C3%ADlchez-Gil-Garantismo-penal.-Crisis-del-Derecho.pdf>.

derecho subjetivo y considerar derecho subjetivo a toda expectativa jurídica positiva (de prestaciones) o negativa (de no lesiones)”.

Desde hace décadas, este autor ha venido construyendo un sistema conceptual que sirva para alcanzar un derecho penal garantista. Partiendo por reconocer que el garantismo es una ideología jurídica, es decir, una forma de representar, comprender, interpretar y explicar el derecho.

En sus trabajos posteriores a 1989, Ferrajoli ha ampliado su teoría para conformar una especie de teoría general del garantismo, la cual ha vinculado estrechamente con la teoría del Estado constitucional (desde el punto de vista normativo) y con el llamado neo constitucionalismo (desde el punto de vista teórico).

Una de las principales ideas del garantismo es la desconfianza hacia todo tipo de poder, público o privado, de alcance nacional o internacional. El garantismo no se hace falsas ilusiones acerca de la existencia de “poderes buenos”, que den cumplimiento espontáneo a los derechos y prefiere verlos limitados siempre, sujetos a vínculos jurídicos que los acoten y que preserven los derechos subjetivos, sobre todo si tienen carácter de derechos fundamentales.<sup>153</sup>

Sobre este punto 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

---

<sup>153</sup> Ibidem

derecho un sistema de garantías, de límites y vínculos al poder para la tutela de los derechos”<sup>154</sup>.

El garantismo en materia penal se corresponde con la noción de un derecho penal mínimo,<sup>155</sup> que intenta poner fuertes y rígidos límites a la actuación del poder punitivo del Estado. Esta vertiente del garantismo se proyecta en garantías penales sustanciales y garantías penales procesales<sup>156</sup>.

Las garantías implican, conforme sostiene Ferrajoli: “...una doctrina filosófico-política de justificación del derecho penal y a la vez una teoría jurídico normativa de las garantías penales y procesales” ... En tal sentido, considera que las garantías: “no son más que las técnicas encaminadas a minimizar la violencia y la potestad punitiva; es decir, a reducir lo más posible la esfera de los delitos, los espacios de arbitrio judicial y la aflicción de las penas”.<sup>157</sup>

Para la teoría garantista la justificación del derecho penal se sostiene en una premisa de prevención doblemente negativa: como medio de protección social para evitar que se cometan más delitos, y como herramienta de protección de los sujetos frente al poder punitivo estatal. “Garantismo” y “derecho penal mínimo” son, en efecto, términos sinónimos que designan un modelo teórico y normativo de derecho penal capaz de minimizar la violencia de la intervención punitiva —tanto en la

---

<sup>154</sup> Cfr. GASCÓN ABELLÁN, Marina (2005). “La teoría general del garantismo. Rasgos principales” En: CARBONELL SÁNCHEZ, Miguel y SALAZAR UGARTE, Pedro (Coords.) *Garantismo : Estudios sobre el pensamiento jurídico de Luigi Ferrajoli*. Editorial Trotta, Madrid, pp. 21-40.

<sup>155</sup> FERRAJOLI, L. (2006). “Sobre los derechos fundamentales y sus garantías”, traducción de Miguel Carbonell, Antonio de Cabo y Gerardo Pisarello, México: CNDH, p. 38.

<sup>156</sup> *Ibidem*

<sup>157</sup> *Ibid.*, pp. 14 y 18.

previsión legal de los delitos como en su comprobación judicial— sometiéndola a estrictos límites impuestos para tutelar los derechos de la persona<sup>158</sup>.

Para ello, se requiere un reforzamiento del sistema jurídico penal, en aquellas conductas que afecten al orden público general, al orden económico, de ahí, que tras la promulgación del código Procesal penal del 2004, se busca tener una justicia penal más eficiente, y por tanto en orden a la protección y tutela de nuestro estado político judicial.

Por lo que los llamados delincuentes económicos o los de cuello blanco, fiel reflejo, alguno de ellos, del quebrantamiento del principio de legalidad, van siendo controlados a través de condiciones objetivas de punibilidad establecidas en estas conductas delictivas que conllevan a la falta de confianza en el orden económico y financiero de un Estado.

En consecuencia, el derecho penal trata de tutelar y valorar los derechos constitucionalmente garantizados, como dice Ferrajoli: “Las garantías no son otra cosa que las técnicas previstas por el ordenamiento para reducir la distancia estructural entre normatividad y efectividad, y, por tanto, para posibilitar la máxima eficacia de los derechos fundamentales en coherencia con su estipulación constitucional”<sup>159</sup>.

---

<sup>158</sup> FERRAJOLI, I. (2006). *Garantismo Penal*. Serie Estudios Jurídicos Número 34, UNAM, México, p. 11

<sup>159</sup> Cfr. FERRAJOLI, Luigi (1999). *Derechos y garantías. La Ley del más débil*. Derecho y Garantías, la Ley del más Débil. Traducción de Perfecto Andrés Ibáñez y Andrea Grepp. Editorial Trotta, Madrid.

### 5.3. El derecho penal del enemigo y el derecho penal de riesgo

Mediante la doctrina del “Derecho penal del enemigo” Jakobs se planteaba: si a aquellos individuos definidos como peligrosos en función de su habitualidad y reincidencia delictiva (persistencia criminal), estilo de vida o presumible rechazo al sistema institucional se les ha de privar de su condición de persona por considerar que se apartan del rol de ciudadano y por ello se tornan enemigos de la sociedad.<sup>160</sup>

En ese sentido, el Derecho Penal del Enemigo trabaja sobre la base de las normas penales, tiene un fuerte sentido normativista y pretende actuar siempre amparado por un marco jurídico que lo sustente, así lo explicita también Jakobs exponiendo que “un Derecho Penal del enemigo implica un comportamiento desarrollado con base en reglas, en lugar de una conducta espontánea e impulsiva”.<sup>161</sup>

En tal sentido puede concluirse que el Derecho penal del enemigo es, tal y como lo concibe Jakobs<sup>162</sup>: un ordenamiento de combate excepcional contra manifestaciones exteriores de peligro, desvaloradas por el legislador y que está considerado necesario reprimir de manera más agravada que en el resto de supuestos (Derecho penal del ciudadano).

---

<sup>160</sup> JAKOBS, Günter (2003). “El Derecho penal del ciudadano y Derecho penal del enemigo”. En: Derecho penal del enemigo, Trad. Cancio Meliá, M. Editorial Civitas, Madrid, p. 47.

<sup>161</sup> JAKOBS, Günter y CANCIO MELIÁ, Manuel (2003). Derecho penal del enemigo, Editorial Civitas, Madrid, p. 22.

<sup>162</sup> POLAINO-ORTS, Miguel (2006). Derecho penal del enemigo. Desmitificación de un concepto. Editorial Grijley, Lima, p. 29.

La razón de ser de este combate más agravado estriba en que dichos sujetos (“enemigos”) comprometen la vigencia del ordenamiento jurídico y dificultan que los ciudadanos fieles a la norma o que normalmente se guían por ella (“personas en derecho”) puedan vincular al ordenamiento jurídico su confianza en el desarrollo de su personalidad.

Esa explicación se basa en el reconocimiento básico de que toda institución normativa requiere de un mínimo de corroboración cognitiva para poder orientar la comunicación en el mundo real. De la mismas se deriva, no solo un derecho a la seguridad, sino un verdadero derecho fundamental a la seguridad.<sup>163</sup>.

En tal sentido el jurista alemán, establece que su teoría o doctrina del derecho penal del enemigo no es constitutiva sino descriptiva, y lo que él propone es establecer un procedimiento propio o particular, dentro del derecho penal, para los sujetos que denomina “enemigos”.

En consecuencia, a una perspectiva social del riesgo le sigue consecuentemente una también penal, en cuyos términos resulta discutible establecer el alcance de un Derecho penal concebido a partir de la sociedad del riesgo. Aporta Jakobs que una sociedad consciente de los riesgos puede medir la pena según su función abierta, es decir, con vistas a la confirmación de la identidad normativa, y suponer que con el tiempo se generará un provecho suficiente en cuanto a prevención<sup>164</sup>.

---

<sup>163</sup> Ibidem

<sup>164</sup> JAKOBS, Günther (2004). “*La autocomprensión de la Ciencia del Derecho penal ante los desafíos del presente*”. En: *La Ciencia del Derecho penal ante el nuevo milenio*, AA. VV., traducido por Teresa Manso Porto, Editorial Tirant lo Blanch, Valencia, p. 57.

Por lo que, el Derecho penal para la sociedad del riesgo no puede regirse por esos prototipos, porque ya no es la violencia física el elemento catalizador, ni tampoco lo simplemente perceptible por los sentidos (visible, tangible, constatable). En la sociedad del riesgo se dirige a la Ciencia penal hacia la creación de tipos de peligro abstracto (o presunto) y específico, pero —más allá todavía— ya no es la noción pura de peligro la que predomina sino la de riesgo.

