



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

ESCUELA DE POSTGRADO

**LOS PRINCIPIOS CONSTITUCIONALES LIMITADORES
DEL IUS PUNIENDI ESTATAL EN EL
NEOCONSTITUCIONALISMO Y DERECHO PENAL
GARANTISTA**

Tesis para optar el grado de maestro

en Derecho

Mención en Derecho Procesal y Administración de Justicia

GUZMÁN GUERRERO CARLOS JOEL

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

Huaraz – Ancash – Perú

2021

Nº. Registro: T0787

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 Académico

Trabajo de Investigación

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".

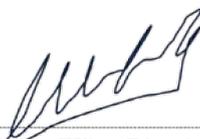
12. Para ser verificado por la Dirección del Repositorio Institucional

Fecha de Acto de sustentación:

Huaraz,

Firma:




Varillas Wiliam 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

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

Bachiller: **CARLOS JOEL GUZMAN GUERRERO**

Título : **"Los principios constitucionales limitadores de IUS PUNIENDI estatal en el neoconstitucionalismo y derecho penal garantista"**

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

Aprobado por unanimidad, 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 Maestro y Doctor, queda en condición de ser aprobado por el Consejo de la Escuela de Postgrado y recibir el Grado Académico de Maestro en Derecho con Mención en Derecho Procesal y Administración de Justicia a otorgarse por el Honorable Consejo Universitario de la UNASAM.

Huaraz, 29 de enero del 2019


Mg. Florentino Obregón Obregón
PRESIDENTE


Dr. Luis Wilfredo Robles Trejo
VOCAL


Mag. Armando Cora Rodríguez
SECRETARIO

MIEMBROS DEL JURADO

Magister

Florentino Obregón Obregón

Presidente

A handwritten signature in black ink, consisting of a series of vertical strokes followed by a horizontal line and a large, sweeping flourish that extends to the left and then loops back to the right, crossing the horizontal line.

Magister

Armando Coral Rodríguez

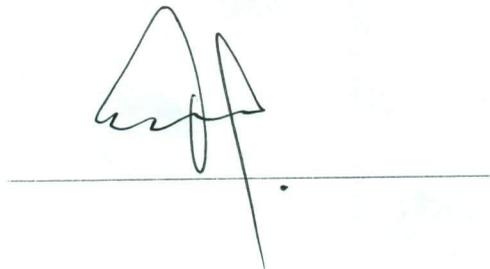
Secretario

A handwritten signature in black ink, featuring a large, stylized initial 'A' followed by several loops and a long, sweeping flourish that extends downwards and to the left, crossing the horizontal line.

Doctor

Luis W. robles Trejo

Vocal

A handwritten signature in black ink, starting with a large, stylized initial 'L' followed by several loops and a long, sweeping flourish that extends downwards and to the right, crossing the horizontal line.

ASESOR

Doctor Luis Wilfredo Robles Trejo

AGRADECIMIENTO

- A Dios por sus bendiciones
- A la Escuela de Postgrado de la UNASAM por concretar un anhelo personal y profesional.
- A los docentes de la EPG-UNASAM por sus enseñanzas y conocimientos compartidos.

DEDICATORIA

A mis abuelos (q.e.p.d) por sus sabios
consejos.

A mis padres Carlos y Josefina por su
ejemplo.

A mis hijos por su ternura.

ÍNDICE

| | Página |
|---|---------------|
| Resumen..... | x |
| Abstract..... | xi |
| I. INTRODUCCIÓN..... | 1-7 |
| Objetivos..... | 6 |
| Hipótesis..... | 6 |
| Variables..... | 7 |
| II. MARCO TEÓRICO..... | 8-50 |
| 2.1. Antecedentes..... | 8 |
| 2.2. Bases teóricas..... | 11 |
| 2.2.1. Neoconstitucionalismo..... | 11 |
| 2.2.1.1. Generalidades..... | 11 |
| 2.2.1.2. Sentido del neoconstitucionalismo..... | 14 |
| 2.2.1.3. Rasgos distintivos del Neoconstitucionalismo como Teoría del Derecho..... | 18 |
| 2.2.1.4. Consecuencias del neoconstitucionalismo..... | 23 |
| 2.2.2. Constitución y los principios constitucionales..... | 27 |
| 2.2.3. El ius puniendi del Estado..... | 39 |
| 2.2.3.1. Ámbito conceptual..... | 39 |
| 2.2.3.3. Fundamentos..... | 42 |
| 2.3.4. Manifestaciones del ejercicio del poder punitivo estatal..... | 46 |

| | |
|---|---------|
| 2.3. Definición de términos | 48 |
| III. METODOLOGÍA | 51- 55 |
| 3.1. Tipo y diseño de investigación..... | 51 |
| 3.2. Plan de recolección de la información y/o diseño estadístico | 52 |
| - Población | 52 |
| - Muestra | 53 |
| 3.3. Instrumentos(s) de recolección de la información | 54 |
| 3.4. Plan de procesamiento y análisis de la información..... | 54 |
| IV. RESULTADOS | 56-115 |
| V. DISCUSIÓN | 116-159 |
| VI. CONCLUSIONES | 160-161 |
| VII. RECOMENDACIONES | 162-163 |
| VIII. REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS | 164-174 |
| ANEXO: MATRIZ DE CONSISTENCIA | 175 |

RESUMEN

La presente investigación tuvo por finalidad analizar el tratamiento dogmático, de los principios constitucionales limitadores del ius puniendi estatal en el marco del neoconstitucionalismo y del derecho penal garantista, para lo cual se desarrolló una investigación básica, no experimental, longitudinal y explicativa. Concluyendo que existe un amplio consenso doctrinal en entender que los principios que limitan el ejercicio del ius puniendi estatal se fundan en la Constitución al establecer su justificación y límites; el punitivismo es una expresión de la negación del derecho penal garantista y de los límites constitucionales del ius puniendi estatal manifestándose como un derecho penal diferenciado y excepcional; el derecho penal garantista en un Estado de Derecho es una manifestación del Derecho penal mínimo, cuyas garantías, son tanto en su vertiente sustancial como procedimental; donde los principios constitucionales que limitan el ius puniendi estatal se convierten en meros formalismos, cuando la violencia punitiva desborda su ámbito legítimo de actuación, cuando vulnera los principios rectores que limitan su intervención, cuando se desvía de los principios que consagra la Constitución; cuando afecta los fines del modelo de Estado diseñado por la constitución; siendo uno de los principales problemas el de su legitimidad en el ámbito de su intervención convirtiéndolo en un derecho penal de prima ratio, caracterizado por la falta de racionalidad de la ley penal.

Palabras clave: Constitución, Principios constitucionales, Ius puniendi estatal, Neoconstitucionalismo, Derecho penal garantista.

ABSTRACT

The purpose of this research was the purpose of this research was to analyze the dogmatic treatment of the limiting constitutional principles of the state *ius puniendi* within the framework of neo-constitutionalism and guaranteed criminal law, for which a basic, non-experimental, longitudinal research was developed and explanatory. Concluding that there is a broad doctrinal consensus in understanding that the principles that limit the exercise of state *ius puniendi* are based on the Constitution when establishing its justification and limits; punitivism is an expression of the denial of guaranteed criminal law and of the constitutional limits of the state *ius puniendi*, manifesting itself as a differentiated and exceptional criminal law; Guaranteed criminal law in a State of Law is a manifestation of the minimum criminal law, whose guarantees are both in their substantive and procedural aspects; where the constitutional principles that limit state *ius puniendi* become mere formalities, when punitive violence exceeds its legitimate scope of action, when it violates the guiding principles that limit its intervention, when it deviates from the principles enshrined in the Constitution; when it affects the purposes of the State model designed by the constitution; one of the main problems being its legitimacy in the scope of its intervention, making it a *prima ratio* criminal law, characterized by the lack of rationality of the criminal law.

Key Words: Constitution, Constitutional principles, State *Ius puniendi*, Neoconstitutionalism, Guaranteed criminal law.

I. INTRODUCCIÓN

El ejercicio del iuspuniendi del Estado o derecho a castigar se puede justificar en distintas concepciones ideológicas y políticas, en la presente investigación lo haremos partiendo de la concepción del neoconstitucionalismo y del Estado social y democrático de Derecho, donde el ejercicio del poder encuentra su fundamento y justificación en la Constitución, permitiendo un uso racional del mismo y legitimado por el respecto de su contenido dogmático y orgánico.

Por ello, la Constitución ha sido uno de los fenómenos más debatido en los últimos tiempos, tanto en el ámbito del Derecho como en el de las Ciencias Políticas, lo que nos lleva a considerar la importancia de la misma, y aún más, cuando vemos que todos los países poseen una Constitución, aunque cada una con contenidos muy distintos, debido obviamente a que toda sociedad tiene una realidad distinta, y por lo tanto cada Constitución debe reflejar dicha realidad.

En ese sentido, el Estado puede cumplir ese cometido de servir de eje o cúspide de la organización social porque dispone de dos tipos de medios: el monopolio del uso (autorizado) de la fuerza, con los correspondientes instrumentos a tal efecto, y herramientas económicas que detrae de la propia sociedad. Cuando estamos en un Estado de Derecho, ambos tipos de medios se procuran y se emplean con arreglo a las normas jurídicas, no libérrimamente.

Pero con ello hemos dado de nuevo el salto a lo normativo. Un Estado puede, fácticamente, aplicar a su ius imperium o fuerza sobre sus ciudadanos, aunque normativamente, con arreglo a Derecho, al Derecho de ese Estado (si es un Estado

de Democrático de Derecho), no deba hacerlo, no le esté permitido hacerlo. Mas, si lo hace, no deja de ser Estado, en el sentido de supremo poder social, aunque deje de ser Estado de Derecho y aunque con arreglo a las pautas que proporcionan determinados sistemas político-morales hoy predominantes en nuestro contexto cultural deje de ser un Estado legítimo.

Ello, implica que los tres componentes de dicha fórmula (Estado de Derecho, Estado Social y Estado Democrático) servirán de base a los distintos límites que a juicio de Mir Puig deben respetar el legislador y los demás órganos encargados de ejercer la función punitiva¹.

La función punitiva del Estado social y democrático se origina en su soberanía para identificar como punibles ciertas conductas y establecer la sanción correspondiente (Derecho Penal subjetivo). En nuestro caso, partimos del modelo de Estado social y democrático de Derecho. Así, el principio de Estado de Derecho busca el sometimiento del poder punitivo al derecho; el principio de Estado social sirve para dar legitimidad a la función de prevención en función a la protección de la sociedad; y, el principio de Estado democrático pone al Derecho Penal al servicio del ciudadano.

Así pues, el *ius puniendi* estatal en sentido subjetivo no es otra cosa que la facultad que a alguien o algunos el sistema jurídico reconoce para sentar y aplicar castigos, y, en sentido objetivo, se trata del conjunto de las normas sancionadoras

¹ Cfr. MIR PUIG, Santiago (2002). *Derecho Penal. Parte General*. 6ª Edición. Editorial Reppertor. Barcelona.

así establecidas y de las prácticas de su aplicación con arreglo a las normas del sistema jurídico.

Por consiguiente, las preguntas decisivas serán dos, según que, respectivamente, nos coloquemos en un plano descriptivo o en un plano filosófico-político. Desde el primero, el interrogante, propio de la más estricta y pertinente dogmática jurídica, versará sobre a quiénes, por qué procedimientos y con qué límites permite un determinado sistema jurídico fijar las normas que prevén castigos y a quiénes, por qué procedimientos y con qué límites ese sistema jurídico permite o manda aplicar esos castigos.

Desde el segundo, eminentemente valorativo, cabe preguntarse a quién y con qué procedimientos y límites le debe estar permitido dictar esas normas sancionadoras y aplicarlas, si queremos construir un sistema jurídico-político y un modelo de organización social justos o lo más justos posible. No está de más invocar aquí aquel rigor metodológico que tanto obsesionaba a Kelsen, a fin de no confundir la realidad con el deseo y de no caer en la impostura de hacer pasar por descripciones de lo que hay lo que no son más que las aspiraciones o ideas morales del expositor de turno.

Por ende, el problema de los principios legitimantes del poder sancionador del Estado es tanto constitucional como jurídico – penal². En este sentido, su legitimación extrínseca proviene de la Constitución y los tratados internacionales;

² BACIGALUPO, Enrique (1990). Principios de Derecho Penal Parte General, 5a. ed., Editorial Akal, Madrid, p. 17. Así mismo BUSTOS RAMÍREZ, Juan / HORMAZÁBAL, Hernán (1997). Lecciones de derecho penal Vol. I, Editorial Trotta, Madrid. p. 64)

pero su legitimación intrínseca se basa en una serie de principios específicos. Aun así “todos son igualmente importantes en la configuración de un derecho penal respetuoso con la dignidad y libertad humana, meta y límite del Estado social y democrático de derecho, y por tanto de todo su ordenamiento jurídico”³.

En consecuencia, cuando estos límites actúan en la creación de las normas penales, se les denomina límites materiales o garantías penales; pero cuando actúan durante la aplicación de las normas penales, reciben la denominación reciben la denominación de límites formales o garantías procesales, de persecución o de ejecución.⁴

Para ello, se ha estructurado la investigación, de la siguiente manera:

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 que justificaron el problema de

³ MUÑOZ CONDE, Francisco / GARCÍA ARÁN, Mercedes (1996). Derecho Penal Parte General, 2a. ed., Editorial Tirant lo blanch, Valencia, p. 69

⁴ BUSTOS RAMÍREZ, Juan / HORMAZÁBAL, Hernán (1997). Ob. cit, pp.64-65; GARCÍA-PABLOS DE MOLINA, Antonio (2000). Derecho Penal Introducción, Servicio de Publicaciones de la Facultad de Derecho de la Universidad Complutense, Madrid, pp.319-320.

investigación y por otro lado dar sustento al trabajo de investigación, enfocados sobre las teorías jurídicas que describen y explican cada una de las variables.

Asimismo, comprendió el desarrollo de la **metodología**, que involucro: el tipo y diseño de investigación, el plan de recolección de la información, 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, y determinar las posiciones dogmáticas sobre el problema, los alcances y limitaciones de la regulación normativa y los argumentos jurisprudenciales 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 al que se han arribado, las recomendaciones del caso, y las referencias bibliográficas citadas y consultadas en el proceso de investigación.

OBJETIVOS

Objetivo general

Analizar la validez y legitimidad de los principios constitucionales como parámetros a la limitación del ius puniendi estatal en el marco del neoconstitucionalismo y del derecho penal garantista.

Objetivos específicos

- a) Determinar los cuestionamientos al ius puniendi estatal desde el marco del Neoconstitucionalismo y del derecho penal garantista.
- b) Explicar cuál es la necesidad de los límites y la lógica de los principios al ius puniendi estatal en el marco del neoconstitucionalismo y derecho penal garantista.
- c) Describir los principios constitucionales limitadores del ius puniendi estatal y que contenidos se derivan de ellas en el marco del neoconstitucionalismo y derecho penal garantista.
- d) Establecer cuáles son los límites que ejercen influencia sobre el legislador cuando elabora y aprueba leyes penales en el marco del Neoconstitucionalismo y del derecho penal garantista.

HIPÓTESIS

El ascenso de los principios constitucionales como mandatos normativos en el neoconstitucionalismo determina la validez y legitimidad de la limitación del ius puniendi estatal, justificando la configuración del derecho penal garantista

basado en los principios de dignidad humana, interdicción de la arbitrariedad, legalidad, proporcionalidad, los mismos que actúa como límites al ius puniendi estatal; a fin de que no se convierta en arbitraria e ilegítima.

VARIABLES

Variable Independiente (X):

Los principios constitucionales

Variable Dependiente (Y):

Los límites del ius puniendi estatal

II. MARCO TEÓRICO

2.1. Antecedentes de investigación

Realizado la búsqueda de los antecedentes, se ha podido encontrar las siguientes investigaciones relacionadas a nuestra investigación, perteneciente:

Alex Edgardo Huaman Jaimes (2018). “La proporcionalidad como método de maximización de certeza en la expedición de sentencias penales” Tesis para optar el grado de Doctor en Derecho. Escuela de Post Grado de la Universidad Nacional de Ancash “Santiago Antúnez de Mayolo”. Huaraz. La presente investigación tuvo como finalidad determinar cómo el principio de proporcionalidad se erige como el método de resolución de conflictos jurídicos del sistema de justicia penal, en clave constitucional, bloque constitucional y canon de convencionalidad. Se explica y desarrolla el principio de proporcionalidad como una estructura argumentativa que nos permite interpretar principios constitucionales y aportar soluciones jurídicas cuando diversos derechos fundamentales están en colisión. Este principio maximiza los derechos fundamentales de acuerdo con sus posibilidades fácticas y jurídicas, a través del tránsito por sus tres sub principios: la idoneidad, la necesidad y la proporcionalidad, nos permitirá escoger cuál de los derechos en colisión debe prevalecer en un determinado caso concreto. Para tal propósito, se ha realizado una investigación dogmática jurídica de tipo no experimental, de diseño general transversal, específicamente causal explicativo.

Cruz Nicasio Liz Marizel (2017). “El ius puniendi del estado frente a las alternativas a las penas privativas de libertad en el derecho penal garantista” Tesis

para optar el título profesional de Abogado, Universidad Nacional Santiago Antúnez de Mayolo. El objetivo de la investigación fue realizar un análisis jurídico sobre la relación que existe entre el ius puniendi del Estado frente a las alternativas a las penas privativas de libertad en el derecho penal garantista en el Perú. La investigación ha demostrado que las innovaciones introducidas en el sistema penal, tales como las alternativas al encierro, las reparaciones a las víctimas, la Mediación Penal y los principios de la Justicia Restaurativa frente a la relación negativa y contradictoria existente entre el poder punitivo del Estado frente a las alternativas a las penas privativas de libertad; y que el derecho penal garantista justifica que la posibilidad de sustitución para determinados delitos-delitos leves - y no la extensión para todos los delitos, siendo admisible la prisión o para los delitos graves; así como que la dignidad humana, fines de la pena, proporcionalidad, razonabilidad constituyen los límites al poder punitivo del Estado para la aceptación e incorporación de alternativas a las penas privativas de libertad en el marco del derecho penal garantista en el Perú.

Rojas Rodríguez, Héctor Fidel (2014). “Los principios constitucionales limitadores del Ius Puniendi ¿Qué límites rigen el Derecho Administrativo Sancionador en el Perú?”. Tesis para optar el grado de Magister en Derecho Constitucional, Pontificia Universidad Católica del Perú, El presente trabajo pretende analizar el ordenamiento sancionador público en el Perú, poniendo en evidencia algunos problemas y limitaciones que lo aquejan, en cuanto a la aplicación respetuosa de las garantías que rigen, desde la Constitución, para toda norma sancionadora. En particular, se analiza la problemática que afecta a una

manifestación de ese ordenamiento sancionador público: el Derecho Administrativo Sancionador peruano. Admitir que el Derecho Administrativo Sancionador patrio muestra hoy características muy similares a las de aquel derecho represivo prebeccariano, al que hace referencia el texto citado, no es una ligereza. Como sucedía en aquel contexto en España, el Derecho Administrativo Sancionador en el Perú no tiene un desarrollo teórico, normativo o jurisprudencial, que respete las exigencias de un Estado Social y Democrático de Derecho. Contrariamente, se evidencia un claro desorden y falta de sistematicidad de las normas que regulan la imposición de sanciones de carácter administrativo.

García Salazar Mariella Julissa (2019). “Constitucionalización del proceso penal como límite al ius puniendi del estado aplicado en el nuevo código procesal penal”. Tesis para optar el grado de Magister. Universidad Nacional Federico Villarreal. Lima. El Estado hace efectivo el ius puniendi, es decir, su poder de coerción, dentro del proceso penal, a través de las distintas medidas coercitivas, tanto las de carácter personal como las de carácter real, unas y otras no son ilimitadas, pues al estar es un Estado de Derecho, las leyes le fijan una serie de límites a ese ius puniendi, tal es el caso de las medidas coercitivas de carácter personal, que son una injerencia directa y concreta al derecho a la libertad de las personas, que se da mediante medidas limitativas y privativas de esta libertad.