La ampliación del Derecho penal sirve entonces en el debate político ante todo como coartada para, de forma rápida, sin grandes planes y con pocos gastos de presupuestos, demostrar que se es consciente de un determinado problema. Y culmina Herzog anunciando que ante tal instrumentación, el Derecho penal sale perjudicado<sup>165</sup>. Sobre lo concerniente a la seguridad y el riesgo como su contrapartida, parece acertado el pensamiento de Dahrendorf: la respuesta al problema de la ley y el orden puede resumirse en una expresión: construcción de instituciones<sup>166</sup>.

A partir de esto, se regresa a la discusión acerca del rasgo simbólico del Derecho penal tratado por Hassemer y que, como se ha dicho, acarrea un Derecho penal simbólico positivo y otro negativo. En suma, para Hassemer hay un particular interés en controlar el riesgo, que aparece como un rasgo distintivo de la moderna sociedad del riesgo que no acepta sus propios peligros (riesgos de la

---

<sup>165</sup> Ibid., p. 311.

<sup>166</sup> DAHRENDORF, Ralf (1998). *Ley y orden*, traducido por Luis María Díez-Picazo, Civitas, Madrid, p. 153.

modernización), sino que requiere de un vínculo causal que implique una responsabilidad jurídica y social<sup>167</sup>.

Por su parte, Schönemann afirma que el Derecho penal debe seguir utilizando el modelo delictivo del peligro (a partir de los puntos de conexión colectivos) a la vista de las condiciones de actuación de la sociedad moderna, para poder así seguir cumpliendo con su misión de proteger bienes jurídicos y no ser mero Derecho simbólico<sup>168</sup>.

Así mismo, Paliero relata que la Ciencia penal va perdiendo su connotación cultural ‘humanista’ y yendo cada vez más hacia un saber ‘tecnocrático’ mediante el que un grupo de técnicos autoalimenta su ‘propio’ sistema de reglas para legitimar la función social del sistema<sup>169</sup>, y así se canaliza la llamada sociedad del riesgo hacia el circuito penal<sup>170</sup>.

Y, en este aspecto, resulta elocuente Donna al manifestar que en dicha sociedad en consecuencia y debido a la exigencia de esos grandes riesgos se exige que el Derecho penal renuncie a la percepción del bien jurídico en aquellos ámbitos que tiene que relación con la garantía de futuro<sup>171</sup>.

---

<sup>167</sup> HASSEMER, Winfried (1995). “Derecho penal simbólico y protección de bienes jurídicos”. En: Pena y Estado, AA. VV., traducido por Elena Larrauri, Editorial Jurídica Cono Sur, Santiago de Chile, p. 33.

<sup>168</sup> Ibid., p. 95.

<sup>169</sup> ENRICO PALIERO, Carlo (2004). “La autocomprensión de la Ciencia del Derecho penal frente a los desafíos de su tiempo”. En: La Ciencia del Derecho penal ante el nuevo milenio, AA., VV., traducido por María José Pifarré, Editorial Tirant lo Blanch, Valencia, p. 91.

<sup>170</sup> Ibid., p. 95.

<sup>171</sup> ALBERTO DONNA, Edgardo (2004). “¿Es posible el Derecho penal liberal?”. En: El Derecho ante la globalización y el terrorismo, AA. VV., Editorial Tirant lo Blanch, Valencia, p. 211.



Díez Ripollés destaca la existencia de una rica polémica en torno a la extensión del Derecho penal a ámbitos nuevos de lesividad social que no han sido abarcados por el Derecho penal. Ello se debe a la generalización de nuevos riesgos, las dificultades para atribuir la responsabilidad por los mismos y la exagerada difusión del sentimiento de inseguridad.<sup>172</sup>

La respuesta de un Derecho penal del riesgo se realiza mediante la instauración de tipos penales de peligro abstracto, responsabilidad penal objetiva, tipos penales abiertos y en blanco, cargas de vigilancia, sustitución de normas sociales débiles por fuertes leyes penales (Derecho penal simbólico negativo), abatimiento de garantías, flexibilización y desformalización (dogmática) del Derecho penal material y procesal, funcionalización del Derecho penal<sup>173</sup> y creación de bienes jurídicos difusos, universales o supraindividuales<sup>174</sup>.

Por tanto, se tiende a incrementar la criminalización de conductas creando bienes jurídicos colectivos, a hacer prevalecer las estructuras típicas de pura actividad, a la anticipación de la intervención penal<sup>175</sup> y a la expansión del Derecho penal en lo referido especialmente a la seguridad<sup>176</sup>.

Como expresa Mendoza Buergo: Desde planteamientos como los de Hassemer, Prittwitz, Herzog, Albrecht o Callies —aun con importantes diferencias

---

<sup>172</sup> DÍEZ RIPOLLÉS, José Luis (2005). “De la sociedad del riesgo a la seguridad ciudadana”. En: Derecho penal y política transnacional, AA. VV., coordinadores Silvina Bacigalupo Saggese y Manuel Cancio Meliá, Editorial Atelier, Barcelona, p. 245.

<sup>173</sup> MENDOZA BUERGO, Blanca. Ob. Cit., p. 92.

<sup>174</sup> Ibid., pp. 156-157.

<sup>175</sup> DÍEZ RIPOLLÉS, José Luis. Ob. Cit., p. 247.

<sup>176</sup> Ibid., p. 256.

entre ellos— supone, en conclusión, que la creciente interpretación y aplicación del Derecho penal como instrumento preferente de resolución de conflictos sociales resultaría, precisamente, la principal ‘causa’ de la ‘crisis’ del moderno Derecho penal, crisis que se manifiesta de modo más evidente en el Derecho penal del peligro y en el control de los nuevos riesgos, por lo que ante la función en gran medida ‘simbólica’ que desempeña aquí el Derecho penal, se afirma la escasa utilidad de la reacción penal en estos terrenos<sup>177</sup>.

Por ello, Mendoza Buergo afirma la conveniencia de destacar que el Derecho penal del riesgo que se va conformando en nuestras sociedades avanzadas a través de la Política criminal infiltrada por la idea de riesgo y dominada por la persecución de mayores cotas de seguridad, no es sólo el que pretende prevenir o reaccionar frente a los nuevos riesgos tecnológicos, sino también aquel que aspira a controlar e incluso conjurar antes de su surgimiento todo riesgo en los más variados terrenos, incluidos los que poco o nada tienen que ver con aquellos, como el caso de la llamada ‘seguridad pública’<sup>178</sup>.

Esto lleva a pensar como Nelles en cuanto que la globalización conduce a la disolución de las fronteras de la Ciencia del Derecho penal.<sup>179</sup>

---

<sup>177</sup> Ibid., p. 112.

<sup>178</sup> MENDOZA BUERGO, Blanca (2003). “Gestión del riesgo y Política criminal de seguridad en la sociedad del riesgo”. En: La seguridad en la sociedad del riesgo. Un debate abierto, AA. VV., Editorial Atelier, Barcelona, p. 81.

<sup>179</sup> NELLES, Úrsula (2004). “La Ciencia del Derecho penal ante las tareas del futuro”. En: La Ciencia del Derecho penal ante el nuevo milenio, AA. VV., traducido por María José Pifarré, Editorial Tirant lo Blanch, Valencia, pp. 456-457.

#### 5.4. Las tensiones del derecho penal: Entre “eficientismo” y “garantismo”

La inexistencia de valores constitucionales como la paz, seguridad, orden público, libertades) como condición empírica y la realidad de anormalidad social y política, han generado posiciones antagónicas acerca de la función que debe asumir el derecho penal. Por una parte, existen los partidarios de una especie de modelo eficientista, que otorga al derecho penal un papel preponderante para la lucha contra la delincuencia y todo tipo de criminalidad. Se impulsa un modelo de derecho penal endurecido, simbólico, populista y levantado sobre una idea particular de “eficacia” o de “eficiencia” de la administración de justicia.

Esta visión particular de la eficacia y de la eficiencia, ha dado lugar a la consolidación del modelo eficientista de derecho penal, fundado en los planteamientos teórico del derecho penal de enemigo. En una visión escéptica sobre el valor de los derechos y de las garantías, los partidarios del modelo eficientista los consideran más como obstáculos para el ejercicio de la función penal. En este modelo prevalece la eficacia sobre los derechos fundamentales, la eficacia sobre la legitimidad del sistema penal. Aquí adquiere todo su dramatismo la tensión entre eficientismo y garantismo<sup>180</sup>.

Pero, la materialización de estos intereses generales y públicos – seguridad ciudadana, salud pública, tranquilidad pública, etc.- corresponde a políticas públicas<sup>181</sup> del de otra naturaleza. En efecto, esas políticas exigen prestaciones

---

<sup>180</sup> APONTE Alejandro (2018). “El derecho penal en una perspectiva de paz: De la tensión entre “eficientismo” y garantismo en el caso colombiano”. p. 3. [https://sistemasjudiciales.org/wp-content/uploads/2018/09/notasgenerales\\_aaponte.pdf](https://sistemasjudiciales.org/wp-content/uploads/2018/09/notasgenerales_aaponte.pdf)

<sup>181</sup> Corresponde a lo que en términos de Ferrajoli, la esfera de “lo no decidible que no”

públicas presupuestadas y planificadas para la realización de la seguridad, salud, educación, etc. Esos intereses públicos nunca serán realizados con el castigo, pues no puede reemplazar una prestación estatal de otra naturaleza.