Mauricio Casasfranco Donado (2017). Derecho penal y constitución: los acuerdos de la habana en materia de justicia a la luz de los principios del derecho penal. Trabajo de Grado. Pontificia Universidad Javeriana. Bogotá. La suscripción por parte del Gobierno Nacional de un Acuerdo con las llamadas Farc-Ep, en el cual

se abordaron diversas problemáticas de tipo social, político y jurídico, obliga a tratar de precisar los alcances jurídico-penales de esa negociación, con particular énfasis en los fines de la pena y, por ende, del derecho penal, para precisar si se respetan o no los cometidos que la Constitución y la ley penal le asignan a la sanción; por supuesto se debe inscribir esta reflexión en el marco de las normatividades internacionales y de los diversos convenios sobre la materia. A esas metas están dirigidas las presentes reflexiones que, obvio es decirlo, se enmarcan en un plano más general en la discusión sobre la justicia transicional y la justicia restaurativa.

2.2. Bases teóricas

2.2.1. Neoconstitucionalismo

2.2.1.1. Generalidades

El neoconstitucionalismo nace de la ruptura de las rígidas normas positivistas, bajo la premisa de que la rama de la ciencia jurídica –que es fundamental para la organización del Estado y la protección de los derechos de los individuos– debe realizar un esfuerzo por ser más que la aplicación estricta de una norma positivizada, para convertirse en un medio, con el cual el Estado procure la mayor satisfacción de los derechos de su elemento humano.⁵

En tal sentido, el neoconstitucionalismo se presente como una nueva concepción que busca resolver los problemas del derecho y cuyas características

⁵ ANCHALUISA SHIVE, Christian (2013). “El neoconstitucionalismo transformador andino y su conexión con el Derecho Internacional de los Derechos Humanos”. En: Línea Sur N° 5, p. 115. Bolivia. Disponible: <https://www.corteidh.or.cr/tablas/r32326.pdf>

son propias de una innovadora corriente que, en sí misma, encierra un giro fundamental en la visión del funcionamiento del Estado y el ejercicio de los derechos.

Al respecto, Comanducci afirma que: neoconstitucionalismo designa, [...] en una primera acepción, una teoría y/o una ideología y/o un método de análisis del derecho. En una segunda acepción, designa algunos elementos estructurales de un sistema jurídico y político, que son descritos y explicados por el (neo) constitucionalismo como teoría, o que satisfacen los requisitos del (neo) constitucionalismo como ideología.⁶

Por otro lado, la interpretación del Derecho es una tarea indesligable para el juez desde el momento en que debe resolver conflictos sometidos a su conocimiento. García Figueroa⁷ hace una reflexión válida al preguntarse que, si los jueces por siglos siempre resolvieron los conflictos basados en los expedientes, el conocimiento de la ley y cierto sentido común, ¿por qué ahora las cosas tendrían que cambiar hacia nuevos horizontes argumentativos y con nuevos parámetros trazados por las teorías de la argumentación jurídica?

En realidad, las teorías de la argumentación jurídica, sustancialmente apoyadas en bases del Derecho Constitucional, aportan a que los juristas sean más conscientes de su propio quehacer y sobre todo, hacen trascendente la labor

⁶ COMADUCCI, Paolo (2002) *Formas de neoconstitucionalismo: Un análisis metateórico*. Génova: Isonomía. p. 89.

⁷ GARCIA FIGUEROA, Alfonso y GASCON ABELLÁN, Marina (2003). *La argumentación en el derecho. Algunas cuestiones fundamentales*. Palestra Editores, Lima, p. 54.

interpretativa del juez. De igual forma, coadyuvan a que los jueces puedan manejar estándares argumentativos y brinden a sus decisiones una suficiente motivación.

En tal sentido, la interpretación en el Estado neoconstitucional asume un contexto diverso al de la justicia común. Se exige, en sede de derechos fundamentales, una motivación de contenidos más profundos, de discernimiento de supra valores en relación a los derechos esenciales de las personas, y se busca, como fin supremo, la compatibilidad entre los principios, valores y directrices que emanan de la Constitución y los conflictos que atañen a las personas⁸.

En ese modo, la interpretación constitucional marca una sustancial diferencia con la tradicional interpretación del Derecho que manejamos en otros ámbitos del ordenamiento jurídico, en los cuales la observancia del principio de legalidad, la prevalencia de la ley y el acatamiento del principio de congruencia, representan otro modo de discernir los conflictos jurídicos, modalidad que en rigor, no es tampoco ajena al Derecho Constitucional pues esta última disciplina aborda tanto normas-regla como normas- principio.

En ese orden de ideas, habrá controversias jurídicas, casos fáciles en la terminología de Atienza⁹, para los cuales bastará una fórmula silogística, y a su vez, habrán casos difíciles y trágicos, siguiendo al mismo profesor de la Universidad de Alicante, los cuales revelarán de un lado, los primeros, mayor complejidad por el

⁸ *Ibíd*em

⁹ ATIENZA, Manuel (2005). *“Los límites de la interpretación constitucional”*. En: Ferrer MacGregor, Eduardo. (Coordinador) *Interpretación constitucional*. Tomo I, Editorial Porrúa, México, p. 121.

número de premisas normativas y fácticas, y los segundos, verdaderos dilemas morales.

Pretendemos, en suma, denotar un activismo interpretativo que resulta hoy protagonista en el Estado neoconstitucional, confiriendo prevalencia al juez constitucional, asignándole al mismo la aplicación de más principios que reglas e inclusive proyectando lo que viene a denominarse ya la irrupción en el ámbito de lo jurídico, del Estado jurisdiccional.

2.2.1.2. Sentido del neoconstitucionalismo

La definición más óptima de neoconstitucionalismo, a nuestro juicio, la brinda, entre varios autores, Luis Prieto Sanchís¹⁰, para quien esta novísima expresión del tradicional Estado constitucional, implica, vía el Estado neoconstitucional, “un cierto tipo de Estado de derecho, (...) una teoría del derecho (...) y una ideología que justifica o defiende la fórmula política designada”.

En cuanto a concebirlo como un Estado de derecho, señala el autor español¹¹ que “es el resultado de la convergencia de dos tradiciones constitucionales: la tradición norteamericana originaria que concibe a la Constitución como regla de juego de la competencia social y política; y la de la revolución francesa, que concibe a la Constitución como un proyecto político bastante bien articulado”.

¹⁰ PRIETO SANCHIS, Luis (2001). “*Neoconstitucionalismo y ponderación judicial*”. En: Anuario de la Facultad de Derecho de la Universidad Autónoma de Madrid, Madrid, p. 85.

¹¹ Ibidem.

Entonces, para Prieto, el neoconstitucionalismo reúne elementos de las dos tradiciones: de un fuerte contenido normativo y de garantías jurisdiccionales. Entonces solemos hablar de “constituciones normativas garantizadas”.

La propuesta es sumamente interesante por cuanto la tradición norteamericana constitucional, ha sido concebir su Constitución¹² - la misma desde el discurso original de Benjamin Franklin- como herramienta para la defensa de los derechos de los ciudadanos, y a su vez, como instrumento para la materialización de los derechos a la propiedad, la vida, la libertad, en tanto que la tradición francesa ha optado por el sentido de garantías que ofrece una Constitución.

De la misma forma, como ideología que defiende una fórmula política designada, Prieto Sanchís¹³ señala que “puede identificarse con aquella filosofía política que considera que el Estado Constitucional de Derecho representa la mejor o más justa forma de organización política (...) y como modelo óptimo de Estado de Derecho”. Naturalmente no constituye el neoconstitucionalismo una panacea frente a los problemas de toda democracia, pero las herramientas del sistema permiten enfrentar, de mejor modo, de garantías judiciales. Por último, para nuestro autor ibérico, el neoconstitucionalismo también es una teoría del derecho y he aquí donde vamos a centrar nuestros esfuerzos dada la vinculación natural respecto a nuestro tema.

¹² La Constitución de Filadelfia de 1787 tiene 7 artículos originales y 27 enmiendas.

¹³ PRIETO SANCHIS, Luis. Ob. Cit., p. 64

Prieto Sanchís¹⁴ indica, en este extremo, que el neoconstitucionalismo “representa la incorporación de postulados distintos y contradictorios e impone una profunda revisión de la teoría de las fuentes del derecho”. Efectivamente, las nuevas herramientas de interpretación que esta tradición propone- entre ellas la ponderación de intereses, el principio de proporcionalidad y la postulación de principios como mandatos de optimización- nos plantea la interrogante válida de cuánto está cambiando nuestra tradicional forma de resolver los conflictos.

Pasando revista a otras acepciones sobre neoconstitucionalismo, en relación a la vinculación entre derecho y democracia, Fioravanti¹⁵ señala: “La Constitución deja de ser solo un sistema de garantías y pretende ser también un sistema de valores, una norma directiva fundamental”. Por otro lado, en la misma línea de ideas, Ferrajoli¹⁶ argumenta: “Podemos resaltar una clara diferencia entre Estado de Derecho y Estado Constitucional; un Estado Constitucional implica un Estado de Derecho, pero no todo Estado de Derecho implica necesariamente un Estado Constitucional.”

Zagrebelsky¹⁷, ex Presidente de la Corte Constitucional italiana, nos acerca todavía más a una idea tangible del neoconstitucionalismo y señala: “ el Derecho se hace más flexible y dúctil, más maleable, menos rígido y formal, y con ello se amplían las esferas en las que cobra relevancia decisiva y fundamental la filosofía

¹⁴ Ibid., p. 65.

¹⁵ FIORAVANTI, Maurizio (2000). *Los derechos fundamentales. Apuntes de la teoría de las Constituciones*. Editorial Trotta. Madrid, p. 133.

¹⁶ Ver: FERRAJOLI, Luigi (2003). “*Pasado y futuro del Estado de Derecho*”. En: CARBONELL Miguel, *Neoconstitucionalismos*. Editorial Trotta. Madrid.

¹⁷ ZAGREBELSKY, Gustavo (1995). *El Derecho dúctil*. Editorial Trotta. Madrid, p. 65.

moral, política y jurídica del intérprete del Derecho(...) La ley ha dejado de ser la única, suprema y racional fuente de Derecho y comienza un síntoma de crisis irreversible del paradigma positivista”.

Por su parte Commanduci¹⁸ sostiene que: “En el neoconstitucionalismo se esconden una teoría, una ideología, y también una metodología”. La concepción es muy similar a la de Prieto Sanchís en tanto considera una tesis triple de definición del neoconstitucionalismo.

Para Bernal Pulido¹⁹, en alusión al neoconstitucionalismo “los derechos de la Constitución son principios, que se aplican judicialmente, mediante su ponderación”.

En consecuencia, podemos inferir, a tenor de lo expuesto, una tendencia común a redefinir los criterios primigenios del Estado Constitucional, reposicionando tendencias definidas y orientadas hacia una nueva forma de entender el Derecho, a una reformulación de las premisas tradicionales en que el sistema de fuentes fue concebido. En el Estado neoconstitucional, variamos los supuestos de antaño de la forma del Estado, redefinimos la fórmula política hacia una concepción más garantista de las demandas sobre derechos fundamentales y replanteamos la forma de resolver las controversias constitucionales.

¹⁸ COMMANDUCI, Paolo (2005). “*Constitucionalización y teoría del derecho*”. En: *Conferencia de la Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Córdoba*, Tomo XLIV, Córdoba. p. 175.

¹⁹ BERNAL PULIDO, Carlos (2006). “*El neoconstitucionalismo a debate*”. En: *Temas de Derecho Público*, Universidad Externado de Colombia, Instituto de Estudios Constitucionales Carlos Restrepo Piedrahita, N°. 76. Bogotá, p. 29.

Importante es notar que no se trata de una tendencia aislada. Por el contrario, se trata de una comunidad de ideas y no simplemente de una posición solitaria en la interpretación del Derecho. Creemos que, por el principio de progresividad, esta corriente de la historia debe inclusive mejorar sus contenidos, haciéndolos inclusive más garantistas, reformando sus bases mismas para la consecución de la defensa plena de los derechos fundamentales. Estimamos que, si es así, entonces, no hay regresión.

2.2.1.3. Rasgos distintivos del Neoconstitucionalismo como Teoría del Derecho

La propuesta de revisión de las fuentes del derecho en el neoconstitucionalismo conlleva caracteres especiales, distintos de la postura tradicional a través de la cual el derecho resuelve los conflictos. Los postulados de la propuesta de Prieto Sanchís son resumidos de la siguiente forma²⁰:

a) Más principios que reglas

Las reglas en su concepción tradicional son la norma jurídica y la ley. En el Estado neoconstitucional, ellas son referente de los principios de legalidad y de congruencia para manifestar la estricta correspondencia entre las pretensiones y las respuestas de los juzgadores a los conflictos jurídicos. Dworkin²¹ suele diferenciar entre problemas fáciles y difíciles en cuanto, para la solución de los primeros, basta la subsunción, es decir, la inserción de los supuestos de hecho dentro de la norma y

²⁰ Ver: PRIETO SANCHÍS, Luis (2007). *Derechos Fundamentales, Neoconstitucionalismo y Ponderación Judicial*. Editorial Palestra, Lima.

²¹ DWORKIN, Ronald (1993). *¿Los Derechos en Serio?*. Editorial Planeta, Argentina, p. 146.

en tal sentido, se produce un decisorio que viene a ser la manifestación tangible de la aplicación de la ley.

b) Más ponderación que subsunción

¿Cuándo subsumimos y cuándo ponderamos? Aplicamos subsunción en el tradicional silogismo aristotélico de una premisa mayor, usualmente referida a la norma, una premisa menor, vinculada a cuestiones fácticas, y una conclusión, que involucra la transposición de los hechos en los supuestos de la norma.

En cierto modo, referimos “una concepción mecanicista”²² de aplicación del derecho en tanto nuestros parámetros objetivos son la ley y los hechos. En esa corriente de sujeción estricta a la ley, si el juez de la Revolución Francesa no podía encontrar una solución al conflicto, al no existir solución directa en la norma, debía aplicar el denominado “referé legislativo”²³, es decir, debía remitir el asunto litigioso al legislador para que éste pudiera manifestarse respecto a la correcta aplicación de la ley, bajo pena inclusive de cárcel para el juez si se excedía en su obligación de solo aplicar la ley. La subsunción entonces implica una transposición matemática de los supuestos normativo y fáctico para una respuesta dentro del marco de congruencia que el principio de legalidad exige.

Ponderamos, en perspectiva, cuando nos persuadimos de la manifiesta insuficiencia de la ley y cuando recurrimos, convencidos, a la fórmula de que los principios expresan valores más allá de la norma y cuando nos percatamos, de la

²² RECASENS SICHES, Luis (1980). *La concepción mecánica de la función jurisdiccional*. En: La Nueva Filosofía de la Interpretación del Derecho, Editorial Porrúa, México, p. 190.

²³ *Ibid.*, p. 190.

misma manera, que podemos hacer un ejercicio argumentativo sólidamente vinculado a la defensa de los derechos fundamentales como mecanismos extraordinarios de defensa de los principios, valores y directrices que emanan de la Carta Magna.

En la ponderación, en abstracto, trazamos una línea de valoración entre los principios y fijamos valores para la identificación de los mismos, en sus diversos grados de afectación: elevado, medio y leve. Del mismo modo, estimamos la prevalencia de un principio frente a otro más solo en condiciones de “jerarquía móvil y bajo las condiciones fácticas x.y.z.”²⁴.

En la doctrina neoconstitucional, el examen se expresa así: “cuanto mayor es el grado de afectación del derecho al trabajo, tanto mayor es el grado de satisfacción del derecho al descanso”. En este postulado se expresa la esencia de la ponderación en sentido estricto²⁵, en tanto cuanto hacemos es extender un análisis valorativo de ambos principios y en una postura de “jerarquía móvil y en las condiciones x, y, z” del problema propuesto, hacemos prevalecer un derecho fundamental sobre otro, mas no en la postura de afirmar que uno es más importante que su opuesto, o que el derecho preterido siempre podrá expresar un menor rango valorativo frente al derecho prevalente.

En suma, la ponderación en sentido estricto sí observa el sentido de “jerarquía móvil” que propone la doctrina del neoconstitucionalismo y ello representa un

²⁴ PRIETO SANCHIS, Luis. *Derechos Fundamentales*. Ob. Cit. p. 142.

²⁵ ALEXY, Robert (1993). *Teoría de los derechos fundamentales*. Centro de Estudios Constitucionales. Madrid, p. 161.

punto capital para nuestra propuesta, la cual no aduce caracteres absolutos sino esencias compatibles con la teoría de los derechos fundamentales.

c) Omnipresencia de la Constitución en todas las áreas jurídicas, en lugar de espacios exentos

Los espacios exentos no pueden existir en un Estado neoconstitucional. No se puede alegar islas exentas de control constitucional y por ende, espacios no sujetos a ningún tipo de control, en razón de que la Constitución representa un valor supremo y por tanto, rige sobre todas las áreas del ordenamiento jurídico.

En concepción similar a la de Bobbio²⁶, cuando proponía la unidad como un carácter del ordenamiento jurídico. Según el Tribunal, debemos entender el principio de unidad de la Constitución como un todo, como la existencia de muchas normas jurídicas que, aún todas ellas con contenidos distintos e incluso a veces hasta incompatibles, están en su totalidad, subordinadas a la Constitución, es decir, le deben obediencia, en una estela de acatamiento de los postulados de la Norma normarum. En consecuencia, podrán existir normas que en apariencia contradicen a la Constitución, pero sin embargo, tras una interpretación del principio de unidad, debemos entender que dichas normas se subordinan y sujetan a los postulados de la Carta Fundamental.

A su vez, por el principio de concordancia práctica, asumimos una relación sistemática entre distintos postulados constitucionales para elaborar una tesis de

²⁶ BOBBIO, Norberto (1997). *“Teoría del Ordenamiento Jurídico”*. En: *Introducción al Derecho* de José Luis del Hierro. Editorial Síntesis, Madrid, p. 95.

interpretación más cercana de la realidad que promueven los principios, valores y directrices como plexo normativo de argumentación de los derechos fundamentales. En suma, no podrán existir espacios exentos o blindados contra la justicia constitucional y habrá necesidad de que, aun a pesar de normas que les asignan a algunos órganos constitucionales cierta autonomía, ésta se mantendrá vigente en tanto no se produzca una vulneración ostensible de un derecho fundamental.

d) Omnipotencia judicial en lugar de autonomía del legislador ordinario

La propuesta de Prieto Sanchís incide en un redimensionamiento del concepto de Estado desde la perspectiva de la interpretación judicial. Autores como Schmitt²⁷, afirman “la última palabra la pronuncia el juez al dirimir un litigio, no el legislador que crea las normas”, y en esa tesis explaya la tesis de que vivimos en un Estado jurisdiccional, en el cual el poder de los jueces, al interpretar la Constitución, se refuerza en grado máximo cuando éstos ejercen la atribución de definir y resolver los conflictos jurídicos desde la lectura de los valores que informa la Constitución, por sobre las tareas interpretativas del legislador.

e) Coexistencia de una constelación plural de valores en lugar de homogeneidad ideológica

Nuestro profesor ibérico²⁸ sintetiza esta propuesta en el siguiente postulado: ““El neoconstitucionalismo no representa un pacto en torno a unos pocos principios comunes y coherentes entre sí, sino más bien un pacto logrado mediante la

²⁷ SCHMIT, Karl (2001). *Legalidad y legitimidad*. En: *Teólogo de la Política*, Héctor Orestes Aguilar (compilador), Fondo de Cultura Económica, México, p. 26.

²⁸ PRIETO SANCHIS, Luis. *Derechos Fundamentales...* Ob. Cit., p. 121.

incorporación de postulados distintos y tendencialmente contradictorios.” En efecto, la constelación plural de valores representa un concepto amplísimo que traduce el criterio de apertura del neoconstitucionalismo al albergar soluciones interpretativas frente a colisiones de principios cuya solución resulta compleja.