La pena no tiene ninguna utilidad para la configuración de esos valores e intereses públicos, bien reactivamente mirando para atrás con ánimo de venganza, o bien, pro futuro con la ficción de que enjaulando a nuestros semejantes “se estabilizan las expectativas sociales que han defraudado ciertos ciudadanos”, o bien, asumiendo la ficción de la prevención. La pena solo causa dolor, y la recurrencia efectista al castigo solo tiene por objetivo disfrazar la ausencia de políticas idóneas para su satisfacción. Reducir la solución de los problemas sociales al simple castigo, es una alienación punitiva.

Un principio central que limita el poder punitivo, en un Estado Constitucional, es el principio de utilidad de la intervención penal; pero, si la pena –castigo- en un Estado social “...se legitima sólo en cuanto protege a la sociedad, perderá su justificación si su intervención se demuestra inútil, por ser incapaz de servir para evitar delito. El principio de necesidad conduce, pues, a la exigencia de utilidad”<sup>182</sup>.

La interpretación de este principio de utilidad, no en el sentido clásico señalado por MIR PUIG -que considera que la pena debe cumplir una utilidad para ser legítima- sino desde una perspectiva opuesta, lleva a la conclusión de que la pena como expresión del poder punitivo nunca podrá ser legítima por ser inútil.

---

<sup>182</sup> MIR PUIG, Santiago (2006). *Los límites del “IusPuniendi”*, en Libro Homenaje al Profesor Raúl Peña Cabrera, Ara Editores, T I, Lima, p. 77

#### **5.4.1. El derecho penal de la emergencia o excepción como un derecho penal eficientista de enemigo<sup>183</sup>**

El modelo eficientista ha estado ligado, al derecho penal de la emergencia. La emergencia ha sido, además, la práctica generalizada en este país. Para un observador extranjero, causa curiosidad percibir cómo el país se ha mantenido como una democracia estable a lo largo de su historia, con ciclos periódicos de elecciones presidenciales y con una institucionalidad formal. Ello tiene muchas explicaciones.

Para efectos de la presente investigación, basta destacar que paralelamente a esa institucionalidad formal, ha existido un recurso permanente a la excepción. Es en la excepción y no en la normalidad que se ha vivido. Ello ha servido como una especie de “válvula de escape” para el sistema político y por ello su aparente estabilidad, pero simultáneamente ha servido como una fuente de construcción paralela de un sistema penal endurecido y al margen de los derechos y de las garantías.

La Constitución ha sido permanentemente suspendida en virtud de la excepción. Ello ha generado un derecho penal altamente politizado, funcionalizado de acuerdo a los avatares de las coyunturas y dirigido a ciertos actores específicos según sea la dinámica de su actuación en el contexto general de la violencia en el país. Por eso se trata más de un derecho penal del enemigo. El sindicado es

---

<sup>183</sup> APONTE Alejandro (2018). “El derecho penal en una perspectiva de paz: De la tensión entre “eficientismo” y garantismo en el caso colombiano”. p. 3. [https://sistemasjudiciales.org/wp-content/uploads/2018/09/notasgenerales\\_aaponte.pdf](https://sistemasjudiciales.org/wp-content/uploads/2018/09/notasgenerales_aaponte.pdf)

procesado y juzgado haciendo abstracción de sus derechos y garantías, por fuera del pacto social: es concebido como un extraño al mismo.

Es decir, se cumple todos lo presupuestos o características del derecho penal del enemigo identificados en el capítulo IV de la investigación como son el adelantamiento de la barrera de punibilidad, el relajamiento de las garantías, endurecimiento de las penas, la punibilidad de las conductas, entre otras.

#### **5.4.2. La constitucionalización del derecho penal del enemigo<sup>184</sup>**

Ha sido el Poder Ejecutivo, como legislador de excepción, el que ha sustituido al Congreso de la República en su función de elaborar la política criminal y el que históricamente ha impulsado este modelo de derecho penal eficientista de enemigo. Pero otras instituciones han participado de su consolidación: El Ministerio Público, El Poder Judicial y Tribunal Constitucional. Este último, creado como ente especializado en el control constitucional, ha jugado un papel fundamental en lo que puede ser denominado el impulso a la conciencia del valor del derecho en una sociedad acostumbrada a resolver sus conflictos por fuera del derecho.

La denominada “tutela de urgencia” a favor de los procesos constitucionales, como mecanismo de protección de derechos similar al amparo mexicano y a la Verfassungsbeschwerde alemana, le ha dado una dinámica impensable al ejercicio del derecho. Al mismo tiempo, el Tribunal Constitucional en el contexto

---

<sup>184</sup> Ibidem

del Estado social de derecho, ha impulsado con enorme dinamismo, una forma de interpretación y de aplicación del derecho que se puede sintetizar como el nuevo constitucionalismo. Ha hecho suyo como modelo de interpretación privilegiado la dogmática de ponderación, ha impulsado la modulación de sentencias, ha activado la tópica y se ha alejado de la interpretación exegética. Pero en virtud de ese nuevo constitucionalismo, el Tribunal Constitucional también ha asumido un protagonismo excesivo en el ámbito penal y ha colaborado con el impulso de lo que puede llamarse un derecho penal constitucional de enemigo.

El Estado social de derecho, con su necesario impulso a valores y fines establecidos en la Constitución, ha servido como marco para el peligroso desarrollo de un modelo constitucional de derecho eficientista. En un ejercicio de ponderación ilimitado, el juez constitucional le ha dado prevalencia, por ejemplo, al valor de la eficacia y de la eficiencia del sistema de justicia, sobre los derechos fundamentales.

Desde el principio de su actuación, el Tribunal Constitucional se vio impelida a buscar equilibrios entre el valor de la Carta de Derechos, y aquellas normas propias de la organización institucional dentro de la Constitución Política. Pero, en relación con las declaraciones del Estado de Excepción como conmoción interior, y en la revisión automática que de ellas hace el Tribunal Constitucional, ésta en diversas ocasiones ha privilegiado la parte organizativa sobre la Carta de Derechos. Se interrumpió la concesión de libertades y primó así el principio de autoridad, en su versión de supuesta “eficiencia” del sistema penal, sobre el principio de libertad.

De la misma manera, a través del ejercicio del nuevo constitucionalismo, el Tribunal Constitucional ha impulsado una especie de derecho penal promocional que, afincado sobre la idea del Estado social de derecho, asume la tarea de promover o promocionar valores establecidos en la Carta. El derecho penal deja de ser así un sistema de contra motivación de conductas, para pasar a ser un sistema de promoción de valores.

Por otro lado, peligrosamente se deducen bienes ad hoc de la Carta Política y se funcionaliza el derecho penal en relación con la supuesta protección de esos bienes: el derecho penal termina asumiendo una función pedagógica que lo disfuncionaliza, lo coloca en manos de referencias morales y lo expande de manera incontrolable.

Una de las consecuencias de ello es la superposición en la práctica entre las políticas públicas de tal manera que la política criminal termina absorbiendo la política social. Configurándose el gran problema de la politización de la justicia o el de la judicialización de la política.

#### **5.4.3. El derecho penal garantista o la constitucionalización del derecho penal<sup>185</sup>**

La constitucionalización del Derecho Penal, será solo retórica, sino se define un programa de reconceptualización de las categorías del Derecho Penal; así, las propuestas genéricas cargadas de buenas intenciones y tono rimbombante, tienen el

---

<sup>185</sup> MENDOZA AYMA, Celis (2019). “*Constitucionalismo penal*” En: [lpderecho.pe](http://lpderecho.pe), 31 de enero del 2019. Disponible en: <https://lpderecho.pe/constitucionalismo-penal-francisco-celis-mendoza-ayma>



efecto de embotar y entorpecer la materialización concreta de valores constitucionales.<sup>186</sup> Como fórmula de principio, es correcta, pero no debe quedarse como propuesta genérica, pues quedan en mero lirismo, nada más.<sup>187</sup> Pero ¿qué, propuesta de re conceptualización constitucional de la dogmática se presenta?.<sup>188</sup>

Se debe otorgar operatividad a las normas –principio y reglas- limitantes de la Constitución y a las normas penales de desarrollo legal, para ser funcionales en la limitación del poder punitivo, un derecho penal de contención profundamente humano y liberador. En ese orden, se debe constitucionalizar el Derecho Penal –entendida como saber de contención con el objetivo político jurídico de configurar, desde la razón constitucional un Derecho Penal de contención, opuesto a la pulsante emotividad del Poder punitivo; con ese objeto se debe construir conceptos insumidos de los derechos fundamentales, para limitar el poder punitivo; pero nunca

---

<sup>186</sup> En esa línea, no pasan de ser siempre propuestas interesantes como las de Elsie ROSALES, quien dice: “(...) ocurre que la resistencia y protección que pueden ofrecer los estados constitucionales ante el embate de otros poderes autoritarios, sólo pareciera posible siempre que a los Estados, política y jurídicamente organizados, se les nutra en dirección democratizadora, es decir, el Estado Constitucional concebido para la búsqueda y realización de la sociedad democrática...pareciera acertado apostar por el fortalecimiento de los estados constitucionales, con la correspondiente reconstrucción y enriquecimiento de su ideario político y jurídico, que en el plano del control penal supone democratización, sistema de garantías e imperio de los derechos humanos” (ROSALES, Elsie (2005). “Sistema penal y Estado Constitucional” En: Venezuela.Cc, dic. 2005, vol.33, no.4, p.469-515. ISSN 0798-9598 citado por Celis Mendoza).

<sup>187</sup> En esa línea de generalidad HURTADO POZO, señala que “todo sistema normativo (moral, jurídico, social) se orienta a controlar el comportamiento de las personas evitando o solucionando conflictos de intereses. Todos esos sistemas recurren a diferentes medios de reacción que restringen gravemente las libertades y bienes de las personas. Este es el caso, en particular, del sistema de control penal. Esta realidad explica ampliamente la casi unanimidad existente en cuanto a la necesidad de limitar, en mayor o menor medida, el poder punitivo del Estado” (HURTADO POZO, José (2005). *Manual de Derecho Penal. Parte general*. 3era edición. Editorial Grigley, Lima, p. 10)

<sup>188</sup> Con esa misma generalidad señala Pedro ANGULO ARANA, en efecto, se trata que “la constitucionalización del Derecho Penal y Procesal Penal, en resumidas cuentas, significa entonces generar una política criminal al servicio de la persona humana, vinculando los ejercicios funcionales de la Policía Nacional, Ministerio Público y Poder Judicial a un marco valorativo consensual (por su legítimo origen popular)”. ANGULO ARANA, Pedro (2006). *Aportes al Derecho Penal Peruano desde la Perspectiva Constitucional*, Academia de la Magistratura Revista No. 7, Lima, p. 9.

buscando su legitimación. Cargar contenido constitucional a los conceptos penales, es un objetivo central en el proceso de Constitucionalización del Derecho Penal.

El presupuesto para configurar este objetivo es el contexto de la permanente tensión entre Poder punitivo y Derecho Penal como contención – limitación del Poder-. Obviar esta unidad y contradicción permanente entre Poder punitivo y Derecho Penal, supondría el empleo ornamental de terminología formalmente constitucional, vacua de contenido, y serviría –perversamente- como cobertura de contenidos éticos y autoritarios.

Se debe concretar la constitucionalización del derecho penal con el objeto de control de poder punitivo. El punto de referencia objetivo es partir de una realidad; describir el modo como opera esa violencia punitiva, precisar sus características específicas de irracionalidad y selectividad, etc. Sólo así podrá apreciarse la distancia entre la operatividad penal y la realización de los principios constitucionales; y este escenario recién se podrá re conceptualizar constitucionalmente las categorías de la dogmática, en línea de contener y controlar el poder punitivo. Estos contenidos conceptuales de una dogmática penal constitucionalizados, deben estar orientados a contener racionalmente, en la mayor medida posible, el poder punitivo y la pena como su expresión material.

Esta conceptualización constitucional de la dogmática de la teoría del delito, incide directamente en la calificación de los hechos atribuidos como delitos-. Pero, es muy necesaria y urgente la construcción de una dogmática de la determinación e individualización de la pena, para dotar a los operadores de herramientas

conceptuales que controlen los impulsos vindicativos –cargados de sustancialismo ético- de los operadores fiscales y judiciales al momento de imponer la pena, pues impone el deber constitucional de fundamentar el quantum y calidad de pena. Ciertamente determina el salto del contexto de descubrimiento al contexto de justificación, de la animosidad emotiva a la exigencia de razonabilidad constitucional y racionalidad legal.

Por otro lado, los operadores jurisdiccionales deben entrelazar permanentemente los conceptos de la dogmática penal con los postulados constitucionales e insumirlos de su contenido, con clara comprensión del objetivo: la configuración de diques de contención a la violencia del poder punitivo, con datos concretos para la construcción del programa constitucional

En la actualidad la constitucionalización del Derecho Penal en su operatividad judicial, ha configurado solo un cambio formal terminológico; se abunda en citas de doctrina, de tribunales constitucionales, de tratados, etc., como argumentos formales de autoridad. Se aprecia saturación y hartazgo del uso en las resoluciones judiciales de categorías e instituciones formalmente constitucionales, pero, vacíos de contenido –meras reproducciones de sentencias del Tribunal Constitucional- utilizadas fuera de contexto; éstas tienen el efecto perverso de incidir en el debilitamiento del razonamiento y enervan la motivación de las resoluciones penales con fundamentación aparente.

Ciertamente son un marco de referencia –político – jurídico- general, que pueden aportar una premisa axiológica o un respaldo de autoridad –con citas en pie

de página-, pero, no es una resolución judicial penal con razonamiento constitucionalizado, pues, no existe preocupación por la comprensión y reconceptualización de sus contenidos.

### **5.5. El derecho penal de enemigo como modelo de legitimación frente a la lucha contra la delincuencia<sup>189</sup>**

La idea de que la delincuencia organizada obedece a una categoría criminal especial frente a otros fenómenos de delincuencia clásica traza los contornos de la necesidad de establecer excepciones al sistema de derechos y garantías de los imputados y condenados con la finalidad de facilitar la demostración de la responsabilidad penal y, en consecuencia, la prevención y represión del fenómeno. Esto presenta ya un dilema difícil de sanear pues la formulación misma del Estado de derecho “no admite la legitimación de ninguna excepción, pues esta importa su neutralización como instrumento orientador de la función del derecho penal”.<sup>190</sup>

No obstante, se plantea que un modelo de justificación de un régimen penal de excepciones frente a la delincuencia organizada y otros fenómenos delictivos considerados como una grave amenaza para la pervivencia del Estado de derecho, se encuentra en el modelo del derecho penal de enemigo . Partiendo de que el derecho, y específicamente el derecho penal, cumple una función de aseguramiento de las expectativas cognitivas de la sociedad, expresadas a través de las normas que

---

<sup>189</sup> VÉLEZ RODRÍGUEZ, Luis (2008). “*La lucha contra el crimen organizado como dilema para el estado de derecho. Aproximación a una alternativa*”. *Jurídicas*, Vol. 5, Núm. 2, julio-diciembre, 2008, pp. 89-108. Universidad de Caldas. Colombia. <https://www.redalyc.org/pdf/1290/129012573006.pdf>

<sup>190</sup> ZAFFARONI, Eugenio Raúl (2006). *El enemigo en el derecho penal*. Grupo Editorial Ibáñez, Bogotá, p. 253.

componen el ordenamiento jurídico, las cuales no son modificables por actos particulares de los individuos, pues son estabilizadas a través de la imposición de la sanción<sup>191</sup>, el derecho penal, y en concreto su expresión por medio de la pena, es portador de un significado frente al delito: el comportamiento del autor (contradicción de la norma) es irrelevante y la vigencia de la norma conculcada, en virtud de la imposición de la sanción, permanece vigente. De esta manera se mantiene también intacta la configuración de la sociedad.<sup>192</sup>

En el caso de la delincuencia organizada la consideración que se hace es sustancialmente diferente: aquí la sanción no se orienta a mantener la vigencia de la norma sino a enfrentar la amenaza que plantea la predisposición de la organización criminal para vulnerar sistemáticamente el ordenamiento. Los fenómenos como la delincuencia organizada “amenazan con socavar los fundamentos últimos de la sociedad constituida en Estado”<sup>193</sup>, en tanto que el individuo integrado en la organización criminal se ha apartado de modo decidido del derecho, esto es, “(...) que no presta[n] la garantía cognitiva mínima que es necesaria para el tratamiento como persona (...)”<sup>194</sup>.

El trato diferenciado que se realiza para combatir a la delincuencia organizada se ampara entonces en el potencial criminoso que encierra la asociación, que se

---

<sup>191</sup> GARCÍA AMADO, Juan Antonio (1997). “Introducción a la obra de Niklas Luhmann”. En: *La filosofía del derecho de Habermas y Luhmann*. Universidad Externado de Colombia, Bogotá, p. 172

<sup>192</sup> JAKOBS, Günther (2005). “Derecho penal del ciudadano y derecho penal del enemigo”. En: Jakobs & Cancio Meliá: *El derecho penal de enemigo*. Universidad Externado de Colombia, Bogotá, p. 18.