En el neoconstitucionalismo la esencia de la fortaleza argumentativa de la propuesta se expresa, del mismo modo, en la ponderación de intereses cuando a través de ella, inferimos soluciones a los problemas concretos, reconociéndose el valor de derecho fundamental de cada principio en pugna. Es decir, se logra acrisolar un resultado material a la luz de los supervalores de la Constitución, luego de una confrontación que bien puede expresar, en la posición de otras teorías, la prevalencia de un puñado de principios apenas coherentes entre sí. En el neoconstitucionalismo valores diferentes coexisten entre sí. Ello representa un indudable avance frente a otras teorías.

2.2.1.4. Consecuencias del neoconstitucionalismo²⁹

Las reflexiones que anteceden han resultado contextualmente muy útiles para describir los rasgos más sustanciales de un Estado neoconstitucional. La propuesta tiene mucha vigencia y actualidad en el sentido de que nos persuade de que los criterios de interpretación constitucional en los ordenamientos jurídicos, están cambiando de sitio, que apuntan hacia nuevos sitios de producción jurídica, en una

²⁹ FIGUEROA GUTARRA, Edwin (2011). “Neoconstitucionalismo e interpretación constitucional ¿hacia nuevos horizontes en el derecho?”. En: Neoconstitucionalismo e interpretación constitucional. Lima. Disponible: <https://edwinfigueroag.wordpress.com/9-neoconstitucionalismo-e-interpretacion-constitucional/>

forma de fraternidad de intérpretes constitucionales, una especie de “sociedad abierta de intérpretes de la Constitución”, concepto enunciado por Haberle³⁰, para significar que los argumentos de interpretación van asumiendo un carácter de criterios comunes.

La propuesta hecha se acerca también a la teoría de la fertilización judicial cruzada, o “Judicial cross fertilization”, es decir, el uso de precedentes extranjeros por parte de los jueces. Este concepto alude a que los tribunales internacionales deberían alentar y promover la interacción o fertilización cruzada judicial, tomando en cuenta los fallos judiciales de los demás. La propuesta de la fertilización judicial cruzada también comprende, en casos específicos, diferenciar el pronunciamiento de aquellos tribunales cuya competencia en la materia les concede un mayor rango de autoridad en un caso determinado. Sin embargo, tal puntualización no resulta definitiva en tanto las técnicas interpretativas implican puntos en común.

Las redes judiciales permiten la fertilización cruzada de ideas, compartir las experiencias respecto de la resolución de problemas similares, y sobre todo el fortalecimiento de las propias instituciones judiciales a través de su legitimidad internacional. Hechas estas descripciones resulta ahora importante, a modo de consolidación puntualizar cuáles son las consecuencias más relevantes de la propuesta de un Estado neoconstitucional.

³⁰ HABERLE, Peter (1996). “*La sociedad abierta de los intérpretes constitucionales. Una contribución para la interpretación pluralista y procesal de la Constitución*”. En: *Retos actuales del Estado constitucional*, Editorial Santillana, Bilbao, p. 15 y ss.

a) Cambio de tesis en la definición del Derecho

¿Qué propone esencialmente el neoconstitucionalismo, luego de las premisas expuestas? A juicio nuestro y de modo sustancial, un cambio de tesis en la definición del Derecho. Refleja Prieto Sanchís³¹ que: “En tanto el positivismo sostiene la tesis de la separación entre el derecho y la moral, el neoconstitucionalismo plantea la tesis de la necesaria vinculación entre el derecho y la moral”. Esta vinculación resulta de capital importancia para el neoconstitucionalismo, en tanto que el concepto de dignidad de la persona, nos lleva a juicios de valoración de orden moral. Kelsen proponía la interpretación del Derecho como un producto puro, sin la participación de ninguna otra disciplina. En el neoconstitucionalismo, por el contrario, reafirmamos la tesis de la necesaria interrelación entre moral y derecho. Expresión tangible de ello lo es el artículo 1 de nuestra Constitución³², el cual propone el parámetro de valoración de la dignidad de la persona como postulado base de todo el ordenamiento constitucional.

b) Mayor complejidad del Derecho

Otra conclusión de relevancia respecto al Estado neoconstitucional, es que el Derecho se hace más complejo, por la evolución sin pausa de los derechos fundamentales, por la concurrencia de los principios y sus relativos márgenes de indeterminación para la resolución de conflictos constitucionales. Antes el Derecho podía ser definido como un sistema de reglas, en el cual la subsunción era la tarea

³¹ PRIETO SANCHIS, Luis. *Derechos Fundamentales...* Ob. Cit., p. 152

³² Constitución 1993. Artículo 1.

La defensa de la persona humana y el respeto de su dignidad son el fin supremo de la sociedad y del Estado.

sustancial del juez. Hoy, el Derecho es igual a valores, principios, y directrices, que concurren en forma conjunta con las reglas, normas jurídicas y leyes en la solución de los conflictos.

c) Plena vigencia de los derechos fundamentales

Estimamos que solo los principios conceptuales y las pautas procedimentales que informan el Estado neoconstitucional, permiten una aplicación plena de los derechos fundamentales, cuyo norte aplicativo, en la definición de Peces Barba³³, es la de poseer una juricidad y una moralidad básica. Juricidad porque los derechos fundamentales contienen mandatos vinculados a realizaciones para la protección de un derecho; y moralidad, porque la vinculación a la protección de la dignidad de la persona, representa una impostergable obligación para el juez constitucional. En consecuencia, premunido el juzgador de que no solo concurre un mandato respecto al derecho fundamental, en cuanto a su juricidad, sino también un contenido de optimización respecto a la moralidad, entonces, puede aplicar plenamente los criterios de protección del contenido constitucionalmente protegido de un derecho fundamental.

d) Reposicionamiento del rol de los jueces constitucionales

El fundamento de que las sentencias constitucionales resulten prevalentes frente a las de los demás órganos jurisdiccionales³⁴, tiene su razón de ser en el

³³ PECES BARBA, Gregorio (1999). *“Curso de Derechos Fundamentales. Teoría General”*. En: Boletín Oficial del Estado, Universidad Carlos III de Madrid, Madrid, p. 37.

³⁴ Código Procesal Constitucional. Artículo 22. Actuación de Sentencias
La sentencia que cause ejecutoria en los procesos constitucionales se actúa conforme a sus propios términos por el juez de la demanda. Las sentencias dictadas por los jueces constitucionales tienen

ámbito de protección de la jurisdicción constitucional, vinculado a la tutela, en vía de urgencia, de los derechos fundamentales. La necesidad de esta tutela preferente obedece, en gran medida, a que las controversias vinculadas a derechos fundamentales manejan parámetros interpretativos distintos, como los principios pro homine, favor processum y el ámbito de los principios, por oposición distintos a los presupuestos de la justicia ordinaria, de suyo vinculados a las expresiones del principio de legalidad, la supremacía de la norma jurídica y la ley, y el principio de congruencia procesal, como valores máximos del positivismo jurídico.

2.2.2. Constitución y los principios constitucionales

Desde un punto de vista muy general, puede decirse que los principios inducidos de la Constitución pueden ser considerados como una especie dentro del genus de los principios generales. A este apartado y al último corresponde detallar los elementos diferenciadores. Comencemos por advertir que, aun dentro de su variedad, los principios constitucionales forman un conjunto homogeneizado por el dato capital de su supremo valor normativo dentro del ordenamiento jurídico. Sean principios constitucionalizados, sean principios inducidos del articulado constitucional, los principios constitucionales participan de la fuerza normativa de la Constitución en relación con las restantes normas del ordenamiento.³⁵

Los principios constitucionales “aluden a la pluralidad de postulados o proposiciones con sentido y proyección normativa o deontológica, que, por tales,

prevalencia sobre las de los restantes órganos jurisdiccionales y deben cumplirse bajo responsabilidad.

³⁵ GARCÍA CANALES, Mariano (1989). “*Principios generales y principios constitucionales*” Revista de Estudios Políticos (Nueva Época), Núm. 64. Abril-Junio, España, p. 149.

constituyen parte del núcleo central del sistema constitucional. Insertados de manera expresa o tácita en todo el sistema constitucional, están destinados a asegurar la proyección normativa de los valores o postulados ético-políticos, así como las proposiciones del carácter técnico jurídico”³⁶.

Por su parte Miguel Ciuro Caldani³⁷ señala que éstos "son especialmente relevantes, porque allí están de cierto modo los "principios del principio". Dicha noción es enteramente coherente con la acepción que formula la Real Academia de la Lengua Española³⁸ que la asocia con "base, fundamento, origen, razón fundamental sobre la cual se procede discurrendo en cualquier materia. Causa primitiva o primera de una cosa o aquello que de otra cosa procede de cualquier modo".

En tal sentido, el ascenso de los principios constitucionales como norma fundamental, debe ser entendido en el marco de la crisis y debilitamiento de la ley. Son dos los fenómenos –según el Profesor García de Enterría- que han afectado gravemente a la situación privilegiada de la ley. El primero es la relevancia que ha ido adquiriendo sobre su valor normativo, hasta ahora supremo, una norma suprallegal, en la que los revolucionarios franceses no habían reparado, aunque sí

³⁶ GARCIA TOMA, Víctor (2003). “Valores, principios, fines e Interpretación Constitucional”. En Revista Derecho y Sociedad, N° 21, Lima: PUCP, p. 190. Disponible: <https://revistas.pucp.edu.pe/index.php/derechoysociedad/issue/view/1360>

³⁷ CIURO CALDANI, Miguel Ángel (1999). "Principios y valores en el derecho constitucional". En: Los valores en la Constitución argentina. Buenos Aires: Ediar; citado por GARCIA TOMA, Víctor, Ob. cit., p. 190.

³⁸ REAL ACADEMIA DE LA LENGUA ESPAÑOLA (2002). El Pequeño Larousse Ilustrado. Bogotá.

los americanos: la Constitución.³⁹ El segundo, como consecuencia de su desvalorización, es la desmedida inflación en su producción.⁴⁰

Ahora bien, a efectos de este trabajo interesa centrar el tema en el primer fenómeno que está referido a la impregnación del ordenamiento jurídico por normas previstas en las constituciones, lo que implica además considerar la forma como éstas son desarrolladas e interpretadas progresivamente por la jurisprudencia constitucional.⁴¹

En ese sentido, resulta necesario abordar la cuestión referida a la configuración del modelo denominado Estado constitucional, para describir los efectos de su consagración sobre la ley; y en tanto la Constitución se presenta como una norma que da acogida a una serie de principios, resultará de interés evidenciar los conflictos que se dan lugar cuando hay contradicciones con disposiciones generales de mayor especificidad como son las reglas contenidas en la legislación.

De este modo, resulta ineludible explorar alguna definición del término Constitución dentro del ordenamiento contemporáneo para establecer su relación con las características del Estado constitucional.

³⁹ GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo (1999). “*Justicia y seguridad jurídica en un mundo de leyes desbocadas*”. En: Cuadernos Civitas, Madrid, p. 40.

⁴⁰ PIZZORUSSO, Alessandro y PASSAGLIA, Paolo (1998). *La loi européenne face à la notion traditionnelle de loi*. Traducido por Miguel CARBONELL, Editorial Fontamara, México, p. 433.

⁴¹ FAVOREU, Louis (1999). “*La constitucionalización del Derecho Penal y del procedimiento penal. Hacia un Derecho Constitucional Penal*”. En: Revista Chilena de Derecho. Volumen 26 N° 2, Universidad Católica de Chile. Santiago, pp. 279 y ss. y GUASTINI, Ricardo (2001). “*La constitucionalización del ordenamiento jurídico: el caso italiano*”. En: Estudios de Teoría Constitucional. Traducido por Miguel Carbonell, Editorial Fontamara, México, p. 153.

Al respecto, el Profesor Ricardo Guastini ha planteado cuatro posibles acepciones: a) una primera referida a todo ordenamiento jurídico de tipo liberal, b) la segunda que implica un cierto conjunto de normas jurídicas en algún sentido fundamentales que caracterizan e identifican todo ordenamiento, c) una tercera que refiere a un documento normativo que tiene ese nombre y finalmente d) una cuarta definición que trata de un particular texto normativo dotado de ciertas características formales, es decir que enmarca un particular régimen jurídico.⁴²

A partir de ello, la primera acepción que es utilizada por la filosofía política y que concibe a la Constitución como un límite al poder político teniendo como antecedente el artículo 16 de la Declaración de derechos de 1789, si bien conllevaría –según Guastini- una importante carga emotiva derivada de los valores propios de la ideología liberal asociada a la división de poderes y a la garantía de los derechos lo cual para este autor significa que dicho concepto habría caído en cierto desuso; puede verificarse, no obstante que aún vendría presupuesto en algunas expresiones de uso común en la teoría constitucional como “constitucionalismo”, “gobierno constitucional” y en el “Estado constitucional”.

Por eso, es posible considerar en la actualidad, como señala Miguel Carbonell que: “(...) un texto constitucional debe prever una efectiva división de poderes, así como el aseguramiento –“la garantía” se suele decir- de los derechos

⁴² GUASTINI, Ricardo (2001). *“Sobre el concepto de Constitución”*. En: Estudios de Teoría Constitucional. Traducido por Miguel Carbonell, Editorial Fontamara, México, pp. 29 -45.

fundamentales. Si no contiene esos dos requisitos un Estado no puede ser considerado “Estado constitucional”⁴³.

Sin embargo, existe otra noción de Estado constitucional que genera mayor controversia y a su vez, mayores consecuencias respecto de la concepción de la ley que hemos venido desarrollando, y es a la que hace referencia el Profesor Gustavo Zagrebelsky en su obra “El derecho dúctil”. En la obra de este autor italiano este modelo no debe ser entendido como una versión más del Estado de Derecho, el cual por su carácter abierto ha podido ser llenado de contenidos diversos manteniendo su vitalidad, en función de las exigencias históricas.

Para Zagrebelsky, con un concepto de Estado de Derecho carente de contenidos por su carácter formal, se producía un vaciamiento que omitía tratar lo que desde el punto de vista propiamente político-constitucional era fundamental: las funciones y los fines del Estado y su relación con la naturaleza de la ley. Por ello este modelo de Estado permitía su aplicación a cualquier situación en que se excluyese la eventual arbitrariedad pública y privada y se garantizase el respeto a la ley cualquiera que ésta fuese. Así todos los Estados en tanto dotados de un orden jurídico resultaban siendo “de derecho”. Inclusive se podía llegar a invertir el uso de dicha noción, apartándola de su origen liberal y vinculándola a la dogmática del Estado totalitario. Por ello, el Estado liberal de Derecho era un Estado legislativo que se afirmaba a sí mismo a través del principio de legalidad. Así, Otto Mayer:

⁴³ CARBONELL, Miguel (2001). “Presentación. Guastini y los temas constitucionales”. En: GUASTINI, Ricardo. Estudios de Teoría Constitucional. Traducido por Miguel Carbonell, Editorial Fontamara, México, p. 17.

“(…) la idea de Rechtsstaat, en el sentido conforme al Estado liberal, se caracteriza por la concepción de la ley como acto deliberado de un Parlamento representativo y se concreta en a: a) la supremacía de la ley sobre la Administración; b) la subordinación a la ley, y sólo a la ley, de los derechos de los ciudadanos, con exclusión, por tanto, de que poderes autónomos de la Administración puedan incidir sobre ellos; c) la presencia de jueces independientes con competencia exclusiva para aplicar la ley, y sólo la ley, a las controversias surgidas entre los ciudadanos y entre estos y la Administración del Estado.”⁴⁴

Por lo tanto, dentro de la lógica de que el Estado constitucional es distinto del Estado legislativo, es indispensable, según el profesor italiano, que deje de presentarse al primero como una versión en continuidad con el Estado de Derecho de desarrollo decimonónico, puesto que se trataría en realidad de una profunda transformación que afectaría de manera necesaria a la misma concepción del Derecho.⁴⁵

En efecto, para este autor, la referida transformación se habría concretado con la afectación de la posición de la ley en vista de que por primera vez desde su consolidación en la modernidad, se vería sometida a una relación de adecuación y en consecuencia de subordinación, a un estrato más alto de Derecho establecido por la Constitución; de modo que dentro de los grandes rasgos de dicho Estado constitucional, cabe destacar la separación entre los distintos aspectos o componentes del Derecho que en el modelo de Estado del siglo XIX estaban

⁴⁴ ZAGREBELSKY, Gustavo. Ob. Cit., p. 23.

⁴⁵ Ibid., p. 34.

unificados o “reducidos a la ley”, en el entendido de que la soberanía de ésta debía suponer la reconducción y, por tanto, la reducción a la misma de cualquier otro aspecto del Derecho.

Todo lo cual, a su vez, encuentra una explicación ante la evidencia actual de un pluralismo de fuerzas políticas y sociales en competencia que conduce a la heterogeneidad de los valores e intereses expresados en las leyes; y atendiendo a que éstas albergan el conflicto, dejan de lado su carácter de acto impersonal, general y abstracto, expresión de intereses objetivos, coherentes, racionalmente justificables y generalizables; adquiriendo el aspecto de acto personalizados, instrumento y causa de inestabilidad.

En consecuencia, para el profesor italiano se ha generado una necesidad de recurrir a la Constitución como Derecho más alto, dotado de fuerza obligatoria y capaz de asumir a la unidad del ordenamiento como un dato que ha devenido en un difícil problema cuya respuesta implica aprovechar la oportunidad de cifrar dicha unidad en un conjunto de valores constitucionales superiores y principios sobre los que se da un amplio consenso.⁴⁶

Por todo ello, conviene, a fin de establecer el papel que los principios juegan en la configuración de la ley y del Derecho actual, considerar la forma como Zagrebelsky propone su tratamiento en relación con las reglas, así como el importante punto de vista que al respecto tiene el Profesor Ronald Dworkin. Y ello en razón de que, si bien para el autor italiano el Derecho actual está compuesto por

⁴⁶ Ibid., p. 40.

reglas y principios, las normas legislativas son prevalentemente reglas, mientras que las normas constitucionales sobre derechos y sobre la justicia son prevalentemente principios. De lo que concluye que: “Por ello, distinguir los principios de las reglas significa a grandes rasgos, distinguir la Constitución de la ley.”⁴⁷

De esta manera, a rasgos generales, la distinción entre ambos es que:

a) los principios desempeñan un papel “constitutivo” del orden jurídico, mientras las reglas, aun las contenidas en la Constitución, se agotan en sí mismas sin tener un carácter constitutivo fuera de lo que en sí significan;

b) de acuerdo con el tratamiento de la ciencia del derecho sólo a las reglas se aplican los métodos de la interpretación jurídica que tiene por objeto el lenguaje del legislador, mientras que los principios cuentan con un significado lingüístico autoevidente que requieren más que una interpretación, ser entendidas conforme a su ethos;

c) a las reglas cabe obedecerlas siendo importante por ello su precisión, mientras que a los principios se les “presta adhesión”, siendo importante conocer el mundo de los valores y las grandes opciones de cultura jurídica de la que forman parte;

⁴⁷ Esta aparente simplificación, se atenúa cuando supone que las Constituciones a su vez contienen no sólo principios sino también reglas. *Ibid.*, p. 110.

d) las reglas dicen como se debe, no se debe o se puede actuar en determinadas situaciones previstas por ellas, en tanto que los principios proporcionan criterios para tomar posición ante situaciones concretas generando actitudes favorables o contrarias, de apoyo o repulsa de modo que sólo ante los casos concretos se puede entender su alcance; y finalmente e) las reglas son aplicables a la manera de “todo o nada”, los principios son relativizables.

Entonces, los principios no agotarían su eficacia como apoyo de las reglas jurídicas, sino que además poseerían una autónoma razón de ser frente a la realidad, en tanto ésta última al ponerse en relación con alguno de aquellos deja de ser un mero objeto pasivo de aplicación de reglas, vivificándose; es decir, viéndose revestida de cualidades jurídicas propias. Así, el valor se incorpora al hecho e impone la adopción de “tomas de posición” jurídica conformes con él.⁴⁸

A lo que agrega que el Derecho, como disciplina práctica, está anclado en la realidad al ser esos criterios de valor, parte de la misma; sin que por ello pretenda que exista una preeminencia de lo fáctico sobre lo normativo. A esto añade la convicción de que resulta imposible establecer un formalismo de los principios en vista de que no se los puede estructurar en una “jerarquía de valores” que da lugar más que a una ciencia sobre su articulación, a una prudencia en su ponderación en el caso concreto.