<sup>193</sup> SILVA SÁNCHEZ, Jesús María (2001). *La expansión del derecho penal. Aspectos de la política criminal en las sociedades postindustriales*. Editorial Civitas, p. 163.

<sup>194</sup> JAKOBS, Günther (2005). “Derecho penal del ciudadano... Ob. cit., p. 30.

conforma para cometer delitos, que suscita gran alarma colectiva, y en el consecuente deber del Estado de proteger a las demás personas de los peligros que encierra. No se trata entonces ya de hacer frente a un hecho delictivo específico sino de proteger a la sociedad de la dimensión fáctica de peligrosidad que envuelve la predisposición criminal de la organización<sup>195</sup>.

Por tanto, el Estado puede proceder de dos modos diferentes frente a los delincuentes: “Puede ver en ellos personas que delinquen, personas que han cometido un error, o individuos a los que hay que impedir mediante coacción que destruyan el ordenamiento jurídico”<sup>196</sup>. Las formas de reacción características del derecho penal del enemigo son entonces la anticipación de la protección penal acompañada del uso de penas elevadas, contrario a la reducción de pena que correspondería a tal anticipación

## **5.6. El garantismo como modelo de legitimación frente a la lucha contra la delincuencia<sup>197</sup>**

Desde la formulación del título de este trabajo se ha sugerido la contradicción existente entre las alternativas que se aplican en la lucha contra la delincuencia organizada y los principios del Estado de derecho. En efecto, de acuerdo a lo desarrollado hasta este punto, la lucha contra el crimen organizado parte de la consideración de que éste es un fenómeno de excepción frente a otras

---

<sup>195</sup> SILVA SÁNCHEZ, Jesús María (2001). La expansión del derecho penal...ob. cit., p. 165.

<sup>196</sup> JAKOBS, Günther (2005). “Derecho penal del ciudadano... Ob. cit., p. 34.

<sup>197</sup> VÉLEZ RODRÍGUEZ, Luis (2008). “La lucha contra el crimen organizado como dilema para el estado de derecho. Aproximación a una alternativa”. *Jurídicas*, Vol. 5, Núm. 2, julio-diciembre, 2008, pp. 89-108. Universidad de Caldas. Colombia.  
<https://www.redalyc.org/pdf/1290/129012573006.pdf>

formas de delincuencia, por lo tanto, la reacción debe ser a su vez excepcional. Esta reacción encuentra su principio de legitimación en que se realiza para defensa del ordenamiento jurídico, no obstante, el principio ideal del Estado de derecho rechaza cualquier alteración en este sentido: “(...) la ruptura de las reglas del juego se invoca (...) para tutela de las mismas reglas del juego; el estado de derecho se defiende mediante su negación”<sup>198</sup>.

A partir de esta incompatibilidad entre Estado de derecho y Estado de excepción la teoría garantista desarrolla sus críticas en contra de las políticas de lucha contra el crimen organizado, entre las que desatacan:

En primer lugar, la configuración de los tipos penales establece delitos de status o de resultado. La necesidad de relajar o facilitar los medios de prueba en contra de los miembros de organizaciones criminales ocasiona que su identificación se logre a través de valoraciones subjetivas de la calidad subversiva o sustancialmente antijurídica del autor<sup>199</sup>. Los tipos de asociación vienen inducidos por el paradigma del enemigo toda vez que basta la prueba de la pertenencia a la organización criminal para incurrir en el presupuesto fáctico del tipo.

Se trata entonces de un derecho penal de autor en razón a su supuesta peligrosidad y no un derecho penal con relación al hecho delictivo. Se parte de la base de la construcción de la existencia de una imagen de identidad social consolidada a la cual se contrapone una identificación de individuos como “otros”

---

<sup>198</sup> FERRAJOLI, Luigi. (2001). Derecho y razón. Editorial Trotta, Madrid, p. 814.

<sup>199</sup> Ibid., 821.



no comprendidos en la misma<sup>200</sup> que justifica el adelantamiento de la punibilidad en los casos de delitos asociativos, las altas penas, así como la flexibilización de las garantías procesales.

En segundo lugar, la negociación de las penas o la impunidad a favor de los miembros de grupos de delincuencia organizada que ofrezcan información relevante que resulte útil para infiltrar o desmantelar la organización plantea serios problemas. Desde el paradigma del enemigo el sistema negociado encuentra su legitimación en el sentido de que quien suministra información en contra de la organización a la que pertenecía ha decidido volver a la legalidad y recobrar así su status de ciudadano, es decir, cambia de bando asumiendo el riesgo de ser castigado por el grupo al que pertenecía, lo que habla a favor de un tratamiento clemente hacia él por parte del Estado<sup>201</sup>.

El uso del encarcelamiento para lograr la colaboración acompañado de la amenaza de penas desproporcionadamente altas, lo que puede llevar a la inculpación de inocentes o a la aceptación de cargos por “mentirosos” para evitar condena en juicio y aceptar los beneficios ofrecidos que suelen ser de notoria entidad. “En definitiva, se tratará, y se ha tratado, lisa y llanamente, de negociaciones desarrolladas con las tácticas y las mentiras propias de una mesa de póquer: Ninguno de los participantes dice la verdad, todos tienen algo que perder y ninguno escapa a las reglas del juego”.<sup>202</sup>

---

<sup>200</sup> CANCIO MELIÁ, Manuel. (2005). “¿“Derecho Penal” del Enemigo?”. En: Jakobs & Cancio Meliá: “El derecho penal de enemigo”. Universidad Externado Bogotá, p. 52.

<sup>201</sup> WEIGAND, Thomas. (1997). “Los sistemas penales frente al reto del crimen organizado”. *Revue Internationale de Droit Penal*, Paris, p. 561.

<sup>202</sup> VIRGOLINI, Julio. (2001). “Crimen organizado: Criminología, derecho y política”. En: Virgolini & Slokar, (Coordinadores). *Nada personal... Ensayos sobre delincuencia organizada y sistema de justicia*. Editorial Depalma. Buenos Aires: p. 60.



El proceso transaccional va acompañado de un gran poder de discreción de organismos administrativos lo cual se refleja en la consiguiente pérdida de centralidad del papel del juez<sup>203</sup> quien tiene una función apenas verificadora de la legalidad de las actuaciones y acuerdos de la negociación y no ya de la verdad procesal y la aplicación autoritaria de la pena que debe sufrir el culpable.

En resumen, las críticas del garantismo se orientan al rechazo de cualquier tratamiento diferenciado dentro del sistema jurídico penal, pues, en palabras de Ferrajoli: “La razón jurídica del Estado de derecho [...] no conoce de enemigos y amigos, sino sólo de culpables e inocentes. No admite excepción a las reglas más que como un hecho extra o antijurídico, dado que las reglas –si se las toma en serio como reglas y no como simples técnicas– no pueden ser doblegadas cada vez que conviene”<sup>204</sup>.

---

<sup>203</sup> FERRAJOLI, Luigi. (2001). Derecho y razón., ob. cit., p. 820.

<sup>204</sup> Ibid., p. 830.

## VI. CONCLUSIONES

1. En el contexto actual, pretender que el Derecho penal sea insensible a la evolución social es de todo punto impensable, por lo que debe de adaptarse a los tiempos en los que debe ser aplicado, para hacer frente , junto a los peligros clásicos, a los nuevos riesgos que vayan apareciendo; por ello que el surgimiento de la sociedad de riesgo ha traído consigo el surgimiento de nuevos problemas económicos, políticos y jurídicos; en este último han surgido nuevos tipos penales y nuevas formas de criminalidad.
2. El eficientismo penal se justifica desde la dogmática del Derecho Penal de Enemigo, el mismo que se construye a partir de una previa distinción estipulativa: la existencia de algunos sujetos que deben ser considerados como ciudadanos y la de otros que han de ser estimados y tratados como enemigos; de esta forma el modelo eficientista de derecho penal, se presenta como una visión escéptica sobre el valor de los derechos y de las garantías, considerandolo más como obstáculos para el ejercicio de la función penal.
3. El garantismo penal se justifica en la dogmática del garantismo y el constitucionalismo, que lo configura como un modelo normativo de derecho o un esquema que asegura los derechos frente al poder y establece límites a este; condicionando la legitimidad del ius puniendi punitivo para la realización y materialización de los Derechos Fundamentales, en consecuencia, un Estado de Derecho exige el uso racional ejercicio de la potestad punitiva, por lo que se proscribe todo abuso en la creación de tipos penales, penas, que afecten los principios y derechos constitucionales.

4. Dentro de la tendencia de modernización del Derecho penal es común afirmar que el Derecho penal es un instrumento necesario y adecuado para hacer frente a los nuevos riesgos de la sociedad moderna y que acepta la flexibilización de los criterios de imputación y garantías penales y procesales que ello pudiera implicar; gozando de esa forma de un carácter antigarantista, dado que supone una ruptura con las garantías penales del del modelo liberal.
5. La inevitable expansión del Derecho penal en tiempo de los derechos exige que este se haga correctamente y este no desembogue en un intervencionismo penal desmedido, mediante el que se lleve al ámbito del Derecho punitivo todo aquello que no sabe resolverse con otros instrumentos que podrían resultar adecuados o, lo que es peor, que no quisiera solucionarse con esos otros instrumentos, sencillamente , porque el orden penal sale mucho mas barato y es mas impactante de cara a la opinión pública; desembocando en una utilización simbólica del Derecho Penal o en un Derecho penal autoritario.

## VII. RECOMENDACIONES

1. A los operadores judiciales, que es necesario repensar sobre el derecho penal clásico o tradicional, no en el sentido de la formulación clásica de los derechos fundamentales expresada en el principio de legalidad como limitador formal del poder punitivo, sino ahora desde la materialidad de la constitución sustentada en los principios de proporcionalidad y razonabilidad, y los contenidos de los principios materiales de la Constitución, articulados en función de desarrollar políticas de límite del poder punitivo; pero, nunca como fundamento para legitimar el dolor que causa el poder punitivo sino para contener la violencia selectiva de la violencia punitiva.
2. A los legisladores, el derecho penal requiere asumirse como una ciencia garantista, no solo desde el punto de vista formal sino desde el punto de vista material, que conlleve a que la creación de los nuevos tipos penales y sus penas responda a las exigencia del contenido constitucional penal diseñado por la constitución o constitucionalización del derecho penal; por lo que se requiere que los legisladores hoy, más que nunca, asuman una dogmática penal garantista, que asuma el reto de profundizar y extender las técnicas tradicionales y desarrollar nuevos mecanismos de garantía, quizás la única forma de enfrentar con menos pesimismo la nueva cuestión penal.
3. A los docentes universitarios, utilizar los espacios universitarios para desarrollar nuevos criterios de interpretación de la ley penal como la interpretación conforme a la constitución, teniendo como premisa que la influencia del derecho constitucional sobre la dogmática penal a menudo se

hace concreta en la actuación del Tribunal Constitucional, en tanto supremo intérprete de la Constitución. Por ello podemos decir que el derecho constitucional incide en el derecho penal, por un lado, en cuanto se refiere a sus fundamentos.

4. Los operadores jurisdiccionales deben entrelazar permanentemente los conceptos de la dogmática penal con los postulados constitucionales e insumirlos de su contenido, con clara comprensión del objetivo: la configuración de diques de contención a la violencia del poder punitivo, con datos concretos para la construcción del programa constitucional.

## VIII. REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS

- ALBERTO, E. (2004). “¿Es posible el Derecho penal liberal?”. AA.VV. El Derecho ante la globalización y el terrorismo. Valencia: Tirant lo Blanch.
- ALVARADO, A. (2005). Garantismo Procesal contra Actuación Judicial de Oficio. Valencia: Tirant lo Blanch.
- ANGULO, P. (2006). Aportes al Derecho Penal Peruano desde la Perspectiva Constitucional. Revista Institucional No. 7. Lima: Academia de la Magistratura.
- APONTE, A. (2005). ¿Derecho penal de enemigo o Derecho penal de ciudadano?”. Bogotá: Temis.
- APONTE, A. (2007). Garantismo y Eficientismo Penal. Conferencia dictada en el Congreso Internacional de Derecho Penal. Mayo. Medellín: Universidad de Antioquia.
- APONTE, A. (2018). “El derecho penal en una perspectiva de paz: De la tensión entre “eficientismo” y garantismo en el caso colombiano”. [https://sistemasjudiciales.org/wpcontent/uploads/2018/09/notasgenerales\\_a\\_aponte.pdf](https://sistemasjudiciales.org/wpcontent/uploads/2018/09/notasgenerales_a_aponte.pdf)
- APONTE, A. (2018). “El derecho penal en una perspectiva de paz: De la tensión entre “eficientismo” y garantismo en el caso colombiano”. [https://sistemasjudiciales.org/wpcontent/uploads/2018/09/notasgenerales\\_a\\_aponte.pdf](https://sistemasjudiciales.org/wpcontent/uploads/2018/09/notasgenerales_a_aponte.pdf)
- ARANZAMENDI, L. (2011). Fundamentos epistemológicos de la de la investigación básica y aplicada al Derecho. Lima: Grijley.

- ATIENZA, Manuel (2006). El derecho como argumentación. Barcelona: Ariel.
- BACIGALUPO, E. (1984). Manual de Derecho Penal. Bogotá: Temis-Ilanud.
- BECK, Ulrich. (1998). La sociedad del riesgo. Barcelona: Paidós.
- BERGALLI, R. (1998). “La ‘eficiencia’ del sistema penal. Identificación ideológica e instrumentalización política”. Revista Nuevo Derecho Penal, Costa Rica.
- BOBBIO, N. (2001) . En su Prólogo al libro Derecho y razón. Teoría del garantismo penal de FERRAJOLI, L., Madrid: Trota.
- BRANDARIZ, J. (2009). “Seguridad ciudadana, sociedad del riesgo y retos inabordables de la política criminal”. En: Jura Gentium Rivista di filosofia del diritto internazionale e della politica globale.  
<https://www.juragentium.org/topics/migrant/es/retos.htm>
- BRAVO, B. (2020). “Derecho Penal del Enemigo”. Federación Internacional de Criminología y Criminalística.  
<https://www.facebook.com/CriminologiaCriminalistica/posts/3001330653300930/>
- BUSTOS, J. (1986). Introducción al Derecho Penal. Bogotá: Temis.
- BUSTOS, J. (1996). “Política criminal y Estado”. Revista Ciencias Penales, Agosto, Año 9, N° 12. <http://www.cienciaspenales.org>
- CANCIO, M. (2005). “¿‘Derecho Penal’ del enemigo?”. En: Derecho penal del Enemigo. Madrid: Civitas,
- CARDOSO, F. (2012). Agente encubierto y proceso penal garantista: Límites y desafíos. (tesis doctoral). España: Universidad de Salamanca.

[https://gredos.usal.es/bitstream/handle/10366/121134/DDAFP\\_CardosoFlavio\\_Tesis.pdf](https://gredos.usal.es/bitstream/handle/10366/121134/DDAFP_CardosoFlavio_Tesis.pdf).

CASTEL, R. (1999), *Les métamorphoses de la question sociale*, Paris: Gallimard.

CASTELLS, M. (1998). *La era de la información. Economía, sociedad y cultura*.

Vol. II. *El poder de la identidad*. Madrid: Alianza.

<https://trabajosocialucen.files.wordpress.com/2012/05/castells-manuel-la-era-de-la-informacic3b3n-el-poder-de-la-identidad-v-ii.pdf>

COBO DEL ROSAL, M. y VIVES, T. (1999). *Derecho Penal Parte General*, 5ta.

Edición, Valencia: Tirant lo Blanch.

DAHRENDORF, R. (1998). *Ley y orden*, traducido por Luis María Díez-Picazo,

Madrid: Civitas.

DÍEZ, J. (2005). “De la sociedad del riesgo a la seguridad ciudadana”. AA.VV.

*Derecho penal y política transnacional*, BACIGALUPO S. y CANCIO, M.

(Coord.). Barcelona: Atelier.

ENRICO, C. (2004). “La autocomprensión de la Ciencia del Derecho penal frente

a los desafíos de su tiempo”. AA. VV. *La Ciencia del Derecho penal ante*

*el nuevo milenio*. Traducido por María José Pifarré, Valencia: Tirant lo Blanch.

ESER, A.; HASSEMER, W.; BURKHARDT, B. (2004), *La ciencia del Derecho*

*penal ante el nuevo milenio*. Valencia: Tirant lo Blanch.

FERRAJOLI, L. (1995). “El derecho como sistema de garantías” En: VV.AA. *La*

*crisis del derecho y sus alternativas*. Cuadernos de Derecho Judicial.

Madrid: CGPJ.

FERRAJOLI, L. (1999). *Derecho y Garantías, la Ley del más Débil*. Madrid: Trota.



- FERRAJOLI, L. (2001). Derecho y razón. Teoría del garantismo penal. Madrid: Trota.
- FERRAJOLI, L. (2002) «Pasado y futuro del Estado de derecho». En: Revista Internacional de Filosofía Política, N° 17: (31-45).  
<https://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=173408>
- FERRAJOLI, L. (2006). "Garantías y derecho penal". En: SOTOMAYOR, J. Garantismo y derecho penal. Bogotá: Themis.
- FERRAJOLI, L. (2006). "Sobre los derechos fundamentales y sus garantías", traducción de Miguel Carbonell, Antonio de Cabo y Gerardo Pisarello, México: CNDH.
- FERRAJOLI, Luigi (1995). Derecho y razón. Teoría del garantismo penal. Segunda edición, Madrid: Trota.
- GARCÍA, E. (2002). Introducción al Estudio del Derecho. México: Porrúa.
- GARCÍA, J. (1997). "Introducción a la obra de Niklas Luhmann". La filosofía del derecho de Habermas y Luhmann. Bogotá: Universidad Externado de Colombia.
- GARLAND, D. (2005), La cultura del control. Barcelona: Gedisa.
- GASCÓN, M. (2005). "La teoría general del garantismo. Rasgos principales"  
CARBONELL, M. y SALAZAR, P. (Coords.) Garantismo : Estudios sobre el pensamiento jurídico de Luigi Ferrajoli. Madrid: Trotta.
- GASCON, M. y GARCIA, A. (2005). La argumentación en el Derecho. Lima: Palestra.
- GOZAÍNI, O. (2004). Derecho Procesal Constitucional: El Debido Proceso, Buenos Ares-Santa Fe: Rubinzal-Culzoni.