⁴⁸ ZAGREBELSKY, Gustavo (1996). “*El derecho por principios: algunas precauciones necesarias*”. En: Anuario de Filosofía del Derecho XIII, Barcelona, p. 109 y ss.

De forma que al ser posible que los principios y valores se relativicen, cabe su conciliación recíproca frente a las circunstancias que rodean los hechos, dando cabida a la denominada ductilidad constitucional en la que: “(...) -más allá de los escasos supuestos en que la propia Constitución establece gradaciones y jerarquías- el modo en que los valores y principios convivan ya no es problema de la ciencia constitucional sino de la política constitucional.”⁴⁹

En conclusión, esta política constitucional respecto de temas que tienen un contenido principista como son los derechos fundamentales, puede adquirir diversos significados,⁵⁰ sin dejar de considerar que si los principios demandan a la dogmática constitucional contemporánea que se mantenga abierta a los requerimientos de dicha política, no se llegue a afectar el denominado “coto vedado”⁵¹.

Por otro lado, junto a esta visión que da cabida al papel de la historia constitucional y su contenido principista, cabe efectuar un repaso de los postulados del Profesor Ronald Dworkin quien desde una perspectiva filosófico jurídica intenta construir una teoría del Derecho que no excluya ni el razonamiento moral ni el razonamiento filosófico considerando que el Derecho no debe separar la ciencia

⁴⁹ Ibid., p. 17.

⁵⁰ Como señala Miguel Carbonell: “(...) por ejemplo, para permitir a cada gobierno dar una u otra orientación en materia de derechos sociales; así, un gobierno puede preferir tener a su cargo la sanidad pública o la educación, mientras que otro puede considerar más adecuado delegar dichas funciones a los centros educativos o a las clínicas privadas, a los cuales se podría tener acceso gracias a una financiación pública. Lo importante, en este momento, es comprender que dentro de los parámetros que fija la constitución hay espacios que la política constitucional puede ocupar de distinta forma.” CARBONELL, Miguel (2005). “*Prólogo: Zagrebelsky y el uso de la historia por el derecho constitucional*”. En: ZAGREBELSKY, Gustavo. *Historia y constitución*. Traducido por Miguel Carbonell. Editorial Trotta. Madrid, p. 15.

⁵¹ ZAGREBELSKY Gustavo (2005). *Historia y constitución*. Traducido por Miguel Carbonell. Editorial Trotta. Madrid, p. 89.

descriptiva de la política jurídica, en la que sin derechos individuales no existe Derecho.

Para Dworkin existe una distinción lógica entre normas, directrices y principios, de modo que, en su cuestionamiento al positivismo, atribuye a éste dedicarse exclusivamente a las primeras dejando fuera de su tratamiento a los restantes. En ese sentido, mientras que las normas se aplican en todo o no se aplican, es decir operan como reglas; los principios, al hacer referencia a la justicia y la equidad, dan razones para decidir en un sentido determinado pero su enunciado no determina las condiciones que hace necesaria su aplicación.⁵²

De ese modo Dworkin precisa que en su obra utiliza el término “principio” en sentido genérico refiriéndose a todo el conjunto de los estándares que no son normas. A su vez, de manera específica implica: “... (el) patrón que debe ser observado, no porque promoverá o asegurará una situación económica, política o social considerada deseable, sino porque es una exigencia de la justicia y equidad (fairness) o de alguna otra dimensión de la moralidad”.⁵³

Por ello, mientras las normas son aplicables de manera disyuntiva, puede haber principios que se contradigan, dependiendo del caso en concreto, siendo necesario determinar cuál es el decisivo de acuerdo con su dimensión de peso o importancia relativa que deberá considerar quien esté a cargo de resolver el conflicto.⁵⁴

⁵² CALSAMIGLIA, Albert (1989). “Prólogo a la obra de DWORKIN, Ronald”. En: Los Derechos en serio. Traducido por Marta Guastavino. 2da Edición, Editorial Ariel, Barcelona, p. 9.

⁵³ DWORKIN, Ronald (1977). *¿Es el derecho un sistema de reglas?*. Traducido por Javier Esquivel y Juan Revollo. Instituto de Investigaciones Filosóficas, Universidad Nacional Autónoma de México, México, p. 19.

⁵⁴ *Ibid.*, p. 77.

Así, para Dworkin, en caso de conflicto entre normas una de ellas no puede ser válida, para lo cual bien podría recurrirse al propio sistema jurídico que prevé la regulación de tal situación mediante otras normas, o en todo caso se podría optar por la norma fundada en los principios más importantes. Todo esto, a su vez, admitiendo que una prescripción estándar no siempre deja claro si se trata de una norma o de un principio, o, por otra parte, en ocasiones una norma y un principio pueden desempeñar papeles muy semejantes y la diferencia, aparece principalmente como una cuestión de forma.

En consecuencia, al establecer el papel de los principios respecto de la obligación jurídica es posible que éstos sean tratados como normas por tanto sean obligatorios como Derecho y han de ser tomados en cuenta por los operadores, o, por otra parte, se podría negar que puedan ser obligatorios de la misma manera como no lo son “en la práctica” algunas normas. Así el primer punto de vista trataría a los principios como vinculantes, mientras el segundo lo haría como resúmenes de lo que la mayoría de jueces hacen “por principio” cuando se ven obligados de ir más allá de las normas que obligan.

En definitiva, cuando se analiza las tesis de este autor, es importante verificar que éstas son enunciadas en un contexto que les da una particular relevancia puesto que trata de establecer los aspectos de la relación entre la labor de los jueces y el Derecho a ser considerado por éstos. De modo que si de inicio en el siglo XIX, tanto en los países anglosajones y particularmente en la Europa continental, se había considerado que el Derecho se traducía por entero en la ley, sea ésta adoptada por el poder legislativo o como resultado de precedentes, el juez

tenía como única tarea aplicarla, resultando de ello que la potestad de juzgar era prácticamente nula. Enseguida, se había establecido a inicios del siglo XX que el juez era el único verdadero creador de Derecho (a través de la denominada doctrina realista).

Como parte de ese proceso, la doctrina positivista moderna puede ser presentada, de una manera esquemática, como intermediaria entre esas dos posiciones, ya que admite, en su versión hartiana, que normalmente el juez debe aplicar reglas creadas por otros, y que, en ausencia de reglas, o cuando las reglas no son claras, puede y debe resolver discrecionalmente.

Sin embargo, las tesis de Dworkin aparecen a la inversa de esta perspectiva, ya que sostiene que el juez no tiene poder discrecional alguno puesto que siempre debe aplicar un derecho preexistente, pero ese Derecho no aparece siempre expresado, por lo que al lado de las reglas hay principios y derechos naturales,⁵⁵ proponiendo la necesaria conexión entre el Derecho Constitucional y la teoría ética.

2.2.3. El ius puniendi del Estado

2.2.3.1. Ámbito conceptual

De acuerdo a la Real Academia Española “ius puniendi” significa la potestad del Estado para castigar mediante los dos sistemas represivos existentes en nuestro derecho: el derecho penal, que es aplicado por los jueces y tribunales, y el derecho

⁵⁵ TROPER, Michel (1985). “*Dossier Ronald Dworkin*”. En : *Revue internationale de théorie du droit et de sociologie juridique*. Traducido por Marta Guastavino. 2da Edición, Editorial Ariel, Barcelona, p. 30.

administrativo sancionador, que es aplicado por la Administración⁵⁶. Así pues, el ius puniendi estatal en sentido subjetivo no es otra cosa que la facultad que a alguien o algunos el sistema jurídico reconoce para sentar y aplicar castigos, y, en sentido objetivo, se trata del conjunto de las normas sancionadoras así establecidas y de las prácticas de su aplicación con arreglo a las normas del sistema jurídico.⁵⁷

En tal sentido, 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.⁵⁸

⁵⁶ <https://dpej.rae.es/lema/ius-puniendi>

⁵⁷ GARCÍA AMADO, Juan Antonio (2008). “Sobre el ius puniendi: su fundamento, sus manifestaciones y sus límites”. En: Documentación Administrativa, p. 17. <https://revistasonline.inap.es/index.php/DA/article/view/9600>

⁵⁸ MORILLAS CUEVA, Lorenzo y RUIZ ANTÓN. L. (1992). *Manual de Derecho Penal - Parte General*. Editorial Derecho Reunidas, Madrid, p.32.

Diversos autores suelen referirse al poder punitivo estatal como Derecho Penal Subjetivo y sobre esta denominación exponer toda la problemática que encierra la potestad y el ejercicio punitivo del Estado⁵⁹.

Por tanto, no existe ningún inconveniente para utilizar cualquiera de estas denominaciones para referirnos a un mismo objeto, ya que si hablamos de capacidad de poder ejercer la función criminalizadora, es evidente que estamos hablando de la existencia de una potestad que sola la puede ejercer el Estado, sin pretender darle a este poder punitivo, el contenido de un estricto derecho subjetivo⁶⁰; además, si nos centramos en la capacidad o en la fuerza para imponer decisiones de naturaleza penal, no estamos refiriendo a un poder que se tiene; y si utilizamos la palabra potestad, igualmente, estamos señalando el poder o la autoridad que tiene el Estado para decidir e intervenir en la tarea criminalizadora⁶¹.

En suma, al derecho penal subjetivo o jus 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 aquella⁶².

⁵⁹ Ver: BACIGALUPO, Enrique (1984). *Manual de Derecho Penal*. Editorial Temis, Bogotá; BUSTOS RAMÍREZ, Juan (1986). *Introducción al Derecho Penal*, Editorial Temis, Bogotá; entre otros autores.

⁶⁰ ZAFFARONI, Eugenio Raúl (1986). *Manual de Derecho Penal*. Tomo I, Ediciones Jurídicas, Lima, p. 44.

⁶¹ LÓPEZ PÉREZ, Luis (2009). “El poder penal del estado”. En: Revista Sapere. Lima: USMP, p. 2. Disponible: https://derecho.usmp.edu.pe/sapere/ediciones/edicion_1/articulist/lopez.htm

⁶² BUSTOS RAMÍREZ, Juan. Ob. cit. p. 20.

En esta precisión conceptual de Bustos, también, se debe considerar que la función penal del Estado, no se limita a la sola criminalización de comportamientos sino también a la aplicación del Derecho penal objetivo. 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.”⁶³

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

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

2.2.3.2. Fundamentos⁶⁴

Resulta necesario para entender la justificación y vigencia del poder punitivo estatal, el conocimiento de las bases que sustentan el origen de la potestad sancionatoria. Esto significa, ir a la fuente sobre la que se instituye el poder

⁶³ MIR PUIG, Santiago (1996). *Derecho Penal - Parte General*. Editorial PPU, Barcelona. pp. 7 y ss.

⁶⁴ LÓPEZ PÉREZ, Luis (2009). Ob. cit., pp. 3-6.

punitivo, a efectos de identificarla y de esta manera poder contar con los elementos suficientes para legitimar o deslegitimar, que el Estado sea el que tenga la titularidad, de manera única y exclusiva, del ius puniendi.

Para una mejor comprensión, el asunto a definir, se puede reducir a dos preguntas: en primer lugar, ¿por qué se puede castigar o imponer sanciones penales (penas o medidas de seguridad) ?; y, en segundo lugar, ¿por qué puede el Estado hacerlo? Responder a la primera cuestión conduce al campo del fundamento material; y, a la segunda, a la del fundamento político o formal⁶⁵.

2.2.3.2.1. Fundamento político⁶⁶

En la actualidad, la respuesta a por qué el Estado ejerce la potestad punitiva, debe de tener su punto de partida en la concepción de Estado que impera. Hoy hablamos de la presencia y vigencia de un Estado social, democrático y de derecho, en este sentido, se entiende que el fundamento político del poder punitivo estatal hay que buscarlo en la Constitución Política del Estado. Nuestra Carta Política en su artículo 44° establece que “Son deberes primordiales del Estado: defender la soberanía nacional; garantizar la plena vigencia de los derechos humanos, proteger la población de las amenazas contra su seguridad; y promover el bienestar general que se fundamenta en la justicia y en desarrollo integral y equilibrado de la nación...” El cumplimiento de estos deberes, exigen la presencia de un Estado

⁶⁵ VELÁSQUEZ VELÁSQUEZ, Fernando (1995). *Derecho Penal - Parte General*. Editorial Temis, Bogotá, p.31.

⁶⁶ Ibidem

instituido de determinadas capacidades, siendo una de ellas la de poder ejercer el control penal.

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

El profesor Felipe Villavicencio Terreros, al explicar lo que el denomina la “función punitiva estatal” argumenta que “Esta función está fundamentada por la Constitución Política, y en ella se encuentra su fundamentación política, como también en las normas internacionales. Políticamente el Estado es su único titular y pueden diferenciarse matices en el ejercicio del poder penal: función penal legislativa, judicial y ejecutiva.”⁶⁷

Se debe finalizar afirmando con Bustos que “En otras palabras, el Estado social y democrático de derecho plantea el jus puniendi desde dos vertientes: desde el punto de vista socio-estatal general, que dentro de una perspectiva político criminal aparece emparentado con la defensa social y, por lo tanto, se le fundamenta en la regulación de la vida social, y desde el punto de vista jurídico estatal, se lo

⁶⁷ VILLAVICENCIO TERREROS, Felipe (2006). *Derecho Penal - Parte General*. Editorial Grijley, Lima, p. 105

fundamenta en los principios consagrados en el orden jurídico estatal superior, esto es, la Constitución”⁶⁸.

2.3.2.2 Fundamento Material⁶⁹

Como sostiene Velásquez Velásquez, el fundamento material se le encuentra respondiendo a la pregunta por qué se puede castigar o imponer sanciones penales. Ciertamente que la pena es una necesidad y por lo tanto habría que explicar por qué es necesaria, es decir donde radica esa necesidad de pena.

Es casi lugar común en la dogmática actual afirmar que la pena se legitima por sus fines (preventivos y tutelares) y se fundamenta o justifica por su necesidad: se sanciona penalmente porque se necesita tutelar determinados bienes, prevenir futuros delitos, conseguir un orden de seguridad jurídica, etc. La pena es –como decía Hans SCHULTZ- “una amarga necesidad en una sociedad imperfecta, como es la sociedad de los hombres”⁷⁰.

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

⁶⁸ Ibid. p.24.

⁶⁹ LÓPEZ PÉREZ, Luis (2009). Ob. cit., pp. 3-6.

⁷⁰ POLAINO NAVARRETE, Manuel (2004). *Derecho Penal. Modernas Bases Dogmáticas*. Editorial Grijley, Lima, p. 291.

2.3.3. Manifestaciones del ejercicio del poder punitivo estatal⁷¹

La potestad del Estado, en materia penal, comprende tanto la función de creación del Derecho penal objetivo como su aplicación y ejecución; esto se entiende, como la capacidad estatal para dirigir la funcionalidad del sistema penal en sus distintas fases.

Siendo así, se debe de explicar cómo se identifica y se concentran las diversas manifestaciones del ejercicio del ius puniendi; por lo que, en esa línea, exponemos lo siguiente:

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 sobrecriminalización, en aquellos casos de incremento de penas y/o de incorporación de nuevas modalidades agravadas de infracciones penales. Es

⁷¹ LÓPEZ PÉREZ, Luis (2009). Ob. cit., pp. 3-6.

evidente, que, si el Estado está facultado para sobrecriminalizar, también lo está para descriminalizar y atenuar las sanciones penales fijadas en abstracto.

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 penal⁷².

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.

2.3.3.3 Potestad única y exclusiva para ejecutar el Derecho penal objetivo

Esta función la ejerce a través de diversos operadores penales, siendo uno de ellos el operador penitenciario, el mismo que, cuando interviene, tiene sobre sí, además, una gran responsabilidad⁷³. Se conoce que la funcionalidad del control penal, también, se concentra en distintos ámbitos institucionales. Una de estas

⁷² 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.”

⁷³ El artículo 139.22° de la Carta Política.

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.

2.3. Definición de términos

a. Neoconstitucionalismo.- El término alude a un nuevo “Constitucionalismo”, o bien a una opción diferente para el “Estado de Derecho”, donde impera un concepto distinto acerca del “Derecho”; lo cual implica una novedosa y distinta “Teoría del Derecho”, en cuyo significado prevalece o tiene primacía la fuente del derecho que rige todas normas jurídicas: “La Constitución”. Bajo esta concepción, la norma suprema o “norma-normarum”, es fuente de toda la producción jurídica, la cual está compuesta de principios, distintos a las reglas o preceptos de derecho determinados y su forma de interpretación y aplicación también es distinta al “paleopositivismo”, teoría bajo la cual existían únicamente reglas de derecho expedidas por el poder legislativo, de aplicación estricta, bajo el método de “subsunción”, muy distinto al nuevo método de la ponderación o “balancing”(balanceo). Ello nos permitirá mostrar que el neoconstitucionalismo, en cuanto ideología, proporciona un marco constitucional del bien jurídico en la forma de principios o directrices. Y que, del neoconstitucionalismo, en cuanto enfoque o modo de aproximarse al estudio del Derecho, no se desprende que los bienes jurídicos protegibles

penalmente hayan de tener reconocimiento constitucional o relevancia constitucional.

- b. Ius puniendi.-** Es una expresión latina utilizada para referirse a la facultad sancionadora del Estado. De forma desglosada encontramos por un lado que, la expresión “ius” equivale a decir “derecho”, mientras que la expresión “puniendi” equivale a “castigar” y por tanto se puede traducir literalmente como derecho a penar o derecho a sancionar.
- c. Política criminal.-** Es considerada como el estudio del conjunto de medidas empleadas por los órganos de gobierno, para hacer frente a la criminalidad que afecta a un Estado, con la intención de encontrar soluciones pertinentes en la disminución de los niveles de delincuencia, respetando el Estado de Derecho.
- d. Derechos fundamentales.-** Son aquellos derechos humanos garantizados con rango constitucional que se consideran como esenciales en el sistema político que la Constitución funda y que están especialmente vinculados a la dignidad de la persona humana.
- e. Estado Constitucional de derecho.-** Es un sistema normativo complejo en el que leyes están subordinadas no sólo a normas formales sobre su producción sino también a normas sustanciales, esto es, a los derechos fundamentales establecidos en la constitución. Por eso, las condiciones de validez de las normas son también sustanciales, con el resultado de que mientras el respeto del procedimiento formal es suficiente para asegurar su existencia o vigencia, la validez de las mismas exige coherencia con los principios constitucionales.

f. Principios constitucionales.- Los principios son aquellas premisas máximas o ideas fundamentales que sirven como columnas vertebrales de todas las instituciones del derecho. Estos principios podemos encontrarlos en la Constitución. Su valor como fuente del Derecho es vital a la hora de interpretar las normas escritas; en ausencia de norma y establece la obligatoriedad de los jueces de aplicarlas e integrarlas al ordenamiento escrito.

III. METODOLOGÍA

3.1. Tipo y diseño de investigación

- a) **Tipo de investigación:** Corresponde a una investigación Dogmática⁷⁴, que permitió primero ampliar y profundizar conocimientos sobre el problema de investigación planteado, es decir sobre el estudio dogmático y jurisprudencial sobre la validez y legitimidad de los principios constitucionales como parámetros a la limitación del ius puniendi estatal en el marco del neoconstitucionalismo y derecho penal garantista.
- b) **Tipo de diseño:** Corresponde a la denominada **No Experimental**⁷⁵, 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**⁷⁶, cuya finalidad es 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.

⁷⁴ QUIROZ SALAZAR, Willian (2007). *Investigación Jurídica*. Editorial IMSERGRAF EIRL, Lima, p. 54 y Asimismo, WITKER Jorge (1995). *La Investigación Jurídica*. Editorial McGraw-Hill México, pp. 59-60.

⁷⁵ ROBLES TREJO, Luis y otros (2012). *Fundamentos de la investigación científica y jurídica*, Editorial Fecatt, Lima, p. 34.

⁷⁶ HERNANDEZ SAMPIERI, Roberto y otros (2010). *Metodología de la Investigación*, Editorial McGrawHill, México, p. 151.

d) **Diseño específico:** Se empleó el diseño **descriptivo-explicativo**⁷⁷, toda vez que se estudió los factores que generan situaciones problemáticas dentro de un determinado contexto y poder explicar el comportamiento de las variables de estudio del problema planteado sobre la validez y legitimidad de los principios constitucionales como parámetros a la limitación del ius puniendi estatal en el marco del neoconstitucionalismo y del derecho penal garantista.

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

A continuación, se detallan las actividades del proceso que se seguido en la construcción de la información y/o conocimiento; cuyos pasos a seguir fueron:

- a) selección de la información y categorías que fue estudiada;
- b) selección de las unidades de análisis, y
- d) selección del sistema de análisis de la información
- e) Discusión, interpretación y sistematización de la información

3.2.1. Población⁷⁸

- **Universo Físico:** Estuvo constituida por el ámbito mundial y nacional.

⁷⁷ Ibid. p. 155

⁷⁸ ZELAYARAN DURAND, Mauro (2007). Metodología de la investigación jurídica. Lima: Ediciones Jurídicas, pp. 251- 258.

- **Universo Social:** La población materia de estudio se circunscribió a los juristas que han desarrollado la dogmática jurídica y a la jurisprudencia existente sobre el problema de investigación.
- **Universo temporal:** El período de estudio correspondió al año 2019.

3.2.2. Muestra⁷⁹

- **Tipo:** No Probabilística.
- **Técnica muestral:** Intencional.
- **Marco muestral:** Doctrina, Jurisprudencia, Normatividad.
- **Unidad de análisis:** Elementos documentales.

3.2.3. Unidad de Análisis

La unidad de análisis estuvo conformada por las fuentes documentales: Doctrina, Jurisprudencia, normatividad, compuesta por:

- Unidad temática: Constituido por las variables de estudio
- Categorización del tema: En base a los indicadores se estableció las categorías de análisis.
- Unidad de registro: Documental y Personal en base al análisis de categorías e información en las fuentes del derecho, obtenidos mediante los IRI.

⁷⁹ Ibid., pp. 251- 258.

3.3. Instrumentos(s) de recolección de la información⁸⁰.

- a) Para recoger los datos teóricos se empleó la Técnica Documental, cuyos instrumentos fueron las fichas Textuales, Resumen y comentario, a través del cual se obtuvo información de la doctrina.
- b) Para recoger datos jurisprudenciales se empleó la técnica de Análisis de contenido, cuyo instrumento fue la ficha de análisis de contenido.

3.4. Plan de procesamiento y análisis de la información

Para el procesamiento y análisis de los datos teóricos se empleó la técnica del análisis cualitativo⁸¹, toda vez que en la investigación jurídica dogmática no admiten las valoraciones cuantitativas. Este enfoque recoge, recopila, analiza e interpreta la información, con la finalidad de comprender el problema planteado y buscar soluciones.

Por la naturaleza de la investigación desarrollada, se empleó el método de la argumentación jurídica, por considerar que el derecho es una ciencia argumentativa⁸². En consecuencia, partiendo que los argumentos son las razones aducidas en la justificación de la interpretación de un texto jurídico (doctrinal o normativo, fue empelando para justificar los fundamentos para ser extensibles las obligaciones alimentarias respecto de los denominados hijos afines surgidos de las familias ensambladas en la legislación civil peruana.

⁸⁰ ZELAYARAN DURAND, Mauro. Ob. Cit., pp. 127-132.

⁸¹ BRIONES, Guillermo (1986). Métodos y Técnicas de Investigación para las Ciencias Sociales. México: Trillas, p. 43.

⁸² Cfr. ATIENZA, Manuel (2006). El derecho como argumentación. Barcelona: Ariel.

Por lo que, la función de la argumentación en el discurso jurídico es relevante tanto en la investigación como en la toma de decisiones, por su carácter de fundamentación del significado atribuido a los enunciados normativos y las consecuencias jurídicas que de ello pueden derivarse, lo que permitió validar la hipótesis.⁸³

⁸³ ROBLES TREJO, Luis (2014). Guía metodológica para la elaboración del proyecto de Investigación Jurídica. Lima: Ffecaat, p. 58 y ARANZAMENDI, Lino (2011). Fundamentos Epistemológicos de la Investigación básica y aplicada al Derecho. Lima: Grijley, pp. 112 y ss.

IV. RESULTADOS

4.1. Sobre los principios constitucionales⁸⁴

El debate sobre los principios constitucionales y jurídicos ha sido seguramente el debate más prolífico de los últimos tiempos, teniendo su justificación en dos hechos. Primero la crisis del positivismo jurídico⁸⁵ que, en sus múltiples formas, ha sido la visión dominante del derecho a partir del siglo XIX. Sin embargo, desde mediados del siglo XX ha sufrido una transformación tan radical que algunos autores dudan de la conveniencia de seguir utilizando esa denominación.

De hecho, la mentalidad iuspositivista es una de las claves de comprensión de nuestra actual cultura jurídica, razón por la cual no conviene olvidar la historia de esta tradición intelectual. En este artículo presentaremos los rasgos fundamentales del positivismo jurídico -de "algunos" positivismos jurídicos- y procuraremos mostrar tres intentos de superar la crisis del positivismo jurídico a principios de este siglo y, especialmente, a partir de 1945.

Y el segundo hecho lo constituye en el paso del Estado legal al Estado Constitucional⁸⁶ que implico la predominancia de la constitución sobre la ley, que se avoca a la problemática de la desigualdad material o estructural de sus ciudadanos, luego de centrar su atención en el desarrollo de instrumentos que

⁸⁴ PRIETO SANCHIS, Luis (1992). *Sobre principios y normas. Problemas del Razonamiento jurídico*. Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1992.

⁸⁵ ORREGO SÁNCHEZ, Cristóbal (2000). "La crisis del positivismo jurídico. Kelsen, Hart, Bobbio". En: Revista de Derecho, Nº. 7, 2000, Universidad Católica del Norte. Coquimbo, pp. 75-84.

⁸⁶ ZAGREBELSKY, Gustavo (2008). *El derecho dúctil*, Editorial Trotta, Madrid, pp. 21-45.

permitieran garantizar y sostener la igualdad formal de todos los particulares ante la ley.

Por ello, es importante decir desde ya que el Estado constitucional, es una realidad dinámica en permanente evolución y redefinición, que tienen un origen relativamente claro y características identificables en los principios y valores que fundan al Estado constitucional y que se encuentran reconocidos en la constitución.

En efecto, frente a los excesos del normativismo estatalista, de lo que Prieto⁸⁷ llama el primer positivismo, heredero del iusnaturalismo racionalista, en el Estado liberal de Derecho, nos encontramos en la cultura jurídica con tres grandes respuestas contradictorias.

1) La prolongación del normativismo positivista perfilando sus aspectos más ingenuos, y rechazando alguno de sus postulados más discutibles, como la idea del silogismo judicial, el juez boca muda ante la única respuesta que se deduce de un sistema único y completo. En sus formulaciones más precisas y más depuradas aparece la ingente construcción de la Teoría pura del Derecho de KELSEN. En ella hay poco lugar para una reflexión sobre el Derecho justo.

2) El rechazo del normativismo positivista, que en la mayor parte de sus posiciones supone una vuelta al iusnaturalismo, es decir a la difuminación de las fronteras entre el Derecho y la Moral, en algunas a la desconsideración del papel

⁸⁷ Ibidem

del poder democrático en la creación del Derecho, a la pérdida de valor de la Ley, y a la potenciación del papel de los jueces.

En sustitución de las viejas e insostenibles doctrinas iusnaturalistas, se defiende a través de los principios, distintos de las normas, y no identificables con los criterios de validez normativa del Ordenamiento, sino asequibles a los jueces por medio de una argumentación que conduce a la única respuesta correcta, un Derecho anterior y superior al derecho positivo.

En este grupo, junto a autores que como Dworkin se sitúan en una indubitada posición democrática y progresista, y que intentan basar sus planteamientos en la cultura de la Constitución americana, aparecen otros, antimodernos, nostálgicos de la vuelta imposible a la Edad Media, tradicionalistas, que rechazan la soberanía popular y su principal producto jurídico la Ley, e incluso posiciones totalitarias, como la de la teoría jurídica nacional-socialista, o la primera teoría jurídica del comunismo soviético.

3) El intento integrador de superar, lo que en definitiva es la versión actual de la vieja polémica iusnaturalismo-positivismo, que supone mantener el esquema del punto de vista positivista como forma de entender el Derecho, conjunto de normas identificables como válidas por formar parte del Ordenamiento, con arreglo a criterios como los de la regla de reconocimiento de Hart, u otros similares. Pero

supone asimismo asumir la relevancia de la moralidad sobre el Derecho, aunque no la confusión entre las dos órdenes⁸⁸.

Así es posible, juzgar el Derecho desde la moralidad crítica, pero no sustituirle, ni excluir la calificación de Derecho de las normas contrarias a esa moralidad crítica. Es posible igualmente, para este tercer punto de vista, incorporar la moralidad crítica al Derecho positivo, como moralidad legalizada, a través de los vehículos de producción normativa, que permiten la identificación de ésta como Derecho.

Así los valores jurídicos o los principios no serán distintos de las normas, sino un tipo de normas que incorporan moralidad con el carácter general y abierto que eso comporta para su estructura. Aquí esa moralidad legalizada si sería relevante para identificar al resto de las normas, pero por ser Derecho, no por ser moralidad.

Estos tres criterios llegan a soluciones distintas en la teoría del Derecho y en la Teoría de la justicia, especialmente relevantes en cuanto al papel de la interpretación, de la producción normativa, del papel del juez y de la Ley, de la relación Derecho y moral, y de la identificación de los llamados principios, en relación con las normas.

Para Prieto, la teoría fuerte de los principios, supone un ataque al positivismo jurídico, desde un Derecho por encima de las leyes, cuya existencia no será explicable desde las normas de identificación del sistema porque lo preceden. “Así

⁸⁸ Ibidem

las fronteras entre el Derecho y la moral se difuminan, puesto que la relevancia moral de los principios «pretende invocarse como título bastante para constituir un deber ser jurídico, esto es, una norma que ha de ser observada por los operadores jurídicos en las mismas condiciones que las demás normas del sistema...»⁸⁹.

Es pues, una teoría iusnaturalista que el profesor Prieto identifica con los siguientes rasgos:

1) Se plantea su confrontación con la teoría jurídica positivista y con un alcance más general que la teoría tradicional de los principios generales del Derecho, que nació «... con el propósito de garantizar una actuación controlable y no arbitraria por parte de los jueces ... ». En tal sentido, el principialismo actual extiende su imperio «al legislador y en general a los órganos de producción normativa» y de ahí añadirá el profesor Prieto «la importancia que han adquirido los principios constitucionales, que parecen llamados a cercenar la libertad del legislador ... ».⁹⁰

2) Se distingue entre normas y principios. Las primeras forman parte del sistema identificable por la norma de identificación, regla de reconocimiento de Hart, y son aplicables al modelo de disyuntivas, todo o nada, mientras que los principios, no son identificables por los criterios de validez del sistema y son razones para decidir. Si vemos el tema desde el punto de vista de la función; su potenciación en la interpretación convierte a un precepto en principio; es decir que

⁸⁹ Ibid., p. 73

⁹⁰ Ibid., p. 23

lo que les diferencia de las normas' se vincula más a la forma de argumentar en la interpretación aplicación.

3) Rompen con la hegemonía de la Ley, expresión de la soberanía popular en la cultura jurídica moderna, con las consecuencias ideológicas y políticas que supone y aceptan que existe un Derecho por encima de la Ley, lo que lleva como en el último Radbruch, y ya en el iusnaturalismo clásico a aceptar también que hay leyes que pueden no ser Derecho. Prieto lo dirá muy claramente en su lúcida descripción de estas teorías fuertes de los principios: « ... En el fondo, Ley y Derecho son cosas distintas; el Derecho es superior a la Ley y se nutre, entre otras cosas, a base de principios.⁹¹

4.2. Sobre la clasificación de los principios constitucionales

4.2.1. Según Pedro Grández⁹²

Los principios son las normas fundamentales, pero hay que hacer más precisiones aún. Con frecuencia, en las propias Constituciones existen principios, unos más relevantes que otros. Por lo que, una de las cuestiones necesarias que debe de esclarecer una teoría de los principios y, dentro de ella, una tipología de los principios constitucionales, siendo ello fundamental para entender el problema de las fundación, limitación y legitimación del poder. En tal sentido, Grandez, siguiendo a algunos autores nos presenta la siguiente clasificación:

⁹¹ Ibid., p. 107.

⁹² GRANDEZ, Pedro (2016). El ascenso de los principios en la práctica constitucional. Editorial Palestra, Lima, pp. 13-19.

Entre las varias distinciones que se pueden hacer sobre los principios constitucionales, una tiene que ver con la distinción entre principios explícitos y principios implícitos. Esta es una distinción que se reconduce hacia los textos y sus posibilidades normativas vía interpretación. Algunos de sus enunciados son fuente de normas que no siempre aparecen “visibles” a primera vista o, en otros casos, se trata de significados normativos que se desprenden de un conjunto de enunciados vía argumentación. Se puede afirmar que algunos principios constitucionales se asumen como implícitos cuando⁹³:

i) son extensiones de principios ya existentes; ii) son manifestaciones o contenidos nuevos de principios reconocidos expresamente; iii) resultan nuevos argumentos desarrollados en nuevos contextos o también de nuevas valoraciones críticas respecto a otras anteriores; iv) expresan argumentos sólidos para fortalecer posiciones jurídicas asumidas como válidas a partir de un conjunto de normas vigentes en el sistema. A veces, en fin, se denominan principios implícitos a una regla extruida de un principio para defender una determinada posición jurídica. En cualquier caso, se trata siempre de construcciones interpretativas⁹⁴.

Otra clasificación aceptada por la doctrina es la que se establece entre principios formales “procedimentales” y sustantivos o materiales. Los principios formales como lo refiere Alexy se tratan de “principios sin contenido”. Refiriéndose al principio democrático, señala que es un principio formal porque no establece ningún contenido. En ese sentido Grandez refiere que, lo que quiere expresar es que

⁹³ Ibid., p. 15.

⁹⁴ Ibidem

algunos principios definen competencias o procedimientos de manera definitiva o que están sujetos a ponderaciones o que “valen más” pero no está claro a qué responde esta especial relevancia de los principios formales que, en determinado contexto las convierten en normas no derrotables. Los principios formales son enunciados que en la Constitución designan competencias o establecen procedimientos (distribuyendo el poder entre diversos órganos) que no pueden desconocerse en el marco de ponderación a las que conduce inevitable el modelo de los principios⁹⁵.

Los principios formales tendrían una función de cautelar las competencias que constitucionalmente corresponden a un determinado órgano, de modo que el control constitucional material no termine por avasallar competencias o procedimientos que son la expresión visible del principio del Estado de Derecho; Y los principios materiales garantizan los contenidos constitucionales-

4.2.2. Según Ermo Quisbert⁹⁶

Los principios Constitucionales se dividen en:

A. Principio de Limitación.

B. Principio de Funcionalidad: a) Principio de no Concentración; b) Principio de Cooperación y c) Principio de no-Bloqueo.

⁹⁵ Ibidem

⁹⁶ QUISBERT, Ermo (2006). “Principios constitucionales”, Bolivia. Disponible: <http://ermoquisbert.tripod.com/dc/05.pdf>

C. Principio de Supremacía: a) Principio de Unidad; b) Principio de Razonabilidad y c) Principio de Control.

D. Principio de Estabilidad.

E. Principio de Efectividad

A continuación, se plantea algunas ideas de cada uno de los principios, desarrollados por Quisbert:

A. Principio de Limitación⁹⁷

Es la relación recíproca de restricción –por razones de bienestar público— entre los órganos del poder público y los derechos de los particulares. Los derechos subjetivos se pueden restringir en dos casos:

- Los derechos constitucionales limitan al Poder Público por ejemplo el Recurso De Inaplicabilidad De La Ley.

- El poder público restringe los derechos constitucionales particulares. Por ejemplo, el Estado De Sitio prohíbe el derecho a la reunión.

La limitación al poder público, implica que el Poder Público está restringido para que no vulnere los derechos subjetivos de los particulares. Se restringe al Poder Público al no permitir la criminalización de acto que no esté prohibido. Se restringe al Poder Público cuando se prohíbe vulnerar los principios de la Constitución en las

⁹⁷ Ibid., p. 29

leyes reglamentarias que promulgue el Poder Ejecutivo. Específicamente se restringe cuando:

- Las declaraciones, derechos y garantías que proclama la Constitución no serán entendidos como negación de otros derechos y garantías no enunciados que nacen de la soberanía del pueblo y de la forma republicana de gobierno.

- Los principios, garantías y derechos reconocidos en los textos constitucionales no pueden ser alterados por las leyes que regulen su ejercicio.

- Se restringe al Poder Público, limitando sus acciones solo a lo establecido por ley, lo demás está prohibido.

B. Principio de funcionalidad⁹⁸

Equilibra el poder de los órganos establecidos, mediante la regla de división de poderes y distribuyendo de manera equitativa el ejercicio del poder. Este rol de equilibrio de las funciones lo juega la Constitución como agente distribuidor de competencias que son:

- De gobierno. Crea el Derecho. Se vincula con su validez.

- De administración. Conserva el Derecho. Se vincula con su eficiencia.

- De jurisdicción. Aplica el Derecho a conflicto de interés. Se vincula con la eficacia.

⁹⁸ Ibid., pp. 31-32

Este principio se ejerce a través de 3 sub-principios: Principio de no-concentración; Principio de cooperación y Principio de no-bloqueo.

a) Principio De No-Concentración: Impone límites a las facultades o atribuciones otorgadas. Se expresa en la prohibición de la suma del poder público. Las funciones del poder público: legislativa. Ejecutiva y judicial no pueden ser reunidas en el mismo órgano.

b) Principio De Cooperación: Garantiza la coordinación y cooperación mutua entre los poderes constituidos. Por ejemplo, en la puesta en funcionamiento de órganos.

c) Principio De No-Bloqueo: Impone límites a las facultades de fiscalización de otro poder. Está dirigido a evitar la frustración de los actos de gobierno. Con el se impide que la creación del Derecho sea frenada. No debe confundirse con el principio de control, que está dirigido a impedir que la Constitución no sea aplicada correctamente.

C. Principio de supremacía constitucional⁹⁹

El principio de supremacía es una garantía de relación de supra y subordinación de todo el ordenamiento jurídico determinado a la Constitución positiva. Existe una relación supra porque la Constitución es la máxima jerarquía. "La Constitución política del Estado es la ley suprema del ordenamiento jurídico

⁹⁹ Ibid., pp. 32-33.

nacional. Los tribunales, los jueces y autoridades la aplicaran con preferencia a las leyes, y estas con preferencia a cualesquiera otras resoluciones".

Sirve, para garantizar la subordinación de todo el ordenamiento jurídico a la Constitución. Todas las leyes y normas internas deben adecuarse a lo establecido a la Constitución; no pueden causar conflictos.

Supremacía de la Constitución respecto a los poderes constituidos, tiende a garantizar que el Poder Ejecutivo, Legislativo y Judicial respeten la Constitución y tengan limitaciones en el ejercicio del Poder, por ello las autoridades principales del legislativo, ejecutivo y del judicial al tomar posesión de su cargo juran el respeto a la Constitución.