- GUARDIA, A. (2008). "Panorama del proceso penal peruano y reformas urgentes".  
<http://www.incipp.org.pe/index.php?mod=documento&com=documento-categoria&id=8&page=2>.
- HASSEMER, W. (1995). "Derecho penal simbólico y protección de bienes jurídicos". AA. VV. Pena y Estado. Traducido por Elena Larrauri, Santiago de Chile: Jurídica Cono Sur.
- HERNÁNDEZ, R. et al (2010). Metodología de la Investigación. México: McGraw-Hill.
- HERRERO, C. (2007). Criminología (parte general y especial). Madrid: Dykinson.
- HURTADO, J. (2005). Manual de Derecho Penal. Parte general. 3era edición. Lima: Grigley.
- JAKOBS, G. (2003). "El Derecho penal del ciudadano y Derecho penal del enemigo". Derecho penal del enemigo, Trad. Cancio Meliá, M. Madrid: Civitas.
- JAKOBS, G. (2004). "La autocomprensión de la Ciencia del Derecho penal ante los desafíos del presente". La Ciencia del Derecho penal ante el nuevo milenio, AA. VV., traducido por Teresa Manso Porto. Valencia: Tirant lo Blanch.
- JAKOBS, G. (2004). Sobre la normativización del derecho penal. Bogotá: Universidad Externado de Colombia.
- JAKOBS, G. (2005). "Derecho penal del ciudadano y derecho penal del enemigo". Jakobs & Cancio Meliá: El derecho penal de enemigo. Bogotá: Universidad Externado de Colombia.

- JAKOBS, G. (2006). El derecho penal ante las exigencias del presente. Bogotá: Universidad de Externado.
- JAKOBS, G. y CANCIO, M. (2003). Derecho penal del enemigo. Madrid: Civitas.
- JAKOBS, Günther (1997). Estudios de Derecho Penal. Madrid: Civitas.
- JIMÉNEZ, L. (1989). Principios de derecho penal. La ley y el delito. Argentina: Sudamericana.
- JIMENEZ, M. (2016 ). “Expansión del Derecho penal y libertades individuales”. En PRIORI POSADA, Giovanni (Coordinador). Constitución, Derecho y Derechos. Primer Encuentro de la Red de Justicia, Derecho, Constitución y proceso. Lima: Palestra - RED Justicia, Derecho, Constitución y Proceso.
- LANDA, C. (2016). “La constitucionalización del derecho procesal penal: El nuevo código procesal penal peruano en perspectiva”. En Themis – Revista de Derecho, N° 68, Lima: PUCP.
- LASCANO, C. (2004) “Principio de culpabilidad y Derecho penal del enemigo”. En: Libro de ponencias del XVI Congreso Latinoamericano, VIII Iberoamericano y I Nacional de Derecho Penal y Criminología. Lima.
- LÓPEZ, L. (2012). “El poder penal del estado”. Lima: USMP.  
[https://derecho.usmp.edu.pe/instituto/revista/articulos/2012/El\\_Poder\\_Punitivo.pdf](https://derecho.usmp.edu.pe/instituto/revista/articulos/2012/El_Poder_Punitivo.pdf)
- MANGIAFICO, D. y ALVAREZ, D. (2017). “Sociedad del riesgo y delitos de peligro abstracto”. Anuario de la Facultad de Derecho de la U. de Extremadura, N° 33. España. <https://dialnet.unirioja.es/revista/116/A/2017>.
- MARÍN, F. (2005). “Derecho penal de enemigo”. En: La Ley, Madrid.

- MEINI, I. (2009). Imputación y responsabilidad penal, ensayos de Derecho Penal. Primera edición. Lima: Ara.
- MENDOZA, B. (2003). “Gestión del riesgo y Política criminal de seguridad en la sociedad del riesgo”. AA.VV. La seguridad en la sociedad del riesgo. Un debate abierto. Barcelona: Atelier.
- MENDOZA, C. (2019). “Constitucionalismo penal” [lpderecho.pe](https://lpderecho.pe), 31 de enero <https://lpderecho.pe/constitucionalismo-penal-francisco-celis-mendoza-ayma>
- MIR, S. (1996). Derecho Penal Parte General. 4ta. Edición. Barcelona: PPU.
- MIR, S. (2006). Los límites del “IusPuniendi”, en Libro Homenaje al Profesor Raúl Peña Cabrera, Lima: Ara.
- MORENO, R. (2007). “El modelo garantista de Luigi Ferrajoli. Lineamientos generales”. En Boletín Mexicano de Derecho Comparado. XL (120), México: Universidad Nacional Autónoma de México.
- MORENO, R. (2007). “El modelo garantista de Luigi Ferrajoli. Lineamientos generales”. Boletín Mexicano de Derecho Comparado, XL (120),825-852.c. México: Universidad Nacional Autónoma de México.
- MORILLAS, L. y RUIZ, L.F. (1992). Manual de Derecho Penal - Parte General, Madrid: De Derecho Reunidas.
- MUÑOZ, F. y GARCÍA, M. (1996). Derecho Penal Parte General, 2da. Edición, Valencia: Tirant lo Blanch.
- NELLES, Ú. (2004). “La Ciencia del Derecho penal ante las tareas del futuro”. AA. VV. Ciencia del Derecho penal ante el nuevo milenio. Traducido por M. J. Pifarré. Valencia: Tirant lo Blanch.

- NEYRA, J. (2010) “Garantías en el nuevo Proceso Penal Peruano” En: Revista de la Maestría en Derecho Procesal, Vol. 4 Núm. 1. Lima: PUPC.  
<http://revistas.pucp.edu.pe/index.php/derechoprocesal/article/view/2399>.
- ORE; A: (2019). “La finalidad del proceso penal”. LP – Pasión por el Derecho.  
<https://lpderecho.pe/finalidad-proceso-penal-arsenio-ore-guardia/>
- OROZCO, I. (1999): Los peligros del nuevo constitucionalismo en materia penal. Bogotá: Temis – Universidad Nacional.
- ORTEGA, J. (2012). “El derecho en la sociedad del riesgo” . En Revista Misión Jurídica. Colombia: Universidad Colegio Mayor de Cundinamarca.  
<https://www.revistamisionjuridica.com/el-derecho-en-la-sociedad-del-riesgo/>
- PARMA, C. (2001). El pensamiento de Günther Jakobs. Mendoza: Jurídicas.
- PICÓ I., J. (2012). “El derecho procesal entre el garantismo y la eficacia: Un debate mal planteado”. Revista Iberoamericana de Derecho Procesal.  
<http://www.uru.edu/fondoeditorial/revista/pdf/rcj/v6.n1/El%20Derecho%20Procesal%20entre%20el%20garantismo.pdf>.
- POLAINO–ORTS, M. (2006). Derecho penal del enemigo. Desmitificación de un concepto. Lima: Grijley.
- PORTILLA, G. (2001). “La legislación de lucha contra las no personas: represión legal del enemigo”.<http://www.iujaen.org/jornadas/documentos/no-personas.rtf>..
- PRIORI, G. (2019). El proceso y la tutela de derechos. Lima: Editorial de la PUCP

- RAFECAS, D. (2004): “Una aproximación al concepto de garantismo penal” En: Revista Lecciones y Ensayos, N° 80, Universidad de Buenos Aires. <http://www.derecho.uba.ar/publicaciones/lye/revistas/80/una-aproximacion-al-concepto-de-garantismo-penal.pdf>.
- REAL ACADÉMICA ESPAÑOLA (2002). Diccionario. Madrid: Espasa Calpe.
- RESTREPO, H. (2007). Derecho Penal Internacional: entre garantismo y eficientismo. Criterio Jurídico, V. 7, Santiago de Cali, (427-451). <https://revistas.javerianacali.edu.co/index.php/criteriojuridico/article/view/288>
- REVELLI, M. (2002), Más allá del siglo XX. Barcelona: El Viejo Topo.
- ROBLES, L. et al (2012). Fundamentos de la investigación científica y jurídica. Lima: Fecatt.
- RODRÍGUEZ, R. (2005). “¿Calidad de la justicia? Eficacia y eficiencia en la administración de justicia”. Ensayo presentado I foro sobre transparencia y excelencia judicial en el Salvador, 27-8-05, San Salvador. <http://biblioteca.cejamericas.org/bitstream/handle/2015/1838/calidaddelajusticia.pdf>.
- ROMERO, H., PALACIOS, J. y ÑAUPAS, H. (2018). Metodología de la investigación jurídica. Lima: Grijley.
- ROSALES, E. (2005). “Sistema penal y Estado Constitucional en Venezuela” . Capítulo criminológico: revista de las disciplinas del Control Social. Vol.33, Num. 4, (469-515). <https://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=2147473>