El principio de supremacía se divide en: Principio De Unidad; Principio de Razonabilidad y Principio de Control.

a) Principio de Unidad: Es compatibilidad que debe existir en todas las normas sean ellas de igual o diferente nivel.

b) Principio de Razonabilidad: Fundamento que informa que los actos de los poderes públicos deben seguir el debido proceso bajo pena de ser declarados inconstitucionales. Es decir, cualquier incorporación de alguna ley al ordenamiento jurídico, tiene que ser razonable en su objetivo, en los medios, y en los fines. Ej. Si se incluye penas graves en el Derecho penal por contravenciones, no es razonable. Por ejemplo, este principio es base del procedimiento legislativo de sanción de leyes. Para cumplir este principio la ley debe cumplir 3 requisitos:

- Razonabilidad Interna del Acto Legislativo.- Proporcionalidad en la técnica de realización (la ley debe seguir—para su sanción— el Procedimiento legislativo) y en los motivos que origina su contenido.

- Razonabilidad Externa del Acto Legislativo.- Trata de asegurar que los fines de la ley sean satisfactorios con el sentido jurídico o bienestar de la sociedad.

- Razonabilidad de La Ley. O Razonabilidad externa del acto legislativo, donde se trata de asegurar que los fines o las metas de la ley sean satisfactorios con el sentido jurídico o bienestar de la sociedad. Debe buscar la proporcionalidad entre la medida y el fin buscado.

c) Principio de Control Constitucional: Constituye la base que establece que la Constitución prevalecerá—en su aplicación—sobre las leyes o normas inferiores del ordenamiento jurídico.

Este principio limita el Derecho abusivo y arbitrario. Asegura la coherencia en los actos legislativos. Es decir, cualquier incorporación de una ley al ordenamiento jurídico, tiene que ser razonable en su objetivo, en los medios, y en los fines. Por ejemplo, si se incluye penas graves en el Derecho penal por contravenciones, no es razonable.

De acuerdo a este principio, mediante el cual se acepta dos hechos fundamentales: La aplicabilidad de la Constitución y restablecer todo aquello que no esté conforme a la Constitución.

D. Principio de Estabilidad¹⁰⁰

Base que trata de asegurar la vigencia –en el tiempo— de la Constitución evitando que la transitoriedad de un gobierno la cambie. Existen formas de imponer estabilidad, como ser:

- Imponiendo limitaciones en el texto; la propia Constitución indica las partes que se pueden modificar o no.

- Imponiendo procedimientos de largo plazo; las modificaciones se realizan en 2 periodos constitucionales.

- Prohibición de la reforma en circunstancias especiales, por ejemplo, en gobiernos de facto, guerras, etc.

E. Principio de Efectividad¹⁰¹

Fundamento que trata de asegurar el cumplimiento de la Constitución por parte de los órganos encargados de su aplicación, imponiendo para ello sanciones en la misma Constitución. Por ejemplo, el proceso de responsabilidades de altos funcionarios públicos.

Las relaciones entre Principios: El Principio de control constitucional hace efectiva la supremacía de la Constitución. La Constitución no razonable en sus principios, medios y fines, no tiene supremacía. La supremacía establece

¹⁰⁰ Ibid., p. 37

¹⁰¹ Ibid., p. 37

parámetros de acción de supra y subordinación. El control asegura una división de poderes, y la no-concentración de poderes, es decir el control se ejerce básicamente en la distribución (funcionalidad) de los poderes del Estado. El principio de estabilidad garantiza a la Constitución una vigencia en el tiempo, se asegura algunos mecanismos de control. Una Constitución va a ser estable, es en medida de que exista una distribución equitativa de poder (funcionalidad).

4.3. Los principios en la constitución de 1993¹⁰²

En la Constitución peruana descubrimos más de dieciocho principios entre sus disposiciones; pero, ¿es necesario que los contenga todos? “Desde el punto de vista constitucional, no, ni falta que hace, pero si pretendiera hacerlo sería una tarea imposible dado que los principios tienen su origen en la jurisprudencia”.¹⁰³

Por otro lado, los principios contenidos en la Constitución, en especial aquellos que provienen de otras ramas del Derecho, no aumentan la separación entre los poderes ejecutivo y legislativo, ni mejoran las relaciones de estos órganos. No quitan ni añaden nada a las formas de gobierno mientras no sean invocados en las sentencias para frenar el poder de los gobernantes. La elaboración de principios es labor de los jueces y de las garantías de la administración de justicia, no del jefe del ejecutivo y sus ministros, como tampoco de los parlamentarios. Su presencia en la

¹⁰² HAKANSSON NIETO, Carlos (2002). “*La posición constitucional de los principios en la carta de 1993*”. Revista institucional N° 6 : Apuntes sobre la reforma constitucional. Academia de la Magistratura, Lima, pp. 187-211.

¹⁰³ Véase en ese sentido PEREIRA MENAUT, Antonio-Carlos (1996). *Temas de Derecho constitucional Español*, Follas Novas, Santiago de Compostela, p. 40.

Constitución peruana se puede clasificar del siguiente modo¹⁰⁴:

4.3.1. Los principios fundamentales del Estado

Al igual que en el derecho comparado¹⁰⁵, la Constitución peruana declara cuáles son los principios fundamentales del Estado. Los más importantes se encuentran en el artículo 43.

A. Separación de poderes

La afirmación que el Estado peruano se organiza según el principio de separación de poderes procede del liberalismo, una ideología consustancial al nacimiento de la constitución¹⁰⁶. Pero, ¿la separación de poderes se garantiza sólo con declararla? Pensamos que toda referencia a la separación de poderes es redundante porque más que declararse en una constitución se debe concretar, pero no sólo con tres funciones distinguibles entre sí, sino con efectivos controles al interior y exterior del ejecutivo y legislativo¹⁰⁷.

Además, debemos tener en cuenta que estamos ante el presupuesto esencial de toda constitución; donde no haya un poder dividido sino concentrado, ese principio no pasa de una declaración formal. Tanto es así, que el artículo 16 de la

¹⁰⁴ Por razones metodológicas seguimos la clasificación que nos ofrece Torres del Moral; véase en TORRES del MORAL, Antonio (1992). *Principios de Derecho Constitucional Español*, Universidad Complutense de Madrid, España, p. 54.

¹⁰⁵ Por ejemplo, la Constitución alemana que dispone que es "...un Estado federal, democrático y social" (art. 20.1). La francesa, que es una República indivisible, laica, democrática y social..." (art. 1). Y por último la española de 1978 que es "...un Estado social y democrático de Derecho..." (art. 1.1).

¹⁰⁶ MENDOZA ESCALANTE, Mijail (2000). *Los principios fundamentales del Derecho Constitucional peruano*, Gráfica Bellido S.R.L, Lima, pp. 169-174.

¹⁰⁷ Véase LOEWENSTEIN, Karl: *Teoría de la Constitución*, Ariel, Barcelona, 1986, págs. 232-235.

Declaración francesa de Derechos del Hombre y del Ciudadano nos lo explica: "toda sociedad en la que la garantía de los derechos no esté asegurada, ni determinada la separación de poderes, no tiene constitución".

En países sin tradición democrática, como el Perú por ejemplo, no se ha iniciado un período de transición política que permita un fortalecimiento de las instituciones. Por el contrario, se piensa que sólo basta convocar una nueva asamblea constituyente, encargada de elaborar una constitución, para dar inicio a un nuevo período democrático¹⁰⁸.

B. Soberanía

En las constituciones contemporáneas, el principio de soberanía se identifica con el concepto de legitimidad, es decir, con la licitud de los actos del gobierno. Después de la emancipación, las ex colonias iberoamericanas se constituyeron en países independientes bajo la influencia de la ideología de la Revolución de 1789 y relacionaron la noción de Constitución en torno al concepto de Estado, un hecho que acentuó su carácter de código racional. En este sentido, un rasgo común de los textos constitucionales iberoamericanos y europeos continentales es el forzado parentesco entre Constitución y Soberanía¹⁰⁹.

Cuyo lavado de imagen por las asambleas constituyentes consistió en sustituir

¹⁰⁸ Dos casos relativamente recientes han sido la Constitución Española de 1978 y chilena de 1980. Ambas son resultado de un acuerdo que posibilitó, de manera distinta en cada caso, que la constitución se convierta en un medio de transición política. En ella, se pactó la división de poderes entre otros acuerdos. El problema está cuando la constitución no nació de un pacto sino que fue impuesta por una mayoría, como fue en el caso peruano.

¹⁰⁹ LOEWENSTEIN, Karl. Ob. Cit, p. 206.

el concepto de "Soberanía del Estado", por la "del Pueblo" o "de la Nación"¹¹⁰.

Gracias a la difusión francesa, las constituciones europeas fueron las primeras en adolecer de este error conceptual. De esta manera, la relación de los conceptos de Soberanía y Constitución no tardó en llegar a las primeras asambleas constituyentes de las repúblicas emancipadas; como, por ejemplo, las constituciones mexicanas de 1814, 1824, 1857 que contenían el concepto de Soberanía, al igual que su actual Carta de 1917.¹¹¹

Como mencionamos líneas atrás, el principio de soberanía siempre ha estado presente en las constituciones históricas peruanas¹¹². No obstante, es un error pensar que este es un concepto propio del constitucionalismo sino más bien consustancial del Estado. La soberanía fue una construcción cultural y política creada para fortalecer el poder de los reyes absolutistas durante las guerras de religión en Europa.

Por eso, a diferencia del principio de separación de poderes, Constitución y Soberanía son opuestos, ya que el primero surgió para combatir precisamente al segundo.

¹¹⁰ Sobre la defensa y consecuencias de ambos conceptos en los textos constitucionales iberoamericanos, véase COLOMER, Antonio: "La Revolución francesa, su declaración de derechos y el constitucionalismo iberoamericano" en *Revista de Derecho Político*, N° 34, 1991, págs. 360-363.

¹¹¹ El artículo 39 de la actual Constitución mexicana dice que "la soberanía reside esencial y originalmente en el pueblo y se instituye para beneficio de éste..."; y por otro lado, su artículo 40 añade que es "voluntad del pueblo mexicano constituirse en una República representativa, democrática, federal, compuesta de Estados libres y soberanos en todo lo concerniente a su régimen interior...".

¹¹² Salvo las Constituciones peruanas de 1828, 1834 y 1933, las restantes han mencionado el principio de soberanía.

i. El Estado Democrático de Derecho

El artículo 43 de la Carta peruana hace referencia al principio democrático, aunque¹¹³, hoy en día, nos parece obvia toda alusión a la democracia en una Constitución. En ese sentido, pensamos que la falta de tradición constitucional del Estado peruano llevó al Constituyente a hacer expresa referencia del principio democrático. Su inclusión está presente en casi todas las constituciones modernas, incluyendo países que pese a tener formalmente una constitución viven un régimen dictatorial¹¹⁴.

El principio democrático está disperso en su articulado, entre sus manifestaciones más importantes tenemos:

- a. El principio de manifestación de voluntad popular¹¹⁵.
- b. El principio de participación¹¹⁶.
- c. Los principios del derecho electoral¹¹⁷.
- d. El principio representativo¹¹⁸.
- e. El principio de gobierno de la mayoría¹¹⁹.

¹¹³ Sobre el principio del Estado de Derecho en la Constitución Peruana, véase MENDOZA, Mijaíl; Ob. Cit, pp.179-201.

¹¹⁴ Sirva como ejemplo el artículo primero de la Constitución cubana de 1976 (reformada en 1992).

¹¹⁵ Arts. 35, 45, 46 y 176 Const. peruana de 1993.

¹¹⁶ Arts. 2.17, 31, 32 y 35.

¹¹⁷ Arts. 178.

¹¹⁸ Arts. 43, 90, 187 y VII disposición final y transitoria.

¹¹⁹ Arts.90 y 111.

El derecho electoral tiene otros principios, como son los principios de calendarización, el principio de transparencia, el principio de conservación y el de unidad¹²⁰.

Los cuatro no se encuentran reconocidos taxativamente en la Ley electoral peruana, pero pueden inferirse de sus funciones¹²¹. Por otro lado, el principio representativo adolece de un déficit democrático debido a la elección de los parlamentarios por distrito único. Una disposición de naturaleza transitoria mientras se constituyan las regiones. El hecho es que, hasta el momento, todavía no existe una real voluntad política para iniciar el proceso de descentralización.

ii. El Estado Social de Derecho

El principio establece una relación entre Estado y Sociedad que deberá promover la igualdad y libertad efectivas. Los contenidos generales de este principio en la Constitución peruana pueden resumirse de la siguiente manera:

1. El catálogo de derechos sociales compromete al Estado a realizar prestaciones en los campos de la salud, educación, trabajo y pensiones¹²².

2. Se establecen unas disposiciones relativas a la participación de los ciudadanos en la vida política y social¹²³.

3. Se fijan los principios generales del régimen económico, el artículo 58 establece además que "...el Estado orienta el desarrollo del país, y actúa

¹²⁰ Cfr. HERNANDEZ VALLE, Rubén (1994): "*Los Principios del Derecho Electoral*" en Justicia Electoral, p. 22.

¹²¹ Art. 5 Ley Orgánica del Jurado Nacional de Elecciones (Ley 26486).

¹²² Título I, Cap. II Const. Peruana de 1993.

¹²³ Título I, Cap III.

principalmente en las áreas de promoción de empleo, salud, educación, seguridad, servicios públicos e infraestructura". De igual manera, la Constitución peruana dice en el artículo 59 que el Estado "brinda oportunidades de superación a los sectores que sufren cualquier desigualdad; en tal sentido, promueve las pequeñas empresas en todas sus modalidades"¹²⁴.

De acuerdo con estas disposiciones, vemos que el Estado de Derecho peruano es de tipo social y asistencial por el activo papel que la Constitución le asigna. Sin embargo, los estados donde más se ha desarrollado y cumplido el Welfare State, como el Reino Unido, Canadá y Suecia, no han incorporado estas políticas y principios entre sus constituciones sino en las leyes. Por eso, nos parece razonable cuestionar su presencia dado que podría volverse contraria a la propia idea de carta magna si esos principios y políticas no se realizan¹²⁵.

Finalmente, nos preguntamos si un estado puede ser a la vez democrático, social, soberano y organizarse bajo el principio de separación de poderes. En nuestra opinión, nos encontramos ante cualidades de naturaleza tan diversa que el crecimiento de una ellas podrían afectar a las restantes. Lo cierto parece ser que la falta de tradición constitucional, cubierta con una cultura legalista, ha llevado a incorporar declaraciones similares en las cartas magnas¹²⁶.

¹²⁴ Título III, Cap 1.

¹²⁵ Cfr. MARTINEZ ESTAY, José Ignacio (1997). *Jurisprudència Constitucional española. Sobre Derechos Sociales*, Cedecs, Barcelona, p. 69.

¹²⁶ Por ejemplo, la Constitución alemana dispone que es "...un Estado federal, democrático y social" (art. 20.1), la francesa nos dice a su vez que es una República indivisible, laica, democrática y social..." (art. 1). Y por último la española de 1978 que es "...un Estado social y democrático de Derecho".

4.3.2. Los principios técnico jurídicos del ordenamiento

A. La Supremacía

En la Carta de 1993¹²⁷, el principio de supremacía constitucional se interpreta de acuerdo con los postulados de Kelsen, es decir, concebir a la constitución como la norma fundante del ordenamiento jurídico y cumbre de una pirámide normativa. Su artículo 51 nos dice que "la Constitución prevalece sobre toda norma legal; la ley sobre las normas de inferior jerarquía, y así sucesivamente". En el mismo sentido, el segundo párrafo del artículo 138 nos dice que "en todo proceso, de existir incompatibilidad entre una norma constitucional y una norma legal, los jueces prefieren la primera. Igualmente, prefieren la norma legal sobre toda otra norma de rango inferior".

No obstante, el significado original de este principio proviene de la Constitución estadounidense y no de la tradición europea continental, porque en ella subyace, ante todo, una supremacía al poder que ejercen los gobernantes¹²⁸. Si bien el artículo sexto de la Carta de 1787 nos dice que es el supremo Derecho del país", de esa frase no podemos deducir su jerarquía normativa dado que su significado estuvo vinculado al federalismo y, además, porque el derecho anglosajón es abierto y no cerrado como el peruano.

¹²⁷ Cfr. MENDOZA, Mijail: Ob. Cit., pp. 201-205.

¹²⁸ De acuerdo con Martínez Estay "...si bien la supremacía no es algo que diga relación directa con el sistema de Fuentes del Derecho, sí trae aparejada una importante consecuencia respecto de éste. La Constitución está por sobre el poder y es en parte Derecho, por lo que sus preceptos deben primar sobre el derecho producido por el poder (leyes y reglamentos). Así, la Constitución pasa a ocupar el lugar más importante en el sistema de Fuentes del Derecho positivo. Por tal motivo el Derecho infraconstitucional debe ajustarse a ella. Pero esto no es más que un resultado de la supremacía de la Constitución, y no debe confundirse con la supremacía misma"; cfr. Martínez ESTAY José Ignacio (1997): "Acerca de la Supremacía Constitucional" en *Revista de Derechw*, XVIII, Barcelona, p. 67.

Es abierto no sólo porque incluye las sentencias del Tribunal Supremo, sino porque sobrevive el antiguo Derecho español en Nuevo México, el francés en Louisiana, el Common Law y la equidad¹²⁹. Por esa razón, la idea de supremacía constitucional no implica el monopolio de la producción jurídica ni la negación de otras fuentes distintas de la misma Constitución de 1787 y demás leyes que la desarrollan.

Hasta el momento, el Tribunal Constitucional peruano ha hecho referencia al principio de supremacía en dos ocasiones. La sentencia 188 de 1997 nos dice "...el artículo 51 de la Constitución establece la prevalencia de la Constitución sobre toda otra norma legal, y el artículo 138 del mismo texto constitucional señala que en todo proceso de existir incompatibilidad entre una norma constitucional y una legal, los jueces deben preferir la primera; ..."

Por otro lado, la sentencia 115 de 1996, al aclarar los alcances de las acciones de garantía, afirma que la acción de amparo no es la vía idónea para impugnar "la preservación del principio de jerarquía de nuestro sistema de fuentes, que se prevé en el artículo 51 de la Constitución".

Sin embargo, ambas sentencias repiten las disposiciones constitucionales sin aportar verdadera jurisprudencia. Es decir, el Tribunal no argumenta lo que entiende por supremacía constitucional, sólo se limita a un fallo que está más cerca de una justicia procesal que sustancial.

¹²⁹ PEREIRA MENAUT, Antonio-Carlos (1998). *Invitación al Estudio de la Constitución de los Estados Unidos*, Tórculo, Santiago de Compostela, p. 36.

B. La igualdad ante la ley

La Constitución peruana no se limita a establecer una disposición general sobre el principio de igualdad ante la ley, sino que se formula de tres maneras distintas:

1. Cuando establece que nadie debe ser discriminado por motivo de origen, raza, sexo, idioma, religión, opinión, condición económica, etc¹³⁰.
2. Cuando dispone que pueden expedirse leyes especiales porque así lo exige la naturaleza de las cosas, pero no por razón de la diferencia de personas¹³¹.
3. Cuando en relación con el ejercicio del derecho de propiedad dispone que los extranjeros, sean personas naturales o jurídicas, están en la misma condición que los peruanos¹³².

La Constitución peruana no reconoce expresamente el principio de igualdad material, a diferencia de la Carta española de 1978 que en su artículo 9.2 encomienda a los poderes públicos remover los obstáculos que impiden la plena y efectiva realización de la igualdad. No obstante, la igualdad material se podría inferir de la lectura de los artículos de la Carta de 1993; por ejemplo, el segundo párrafo del artículo 23 establece que "el Estado promueve condiciones para el progreso social y económico, en especial mediante políticas de fomento del empleo productivo y de educación para el trabajo".

¹³⁰ Véase Art. 2.2 Constitución Peruana.

¹³¹ Art. 103.

¹³² Art. 71.

De igual manera, podría entenderse como un reconocimiento de este principio al artículo 59 que dispone que "el Estado brinda oportunidades de superación a los sectores que sufren cualquier desigualdad", que a su vez hace alusión al Estado Social y Asistencial como explicamos líneas atrás.