- ROSAS, J. (2009). Derecho Procesal Penal: Con aplicación al Nuevo Código Procesal Penal. Primera edición. Lima: Jurista.
- SÁEZ, J. (2010). “El garantismo penal la lógica contrapuesta de carácter represivo”.  
[www.uss.edu.pe/2.-%20EL%20GARANTISMO%20PENAL,%20LA%2234](http://www.uss.edu.pe/2.-%20EL%20GARANTISMO%20PENAL,%20LA%2234).
- SALINAS, J. (1995). “La eficiencia en la administración de justicia. Las Salas de lo Contencioso de los Tribunales Superiores de Justicia”. Revista de Economía Aplicada, Número 8 (Vol. III). Bogotá: Universidad de Extremadura.  
[http://www.revecap.com/revista/numeros/08/pdf/pedraja\\_salinas.pdf](http://www.revecap.com/revista/numeros/08/pdf/pedraja_salinas.pdf)
- SOSA, J. (2010). El debido proceso, estudios sobre derechos y garantías procesales. Lima: Gaceta Jurídica.
- VELASCO, E. (2006). La delincuencia en la Era de la Globalización. México: Porrúa.
- VÉLEZ, L. (2008). “La lucha contra el crimen organizado como dilema para el estado de derecho. Aproximación a una alternativa”. Jurídicas, Vol. 5, Núm. 2, julio-diciembre, 2008, (89-108). Colombia: Universidad de Caldas.  
<https://www.redalyc.org/pdf/1290/129012573006.pdf>
- VÍLCHEZ, M. (2018). “Garantismo penal. Crisis del derecho”. <https://ficp.es/wp-content/uploads/2018/01/Mar%C3%ADa-%C3%81ngeles-V%C3%ADlchez-Gil-Garantismo-penal.-Crisis-del-Derecho.pdf>
- VÍQUEZ A. (2006). “Derecho penal del enemigo ¿Una quimera dogmática o un modelo orientado al futuro”. <http://www.politicacriminal.cl>.
- VIRGOLINI, J. (2001). “Crimen organizado: Criminología, derecho y política”. Virgolini & Slokar, (Coordinadores). Nada personal... Ensayos sobre delincuencia organizada y sistema de justicia. Buenos Aires: Depalma.

- VIRGOLINI, J. (2004). Crímenes excelentes. Delitos de cuello blanco, crimen organizado y corrupción. Buenos Aires: Del Puerto.
- WEIGAND, T. (1997). “Los sistemas penales frente al reto del crimen organizado”. Paris: Revue Internationale de Droit Penal.
- YOUNG, J., (2003), La sociedad "excluyente". Madrid: Marcial Pons.
- ZAFFARONI, E. (2006). El enemigo en el derecho penal. Bogotá: Ibáñez.
- ZAFFARONI, E. (1986). Manual de Derecho Penal. Tomo I, Lima: Jurídicas.
- ZAFFARONI, E. (1998), “La creciente legislación penal y los discursos de emergencia”, Teorías Actuales en el Derecho Penal. Buenos Aires: Ad-Hoc.
- ZAFFARONI, E. (2005). “Es posible un Derecho penal del enemigo no autoritario”, en Libro Homenaje al Prof. Dr. Gonzalo Rodríguez, Madrid: Civitas.
- ZELAYARAN, M. (2007). Metodología de la investigación jurídica. Lima: Jurídicas.



## VI. ANEXO: MATRIZ DE CONSISTENCIA LÓGICA

### TITULO: EL GARANTISMO Y EFICIENTISMO PENAL FRENTE A LA LUCHA CONTRA LA DELINCUENCIA EN EL PERÚ

PROBLEMAS	OBJETIVOS	HIPÓTESIS	VARIABLES	ASPECTOS METODOLÓGICO
<p><b>Problema general</b> ¿Cuáles son las tensiones y contradicciones que presentan el garantismo y eficientismo penal respecto del ejercicio de punición estatal frente a la lucha contra la delincuencia en el Perú?.</p> <p><b>Problemas específicos</b></p> <p>a) ¿Cuál es el tratamiento jurídico y dogmático del problema de la delincuencia por parte del garantismo penal y el eficientísimo penal?</p> <p>b) ¿Cuáles son las manifestaciones del garantismo y eficientismo penal en nivel de las normas sustantivas y adjetivas en la lucha contra la delincuencia?</p> <p>c) ¿Qué problemas y críticas se plantean al garantismo penal y eficientismo penal en el tratamiento juridifico de la delincuencia en el proceso penal peruano?</p> <p>d) ¿Existe razones jurídicas para justificar si es necesario la compatibilizar o armonizar el modelo del eficientísimo penal y el derecho penal garantista para hacer frente a la lucha contra la delincuencia?</p>	<p><b>Objetivo general</b> Analizar las tensiones y contradicciones que presentan el garantismo y eficientismo penal respecto del ejercicio de punición estatal frente a la lucha contra la delincuencia en el Perú.</p> <p><b>Objetivos específicos</b></p> <p>a) Describir el tratamiento jurídico y dogmático del problema de la delincuencia por parte del garantismo penal y el eficientísimo penal.</p> <p>b) Explicar las manifestaciones del garantismo y eficientismo penal en nivel de las normas sustantivas y adjetivas en la lucha contra la delincuencia.</p> <p>c) Establecer los problemas y críticas que se plantean al garantismo penal y eficientismo penal en el tratamiento juridifico de la delincuencia e inseguridad.</p> <p>d) Justificar si es necesario la compatibilización o armonización del modelo del eficientísimo penal y el derecho penal garantista para hacer frente a la lucha contra la delincuencia.</p>	<p>El papel de los derechos y garantías; la justificación racional ejercicio de la potestad punitiva; la legitimación del ejercicio de la función penal, y garantizar la igualdad real entre las partes constituyen las principales tensiones que presenta garantismo y el eficientismo penal, frente al surgimiento de nuevas formas e incremento de la delincuencia e inseguridad ciudadana y su afán de poner coto a dichos fenómenos delictivos.</p>	<p><b>Variable Independiente (X):</b> Las tensiones entre el garantismo y el eficientismo penal Indicadores:</p> <ul style="list-style-type: none"> <li><input type="checkbox"/> Derecho penal del ciudadano</li> <li><input type="checkbox"/> Derecho penal del enemigo</li> <li><input type="checkbox"/> Papel de los derechos y garantías</li> <li><input type="checkbox"/> Justificación racional ejercicio de la potestad punitiva</li> <li><input type="checkbox"/> Legitimación del ejercicio de la función penal,</li> <li><input type="checkbox"/> Igualdad real entre las partes</li> </ul> <p><b>Variable Dependiente (Y):</b> Lucha contra la delincuencia e inseguridad Indicadores</p> <ul style="list-style-type: none"> <li><input type="checkbox"/> Sociedad de riesgo</li> <li><input type="checkbox"/> Derecho penal de emergencia</li> <li><input type="checkbox"/> Sistema de garantías</li> <li><input type="checkbox"/> Garantías penales</li> <li><input type="checkbox"/> Derechos constitucionales</li> <li><input type="checkbox"/> Flexibilización de las garantías</li> </ul>	<p><b>TIPO DE INVESTIGACIÓN:</b> Dogmática <b>TIPO DE DISEÑO:</b> No Experimental <b>DISEÑO GENERAL:</b> Transversal <b>DISEÑO ESPECÍFICO:</b> Explicativa <b>UNIDAD DE ANALISIS:</b> Estará será Documental conformada por la Doctrina, Normatividad y jurisprudencia. <b>PLAN DE RECOLECCIÓN, PROCESAMIENTO Y ANALISIS</b></p> <ul style="list-style-type: none"> <li>▪ Identificación del lugar donde se buscó la información.</li> <li>▪ Identificación y registro de las fuentes de información.</li> <li>▪ Recojo de información en función a los objetivos y variables.</li> <li>▪ Análisis y evaluación de la información.</li> <li>▪ Sistematización de la información</li> </ul> <p>Para el análisis de la información se empleará la técnica de análisis cualitativo: Triangulación de teorías. <b>INSTRUMENTO(S) DE RECOLECCIÓN DE LA INFORMACIÓN</b> Recojo de información: Técnica documental Instrumentos: Fichas y la técnica de análisis de contenido cuyo instrumento es la ficha de análisis de contenido. <b>ANALISIS DE LA INFORMACIÓN</b> Para el análisis de la información se empleó la técnica cualitativa y la triangulación de teorías. <b>VALIDACIÓN DE LA HIPOTESIS:</b> Método de la argumentación jurídica.</p>