4.3.3. Los principios inspiradores de la actuación de los Poderes Públicos

A. El debido proceso

No es extraño que sean los países judicialistas quienes más han respetado la aplicación y desarrollo de los principios del debido proceso. En ese sentido, un sector de la doctrina considera que dichos principios adquieren verdadera importancia en una constitución sin codificar o si no se les menciona expresamente¹³³. En cambio, en la tradición europea continental las garantías de la administración de justicia pueden no ser observadas, salvo que se asegure una firme voluntad del poder político para hacerlas respetar.

En esta oportunidad no vamos a enumerar los principios del debido proceso porque en las constituciones contemporáneas¹³⁴, en especial las europeas continentales, no existe mayor diferencia entre ellas. Es más, podríamos decir que

¹³³ Es la tesis de Añaki Esparza Leibar en su obra *El principio del proceso debido*, Barcelona, Bosh, 1995; citado por MARTINEZ ESTAY, José Ignacio (1997). "El Derecho al Debido Procedimiento Jurídico" en *Lecciones de derechos Humanos*, EDEVAL, Valparaíso, 1997, p. 118.

¹³⁴ UCHUYA CARRASCO, Humberto (2000). "Constitución y principios constitucionales" en *Revista Peruana de Derecho Constitucional*, N° 2. Tribunal Constitucional, Lima, pp. 323-346.

unas son copia de las otras¹³⁵. Pero, con relación a la aplicación de los principios reconocidos por la Constitución, descubrimos que aquellos referidos a la tutela judicial efectiva: el principio de instancia plural¹³⁶, la igualdad ante la ley¹³⁷, el derecho de defensa¹³⁸, la cosa juzgada¹³⁹ y la presunción de inocencia¹⁴⁰ son los más invocados por los magistrados. También observamos que su empleo no es fruto de un meditado razonamiento ni resultado de un estudio profundo sobre un caso que es materia de resolución judicial. En la práctica, los principios se aplican igual que una norma. Los jueces realizan un ejercicio casi mecánico debido a que invocan sólo aquellos que están contenidos en la Constitución y en el ordenamiento jurídico¹⁴¹.

Es cierto que parte de esta realidad es causada por las propias deficiencias de la administración de justicia, que escapan a los propósitos de este artículo, pero

¹³⁵ En efecto, estos principios se incorporaron por primera vez en el artículo 39 de la Carta Magna inglesa de 1215, y otros de ellos en la Petition of Rights de 1628 y el Act of Settlement de 1701. Luego formaron parte de la Constitución norteamericana, enmiendas V, VI, VII y XIV. En Europa continental se incorporaron en la Declaración de Derechos del Hombre y del Ciudadano de 1789 en sus artículos 7, 8 y 9. Después de ese itinerario, los principios del debido proceso se exportaron al resto de constituciones; véase MARTINEZ ESTAY: "El Derecho al", p. 120.

¹³⁶ Véanse las sentencias número 12, 22, 30 y 35 del Tribunal Constitucional peruano. Con relación a la numeración de las sentencias seguimos el criterio de la Jurisprudencia del Tribunal Constitucional, Tomos 1-1V, editados por Gaceta Jurídica en los años 1996-1999, salvo que proceda del Diario Oficial. En cuyo caso, citaremos las sentencias por el número de expediente y fecha de publicación del diario *El Peruano*.

¹³⁷ Sentencias número 171, 188, 226, 336, 523 y 809.

¹³⁸ Sentencias número 191, 231, y 464.

¹³⁹ Sentencias número 420, 670 y 808.

¹⁴⁰ Sentencias número 487 y 494.

¹⁴¹ Como un ejemplo de la aplicación mecánica de los principios y las leyes podemos citar la sentencia del Tribunal Constitucional que nos dice lo siguiente: "...el inciso 3) del Artículo 139 de la Constitución señala como principios y derechos de la función jurisdiccional la observancia del debido proceso y la tutela jurisdiccional, estableciendo que ninguna persona puede ser desviada de la jurisdicción predeterminada por la ley ni sometida a procedimiento distinto de los previamente establecidos. Y, en el caso de autos, la disposición del artículo 158 del Decreto Legislativo N° 6 no restringe el derecho a tutela jurisdiccional del demandante, en la medida en que el ejercicio de este derecho está sujeto al cumplimiento de ciertas formalidades y requisitos, de admisión o procedimiento, expresamente previstos en la ley" (fundamento jurídico 3). Cfr. Sentencia publicada el 11 de febrero del 2000 (Expediente 175-99 AA/TC).

también es consecuencia de pertenecer a una tradición jurídica distinta como es el normativismo¹⁴². Por ese motivo, si bien las normas y principios contenidos en la Constitución de 1993 son invocados por los tribunales, la falta de independencia e inamovilidad judicial, sumada a una interpretación legalista de la Constitución, llevan a los jueces a no deducir principios entre las disposiciones constitucionales a menos que se encuentren reconocidos expresamente.

Finalmente, consideramos que la enumeración de las garantías del debido proceso debe ser ilustrativa y no taxativa porque comprenden todos aquellos principios que eviten la indefensión¹⁴³. A diferencia de los países normativistas, la tradición judicialista lo entiende así. Basta observar el desarrollo que la jurisprudencia norteamericana ha hecho, y sigue haciendo, sobre las enmiendas de la Constitución federal que reconocen el *due process of law*¹⁴⁴.

B. Las disposiciones económicas

La inclusión de un título o capítulo en la Constitución dedicado a los principios rectores de la actividad económica también es una tendencia en Iberoamérica y Europa continental. Pero concluir que los jueces, gracias a la aplicación de esos principios, puedan controlar las decisiones políticas en materia económica nos parece un error puesto que afectaría la separación de poderes,

¹⁴² Una explicación sobre la diferencia entre la tradición normativista y judicialista puede leerse en D'ORS, Álvaro (1973). "Ordenancistas y Judicalistas" en *Escritos Varios sobre el Derecho e* *Ciisis*, Cuadernos del Instituto Jurídico Español, Roma-Madrid, pp. 3~39.

¹⁴³ En el mismo sentido MARTINEZ ESTAY: "El Derecho al", ob. cit., p. 135.

¹⁴⁴ Véanse de la Constitución norteamericana las enmiendas V, VI, VII y XIV sección 1.

además de la propia dificultad de los tribunales para hacerlo correctamente¹⁴⁵. Por otro lado, si la Constitución reconoce la libertad, la igualdad y el derecho de propiedad, derechos en los que subyacen los principios de pluralismo económico y libre competencia¹⁴⁶, creemos que no es necesaria la incorporación de estos principios. Dado que el marco de actuación del Estado y los ciudadanos (en este caso los inversionistas) estará garantizado por la propia Constitución, siempre que exista una judicatura independiente.

4.3.4. Los principios informadores del Derecho

A diferencia del modelo anglosajón, la acepción kelseniana dio lugar a la incorporación de principios informadores del Derecho. Toda Constitución moderna cuenta con principios del derecho laboral, que concretan el principio del Estado Social de Derecho; o del derecho tributario, que complementan aquellos que conforman la llamada constitución económica.

El rasgo común de los principios informadores es su presencia redundante en la Constitución de 1993, cuando más de uno puede deducirse del catálogo de derechos y libertades reconocidos, ya sean de primera o segunda generación¹⁴⁷.

¹⁴⁵ Sobre este problema, el Tribunal Constitucional español en la sentencia 11/1981 dijo que "...la Constitución es un marco de coincidencias suficientemente amplio como para que dentro de él quepan opciones políticas de muy diferente signo.. Queremos decir que las opciones políticas y de gobierno no están previamente programadas de una vez por todas..." (fundamento jurídico siete).

¹⁴⁶ Para Ollero, comentando los principios rectores de la política social y económica reconocidos por la Constitución española, considera que dichos principios "aparecen emparentados con los derechos y libertades marcando un nivel de menor relevancia práctica"; véase OLLERO, Andrés (1981). "Derecho Natural y Jurisprudencia de Principios" en *Persona y Derecho* N° 8, 1981, pp. 177-178.

¹⁴⁷ El extenso catálogo de derechos y libertades se obtiene detallando los derechos de dignidad, libertad, igualdad, participación y propiedad. Por ejemplo, la libertad de expresión subyace en la

Para la doctrina, un derecho o principio es redundante cuando la realidad jurídica existe en virtud de otros derechos o principios contenidos en la misma constitución¹⁴⁸. Veamos algunos ejemplos:

A. Los Principios Tributarios

El artículo 74 de la Constitución reconoce los principios de legalidad, igualdad, y no confiscatoriedad¹⁴⁹. Nosotros pensamos que podemos deducirlos de la Carta de 1993 puesto que están contenidos en otros más amplios. Así, el principio de legalidad subyace en las disposiciones relativas al Estado del Derecho, la igualdad se encuentra reconocida en el catálogo de derechos, y la no confiscatoriedad se protege con el derecho de propiedad.

El mismo artículo añade que no surten efecto las normas tributarias que violen los principios y potestades tributarias dispuestos por la Constitución. Afirmación redundante si la Carta de 1993, gracias al principio de jerarquía, es suprema del ordenamiento jurídico. De esta manera, vemos que el poder financiero se encuentra sometido a la Carta de 1993 si deducimos sus principios de las propias disposiciones constitucionales¹⁵⁰.

libertad de enseñanza, la libertad de asociación está contenida en los derechos de sindicación y de fundar partidos políticos. El derecho de participación también lo encontramos en el reconocimiento a intervenir en asuntos públicos, etc. Pero, como sostiene Martínez Estay, "...esta situación no es casual, sino producto del hecho de que durante años dichos derechos no se consideraron parte de las libertades y derechos con que se corresponden"; Además, hay que considerar que, antes de la Revolución de 1848, las uniones de obreros y las huelgas se castigaban penalmente.

¹⁴⁸ Véase la diferencia que Rubio Llorente hace cuando la redundancia es parcial o total; RUBIO LLORENTE, Francisco (1993). "El Principio de Legalidad" en *Revista Española de Derecho Constitucional*, N° 39, Madrid, pp. 11-12.

¹⁴⁹ El mismo artículo agrega el respeto de los derechos fundamentales de la persona; no lo incluimos porque en primer lugar no estamos ante un principio y, segundo, porque la finalidad de la Constitución es, precisamente, la protección de los derechos y libertades.

¹⁵⁰ Contrario con nuestra posición, Rodríguez Bereijo afirma que los principios tributarios en la constitución son la máxima expresión de la sujeción del poder financiero al Estado de Derecho. No obstante, como afirmamos líneas arriba, consideramos que las disposiciones constitucionales

La Carta de 1979 reconocía además otros principios que no recoge la actual, como el de justicia, la uniformidad¹⁵¹, la obligatoriedad, la certeza y economía en la recaudación¹⁵². No obstante, aunque no han sido incorporados siguen vigentes puesto que son garantías y fines del derecho tributario. Con lo cual podríamos cuestionar la presencia de todos ellos en la Constitución. El mismo criterio podríamos aplicar para todos los principios ajenos al derecho constitucional, sobre todo porque los jueces no sólo invocan los principios que están contenidos en la Carta de 1993 sino también aquellos que se encuentran recogidos en normas o códigos. Es el caso del principio solve et repete, que no aparece entre los principios reconocidos expresamente por la Constitución peruana, pero que la jurisprudencia constitucional lo aplica¹⁵³.

B. Los principios laborales

En la Carta de 1993 se reconocen los principios del derecho laboral, pero, de la misma manera, pensamos que los derechos y principios constitucionales son suficientes para que los jueces puedan de ahí deducirlos¹⁵⁴. En la Constitución peruana, el principio protector no está reconocido expresamente. Sin embargo, este puede inferirse del artículo 23, que dice que "el trabajo en sus diversas modalidades

son suficientes para que la judicatura pueda deducir y proteger los principios informadores del derecho tributario. En todo caso véase RODRIGUEZ BEREIJO, Álvaro (1992). "*El Sistema Tributario en la Constitución*" en Revista Española de Derecho Constitucional, N° 36, Madrid, p. 11.

¹⁵¹ Hay que advertir que los principios de uniformidad e igualdad y justicia están relacionados entre sí, ya que los tributos se gravan de acuerdo con la capacidad económica del contribuyente (justicia distributiva); véase HERNANDEZ BERENGUEL: "El Poder Tributario y...", Ob. cit., p. 23.

¹⁵² Art. 139.

¹⁵³ Sentencias número 96, 97, 296, 298, y 525.

¹⁵⁴ La doctrina conoce inflación y fragmentación al fenómeno de expansión de principios y derechos; véase en PEREIRA MENAUT: *Ob. Cit.*, pp.46, 54 y 66.

es sujeto de atención prioritaria del Estado, el cual protege especialmente a la madre, al menor de edad y al impedido que trabajan..."¹⁵⁵ Sin embargo, pese a su enunciado genérico, la práctica judicial y la legislación laboral lo invocan sin mencionarlo de manera explícita¹⁵⁶.

Por otra parte, el principio de igualdad en las relaciones laborales está contenido en el reconocimiento general que hace la Constitución peruana en el catálogo de derechos¹⁵⁷. Por otro lado, el principio de irrenunciabilidad de derechos laborales está incluido en la propia naturaleza de los derechos humanos¹⁵⁸, no es posible renunciar a ellos porque se derivan de su dignidad.

En el derecho laboral existen, sin embargo, otros principios que quizá no subyacen entre los derechos clásicos reconocidos por la Constitución peruana, como es el caso del principio indubio pro operario¹⁵⁹; pero, si consideramos que los tratados celebrados por el Perú forman parte del derecho nacional¹⁶⁰, y que el catálogo de derechos reconocido por la Carta de 1993 se interpreta conforme a los instrumentos internacionales sobre derechos humanos¹⁶¹, estimamos que los tratados o acuerdos celebrados con la OIT junto con la legislación laboral peruana

¹⁵⁵ De acuerdo con este artículo, el principio protector sería una manifestación del Estado Social de Derecho.

¹⁵⁶ Podemos citar como aplicación del principio protector la sentencia (Exp. 2~6-92-SL del 23 de agosto de 1993) de la Sala Laboral de Trujillo que declaró la existencia de relación laboral de un locador de servicios sin existir contrato, dado que ha realizado su trabajo de forma personal y permanente, además de tratarse de un servicio ordinario y connatural con el giro de la empresa (contrato realidad). Véase URQUIZA VEGA, Francisco (dir): *Jurisprudencia Laboral*, Tomo 1, 1996, pág. 100.

¹⁵⁷ Véanse los artículos 26, inciso 1, y el 2, inciso 2, de la Constitución peruana.

¹⁵⁸ Artículo 26 inciso 2 de la Constitución peruana.

¹⁵⁹ Principio tomado del derecho penal (la duda favorece al reo) aplicado a las relaciones jurídicas laborales. Ver artículo 26 inciso 3 de la Constitución peruana.

¹⁶⁰ Artículo 55 Const. Peruana.

¹⁶¹ Cuarta disposición final y transitoria de la Constitución Peruana.

bastarán para garantizarlos. En efecto, entre las sentencias del Tribunal Constitucional descubrimos una remisión a los convenios internacionales que amparan la jornada laboral¹⁶².

En la Carta de 1993 descubrimos otros principios, como la libertad de empresa, comercio e industria¹⁶³, que informan el espíritu de las normas de derecho mercantil. De la misma manera, el principio de reciprocidad en el cumplimiento de los tratados de extradición¹⁶⁴, que pertenece al derecho internacional público. En ambos casos, nos parece que su ámbito tampoco se encuentra en la Constitución sino en las propias leyes y tratados internacionales respectivamente.

4.4. Derecho penal moderno basado en el expansionismo penal y la negación de los límites del ius puniendi estatal

4.4.1. Generalidades

En los últimos años, con las transformaciones que la sociedad va experimentando, principalmente tras la industrialización, se han producido muchos cambios en el Derecho penal. Es una tendencia natural que el Derecho acompañe la evolución de la sociedad, ofreciendo o buscando ofrecer respuestas a los problemas que surgen con estas transformaciones.

¹⁶² "El artículo 25 de nuestra Carta Magna concordante con los Convenios número 1 y 52 de la Organización Internacional de Trabajo establece que la jornada de trabajo es de ocho horas diarias o cuarenta y ocho horas semanales"; cfr. Sentencia número 319.

¹⁶³ Véase Art. 59 Constitución peruana

¹⁶⁴ Art. 37.

Hay el surgimiento cotidiano de nuevas situaciones hasta entonces inéditas para el Derecho. Bienes jurídicos que antes no formaban parte del ámbito protegido por el Derecho penal, ahora la sociedad clama por su tutela, como el medio ambiente o la economía. Son bienes jurídicos universales y no individuales, y su protección se refiere no a una lesión o un peligro concreto de lesión de estos bienes jurídicos, sino, a un peligro abstracto¹⁶⁵.

Así, el legislador penal ha actuado de manera incesante, fundamentalmente en la Parte Especial de los Códigos penales, creando tipos nuevos o ampliando la gravedad de los ya existentes. La consecuencia es que “en conjunto, el Derecho Penal de los últimos años ha aumentado significativamente su capacidad, eliminando de paso algunas garantías específicas del Estado de Derecho que se habían convertido en un obstáculo para el cumplimiento de sus nuevas tareas”¹⁶⁶. Frente a las transformaciones ocurridas, parece que el Derecho penal clásico no posee elementos suficientes para el enfrentamiento de los problemas derivados de ellas.

De acuerdo con Muñoz Conde¹⁶⁷, ese Derecho penal “carece de información suficiente sobre el efecto preventivo de sus disposiciones, exige una imputación del injusto a personas físicas individuales y requiere una prueba precisa de la relación causal entre la acción y los daños”.

¹⁶⁵ HASSEMER, Winfried (1993). “Crisis y características del moderno derecho penal”, *Actualidad Penal*, N° 43, Madrid, p. 640.

¹⁶⁶ *Ibidem*.

¹⁶⁷ MUÑOZ CONDE, Francisco (2000). *Presente y futuro de la dogmática jurídico-penal*, Revista Penal, Madrid, p. 48.

Esa presunta insuficiencia, provoca el surgimiento de un Derecho penal moderno, con características propias, actuando en sectores distintos que el Derecho penal clásico, con otros instrumentos y produciendo cambios en sus funciones. Y la actuación de ese Derecho penal moderno ha generado problemas de gran relevancia, que atentan directamente contra los fundamentos del Estado Social y Democrático de Derecho.

4.4.2. Características

Según Hassemer¹⁶⁸, el Derecho penal moderno presenta tres características propias que reflejan el contexto actual: la protección de bienes jurídicos, la prevención y la orientación a las consecuencias.

La primera de ellas, consiste en que el Derecho penal moderno considera la protección de bienes jurídicos una exigencia para la penalización de determinadas conductas, desvirtuando, de esta manera, la concepción clásica de este principio, por la cual la protección de bienes jurídicos asume un carácter negativo, de prohibición de penalización de determinadas conductas. Así, el Derecho penal moderno utiliza la protección de bienes jurídicos como un mandato para penalizar, y no como una limitación a la protección de bienes jurídicos¹⁶⁹.

No obstante que la función del ordenamiento jurídico globalmente considerado sea la protección de bienes jurídicos, no significa que incumba al Derecho penal en exclusiva la realización de esa tarea. Por el contrario, la

¹⁶⁸ HASSEMER, Winfried. *Crisis...* Ob. Cit., p. 638.

¹⁶⁹ *Ibidem*.

protección debe ser, incluso, frente al propio Derecho penal, que sólo debe intervenir cuando se hayan agotado otros medios de protección, dado que “el concepto de bien jurídico se concibió originariamente más como límite que como legitimación de la intervención del Derecho penal”¹⁷⁰.

Existe, por lo tanto, una evidente infracción del principio de intervención mínima, porque el bien jurídico es directamente protegido por la última ratio del ordenamiento jurídico, el Derecho penal, sin pasar por los “filtros” de las otras ramas del Derecho, sin cuestionarse la relevancia de tal bien para el Derecho penal. Los principios de intervención mínima y de protección de bienes jurídicos deben, en realidad, coexistir, de tal forma que aquél figure como límite de este.

Así lo entiende Córdoba Roda¹⁷¹: (...) la ciencia penal como expresión cultural proclama desde decenios el principio conforme el cual sólo debe recurrirse al Derecho Penal en los casos en los que el mismo sea absolutamente necesario para la protección de bienes jurídicos frente a los ataques más intensos de los que pueden ser objeto. Ello comporta, además la exigencia de que las normas penales se encuadren dentro del ordenamiento jurídico conforme a un sistema debidamente coordinado en el que las sanciones penales representan el último e inevitable recurso a que acude el Estado.

Por ejemplo, es lo que ocurre con el bien jurídico medio ambiente: frente del deseo de la sociedad de protección de ese bien jurídico (del cual no se discute su

¹⁷⁰ MUÑOZ CONDE, Francisco (1996). *El 'moderno' derecho penal en el nuevo código penal. Principios y tendencias*, La Ley, nº 3, Madrid, p. 1340.

¹⁷¹ CÓRDOBA RODA, Juan (1996). *Nuevas formas de delito y principio de intervención mínima*. La Ley, nº 3, p. 1333.

importancia), el Derecho penal intervino como *prima ratio*, incluso frente a la posibilidad de protección por otras vías menos gravosas que el Derecho penal, como el propio Derecho administrativo.

La segunda característica consiste en que el Derecho penal moderno convirtió la prevención, antes considerada como una meta secundaria del Derecho penal, en su principal finalidad. Para lograr esta nueva meta, el Derecho penal moderno utiliza herramientas contundentes frente al sistema de garantías del Derecho penal clásico, como la agravación de las penas y ampliación de medios coactivos en la fase instructora¹⁷². Así, como afirma HASSEMER¹⁷³, “cada vez más el fin parece justificar los medios”.

Es cierto que la finalidad de prevención debe nortear el Derecho penal, pero no constituir su primordial meta. Se impone que haya un equilibrio entre la prevención general y la especial, para que, tanto los intereses de la sociedad como los de la persona considerada individualmente, sean satisfechos. Al mismo tiempo que el propósito de la pena es la “intimidación de la generalidad de los ciudadanos, para que se aparten de la comisión de los delitos”¹⁷⁴ (prevención general), existe también la función de “apartar al que ya ha delinquido de la comisión de futuros delitos, bien a través de su corrección o intimidación, bien a través de su aseguramiento, apartándolo de la vida social en libertad”¹⁷⁵ (prevención especial).

¹⁷² HASSEMER, Winfried. *Crisis...* Ob. Cit., p. 638.

¹⁷³ *Ibidem*.

¹⁷⁴ MUÑOZ CONDE, Francisco. *Presente...* Ob. Cit., p. 48.

¹⁷⁵ *Ibidem*.

Por lo tanto, para lograr la armonía entre estas dos caras de la prevención, sin que haya cesión a favor de una de ellas, se debe considerar que “la sociedad tiene derecho a proteger sus intereses más importantes recurriendo a la pena si ello es necesario”¹⁷⁶; pero, por otro lado, “el delincuente, por su parte, tiene derecho a ser respetado como persona y a no quedar separado definitivamente de la sociedad, sin esperanza de poder reintegrarse a la misma”¹⁷⁷.

El Derecho penal moderno rompe claramente con el equilibrio que debe existir. Sustenta la prevención general como predominante ante la especial, lo que conduce a la mitigación de garantías fundamentales del individuo, garantías esas que constituyen el fundamento del Estado Social y Democrático de Derecho. Una vez más, los delitos contra el medio ambiente son ejemplos de la preferencia del Derecho penal moderno por la prevención general, dado que tienen un carácter de intimidación o coacción psicológica dirigida a todos los ciudadanos, si bien revistiendo una apariencia de medida educativa¹⁷⁸.

La tercera y última característica es la conversión por el Derecho penal moderno de la orientación a las consecuencias en una meta dominante, siendo que el Derecho penal clásico la tenía como un criterio complementario para la correcta legislación. Con este cambio, la igualdad y la retribución del delito son marginadas de la política jurídico-penal¹⁷⁹.

¹⁷⁶ MUÑOZ CONDE, Francisco. *El 'moderno'...* Ob. Cit., p. 1341.

¹⁷⁷ *Ibidem*

¹⁷⁸ MÜLLER-TUCKFELD, Jens Christian (2000). *Ensayo para la abolición del derecho penal de medio ambiente*, Editora Comares, Granada, p. 529.

¹⁷⁹ HASSEMER, Winfried. *Crisis...* Ob. Cit., p. 639.

Por este principio de orientación a las consecuencias en el Derecho penal, entiende Hassemer¹⁸⁰ que: “Con ello se ha querido expresar que legislación y jurisprudencia están interesadas en las consecuencias fácticas de su actuación y que justifican (legitiman) sus comportamientos en la producción de los resultados deseados y en la evitación de aquellos que se rechazan. Orientación a las consecuencias presupone que las consecuencias de la legislación, de los Tribunales y de la ejecución de las penas son realmente conocidas y valoradas como deseadas o no deseadas.

Orientación a las consecuencias puede significar en Derecho penal que el legislador, la justicia penal y la Administración penitenciaria no se satisfacen (solamente) con la persecución del injusto criminal y con su compensación mediante la expiación del delincuente, sino que persiguen la meta de mejorar al autor del delito y contener la delincuencia en su conjunto”. Con esa exaltación de la orientación de las consecuencias por el Derecho penal moderno, el Derecho penal se resume en un instrumento de pedagogía social, con la finalidad de sensibilizar las personas acerca de determinados temas entonces tutelados por esa rama del Derecho¹⁸¹.

Así, el Derecho penal acaba por ser considerado como una valoración y un fin de sí mismo, lo que lleva a su empleo como medio para la educación. Es lo que ocurre con los delitos del medio ambiente: “el Derecho penal del medio ambiente se convierte así en una especie de academia popular para educar al auditorio en los

¹⁸⁰ HASSEMER, Winfried. *Fundamentos...* Ob. Cit., pp. 34-35.

¹⁸¹ HASSEMER, Winfried. *Crisis...* Ob. Cit., p. 639.

cuidados que necesita la naturaleza. Para estas teorías no plantea problema alguno que el éxito de este aprendizaje deba alcanzarse, no sólo gracias a la aplicación instrumental del Derecho penal, sino también a costa de utilizar como ejemplo a aquéllos que, por regla general, sólo han cometido delitos de bagatela”¹⁸².

Sin embargo, el Derecho penal no debe ser utilizado solamente atendiendo a la finalidad pedagógica, de educación con el fin de la propia prevención general, dado que como hemos afirmado, por ser la rama del derecho que establece las sanciones más gravosas, debe ser la última ratio, y no la única. Además, por su carácter fragmentario y su subsidiariedad, deberían haber sido agotadas todas las otras formas para el alcance del fin de educación, que busca el Derecho penal del medio ambiente. Considerar que el Derecho penal está siendo utilizado sólo con la finalidad de educación es totalmente contrario al principio de protección de bienes jurídicos, bien como una gran ofensa al principio de intervención mínima.

Tal ofensa a este principio se da principalmente por el hecho de que hay otras vías capaces de desarrollar esta función, inclusive, con más propiedad y más satisfactoriamente que el Derecho penal, en cuanto revestido del carácter de subsidiariedad, y consecuentemente de última ratio del sistema. Las consecuencias del uso del Derecho Penal para conseguir finalidades distintas de la protección de bienes jurídicos pueden ser desastrosas, dado que ésta es la rama del ordenamiento jurídico que prevé las sanciones más gravosas y, por ello, debe ser utilizado solamente en los ataques más violentos a los bienes jurídicos más relevantes.

¹⁸² MÜLLER-TUCKFELD, Jens Christian. Ob. cit., pp. 524-525.

El Derecho penal es un medio de control social, es decir, cumple una función primordial en cuanto ordenamiento que protege la paz social y las condiciones sociales indispensables para el ser humano en la convivencia en sociedad¹⁸³. Sin embargo, no es el único medio de control social que existe. Hay otras formas que, incluso, deben preceder al Derecho penal, lo cual, por la gravedad de sus consecuencias, es, como ya afirmamos, la última ratio del sistema.

Así que, son formas de control social extrajurídico que lo anteceden la familia, la escuela y la religión; ultrapasados estos primeros filtros, aparecen también los métodos de control jurídicos, que son las otras ramas del ordenamiento jurídico, como el Derecho civil, administrativo o mercantil. De ese modo, el Derecho penal es un subsistema más dentro del sistema de control social, que utiliza los mismos instrumentos de las otras formas de control social en la definición y corrección de la conducta desviada¹⁸⁴, como la norma, la sanción y el proceso, más allá de perseguir los mismos fines de aseguramiento del orden social¹⁸⁵. De todo lo expuesto, es posible concluir que el Derecho penal se ha convertido más en un instrumento político de dirección social que un mecanismo de protección jurídica subsidiaria de otras ramas del ordenamiento jurídico¹⁸⁶.

¹⁸³ GARCÍA-PABLOS DE MOLINA, Antonio (2000). *Derecho penal, introducción*, Editora Publicaciones Facultad de Derecho Universidad Complutense Madrid, Madrid, p. 86.

¹⁸⁴ HASSEMER, Winfried y MUÑOZ CONDE, Francisco (1989). *Introducción a la criminología y al derecho penal*, Editora Tirant lo Blanch, Valencia, p. 115.

¹⁸⁵ DÍEZ RIPOLLES, José Luis (1997). “El bien jurídico protegido en un Derecho penal garantista”, *Jueces para la democracia*, nº 30, Madrid, p. 10.

¹⁸⁶ MUÑOZ CONDE, Francisco. *El 'moderno' derecho...* Ob. Cit., p. 1340.

4.4.3. Novedades

Aparte de las características propias del moderno Derecho penal, es importante destacar algunos factores que lo distinguen del Derecho penal clásico, y que constituyen las novedades de sus planteamientos.

La primera novedad del Derecho penal moderno es con relación al ámbito de actuación. Como ya afirmamos, el Derecho penal en los últimos años ha adoptado una política de criminalización de hechos, lo que revela su carácter expansionista. Actúa, principalmente, en las partes especiales de los Códigos penales y de las legislaciones especiales creando nuevas figuras penales o ampliando los tipos ya existentes, principalmente en sectores antes no abarcados por el Derecho penal, o, si abarcados, no con tanto rigor; es el caso del medio ambiente, la economía, mercado exterior y criminalidad organizada¹⁸⁷.

También el moderno Derecho penal utiliza instrumentos que facilitan su actuación, teniendo en cuenta el carácter arriba expuesto de criminalización de hechos. Los bienes jurídicos que se propone proteger son universales y no individuales, contrariando la tendencia del Derecho penal clásico¹⁸⁸. Y, para llevar a efecto esta tutela de bienes jurídicos institucionales o universales, es necesaria la utilización por el legislador de los delitos de peligro abstracto y de normas penales en blanco¹⁸⁹.

¹⁸⁷ HASSEMER, Winfried. *Crisis...* Ob. Cit., p. 640.

¹⁸⁸ *Ibidem*.

¹⁸⁹ MUÑOZ CONDE, Francisco. *El 'moderno' derecho...* Ob. Cit., p. 1340.

En estos casos de protección de bienes jurídicos universales por el Derecho penal es prácticamente imposible la constatación de la existencia del daño, y es ésta la razón por la cual se recurre a la utilización de la técnica de tipificación de delitos de peligro abstracto. En este sentido señala SÁNCHEZ GARCÍA DE PAZ¹⁹⁰: (...), la mayoría de los nuevos delitos de peligro abstracto son figuras orientadas a la tutela de bienes jurídicos de carácter supraindividual - colectivos o universales -, como la salud o la seguridad públicas, fenómeno que se sitúa también en el contexto de la denominada 'sociedad de riesgo'.

Precisamente el carácter difuso e impreciso del objeto de tutela y la consecuente dificultad de comprobar la lesión o el peligro en estos bienes jurídicos de difícil aprehensión contribuye decididamente a la construcción de figuras de peligro abstracto.

De acuerdo con SILVA SÁNCHEZ¹⁹¹, “la combinación de la introducción de nuevos objetos de protección con la anticipación de las fronteras de la protección penal ha propiciado una transición rápida del modelo 'delito de lesión de bienes individuales' al modelo delito de peligro (presunto) para bienes supraindividuales”. En este contexto, destacando la activa actuación del Derecho penal en sectores como el medio ambiente (bien jurídico universal), la utilización de delitos de peligro abstracto para la tutela de ese bien jurídico es inevitable.

¹⁹⁰ SÁNCHEZ GARCÍA DE PAZ, María Isabel (1999). *El moderno derecho penal y la anticipación de la tutela penal*, Secretariado de Publicaciones e Intercambio Científico - Universidad de Valladolid, Valladolid, p. 38.

¹⁹¹ SILVA SANCHEZ, Jesús María. *La expansión...* Ob. Cit., p. 121

A través de esa técnica legislativa, se castiga por una conducta que no sólo no ha lesionado, sino que tampoco ha puesto a nadie en peligro concreto. Así, no se produce la sanción de conductas concretas lesivas, sino de construcciones de relaciones de peligro entre conductas abstractamente peligrosas y fuentes sociales de peligro¹⁹². Estos casos de peligro abstracto para un bien jurídico-penal colectivo, como el medio ambiente, sólo existirían, de hecho, se hubiera acumulación, es decir, la reiteración y generalización de conductas¹⁹³. Por lo tanto, la conducta aislada no debería ser sancionada por el Derecho penal, ya que es insignificante con relación al bien jurídico tutelado.

Es una afirmación errónea la de que todas las contaminaciones ilegales del medio ambiente son corresponsables de la catástrofe global. Teniendo en cuenta la amplitud del bien jurídico medio ambiente, ataques aislados, seguramente, son, irrisorios con relación a la extensión de lo que se protege. También, es importante resaltar que, muchas veces, las contaminaciones “legales”, o sea, autorizadas, pueden contribuir mucho más a destruir el bien jurídico medio ambiente que los pequeños ataques aislados.

La consecuencia de la utilización de la vía de criminalizar el peligro abstracto es que se produce una ampliación considerable en el ámbito de aplicación del Derecho penal, es decir, como el resultado lesivo no es necesario, la demostración

¹⁹² MÜLLER-TUCKFELD, Jens Christian, op. cit., p. 511.

¹⁹³ SILVA SANCHEZ, Jesús María. *La expansión...* Ob. Cit., p. 141

de la causalidad tampoco lo es, siendo suficiente la prueba de la realización de la acción incriminada¹⁹⁴.

Es decir, la utilización de estos instrumentos significa un empobrecimiento de los presupuestos de punibilidad, o sea, la punibilidad está condicionada únicamente a la prueba de una conducta peligrosa, siendo innecesaria una víctima visible, un daño y la causalidad de la acción respecto de ese daño¹⁹⁵.

Eso lleva a una realidad muy peligrosa: la reducción de los presupuestos del castigo acarrea la disminución también de las posibilidades de defensa. Hay, todavía, una cierta tendencia a la desformalización, es decir, al debilitamiento del estricto principio de legalidad de los delitos y de las penas, por la utilización frecuente de conceptos jurídicos indeterminados y cláusulas generales que otorgan al juez la decisión sobre lo que debe o no ser delito¹⁹⁶, reduciendo, así, los criterios legales que vinculan la interpretación judicial.

Nuevamente, se muestra pertinente el ejemplo de los delitos del medio ambiente, en los cuales la proliferación en este sector de conceptos jurídicos indeterminados es significativa. Conceptos como “composición natural del aire” o “los elementos de reservas naturales de especial importancia” son una constante en los preceptos legales¹⁹⁷.

¹⁹⁴ HASSEMER, Winfried. *Crisis...* Ob. Cit., p. 640.

¹⁹⁵ HASSEMER, Winfried (1989). “Lineamentos de una teoría personal del bien jurídico”, *Doctrina Penal - Teoría y práctica en las ciencias penales*, N° 46/47, Buenos Aires, p. 277.

¹⁹⁶ MUÑOZ CONDE, F. *El 'moderno' derecho...* Ob. cit., p. 1339.

¹⁹⁷ MÜLLER-TUCKFELD, Jens Christian. Ob. Cit., p. 514.

Sin embargo, si se propuso tutelar bienes jurídicos colectivos, como el medio ambiente, la utilización de esos conceptos carentes de determinación es una realidad que no se puede evitar.

Es lo que concluye Müller-Tuckfeld¹⁹⁸: “el problema en sí tiene una difícil solución. Si se quiere mantener la protección penal del medio ambiente, la dogmática no tiene otro remedio que decidir (...) entre los conceptos jurídicos indeterminados, por un lado, y la total y estricta sujeción a preceptos de Derecho administrativo, por otro”. También forma parte de las novedades del moderno Derecho penal los cambios en las funciones del Derecho penal, resultantes de la mudanza en sus ámbitos e instrumentos.

En primer lugar, el Derecho penal moderno pierde el carácter fragmentario propio del núcleo básico del Derecho penal clásico, es decir, ya no es considerado como un instrumento de reacción frente a los ataques más violentos contra bienes jurídicos más relevantes, sino que se transforma en un instrumento de política de seguridad, lo que lo aproxima a las funciones del Derecho civil o administrativo. Por lo tanto, nuevamente, el principio de intervención mínima es mitigado: no sólo se atenta contra su carácter fragmentario, sino también contra a su subsidiariedad, porque deja de ser la última ratio del sistema para transformarse en prima, o incluso, única ratio, siempre que parezca rentable políticamente¹⁹⁹.

¹⁹⁸ *Ibidem*.

¹⁹⁹ HASSEMER, Winfried. *Crisis...* Ob. Cit., p. 641.

Todos estos cambios provocarán graves problemas. El principal de ellos son los llamados “déficits de realización”, es decir, algunas leyes del moderno Derecho penal no son aplicadas como deberían y, muchas veces, cuando son correctamente aplicadas acaban generando resultados injustos o arbitrarios.

La consecuencia de esto es el riesgo de que el Derecho penal se quede reducido a una función puramente simbólica, dejando de lado sus verdaderas funciones²⁰⁰. En verdad, estos efectos simbólicos de la intervención estatal sólo son admisibles en cuanto efectos secundarios, y no como los principales. Estos efectos figurados están “conectados al fin o a la función de transmitir a la sociedad ciertos mensajes o contenidos valorativos, y su capacidad de influencia quedaría confinada a las mentes o las conciencias, en las que producirían emociones, o cuando más, representaciones mentales”²⁰¹ y, por lo tanto, no deben prevalecer sobre la función de protección de bienes jurídicos.

4.4.4. Las llamadas “velocidades” del Derecho penal

Todas esas características y peculiaridades del Derecho penal moderno y los cambios de perspectivas ocurridos en las sociedades postindustriales, que se caracterizan, principalmente, por la globalización económica y por la integración supranacional, sugieren la construcción de un llamado “Derecho penal de dos velocidades”²⁰².

²⁰⁰ Ibidem, p. 642.

²⁰¹ DÍEZ RIPOLLÉS, José Luis (2001). “El derecho penal simbólico y los efectos de la pena”, *Actualidad penal*, nº 1, Madrid, p. 4.

²⁰² SILVA SANCHEZ, Jesús María. *La expansión...* Ob. Cit., p. 91.

Esa nueva concepción plantea la coexistencia de dos Derechos penales. El primero que consiste en una restricción de algunas de las garantías clásicas del Derecho penal y procesal, que son reflejo de conquistas tras el periodo del liberalismo, y, que mejor representan el actual Estado Social y Democrático de derecho; por otro lado, presenta sanciones menos gravosas a los hechos delictuosos, pena pecuniaria y restrictiva de derechos.

Y el segundo, un Derecho penal con una postura garantista, preservando todas las garantías conquistadas tras el liberalismo; en cambio, los delitos regulados por ese “segundo Derecho penal”, tenían sanciones más gravosas, es decir, pena privativa de libertad.

En este sentido, el Derecho penal de dos velocidades estaría formado por: Lo primero, que vendría a configurar lo que de modo gráfico puede expresarse como “Derecho penal de dos velocidades” (...), significa en realidad la renuncia a la teoría del delito como teoría general y uniforme del ilícito penal (y, en esa medida, aparentemente un retroceso histórico); pero lo segundo, por su parte supone la desactivación garantista, a partir de la constatación de la gravedad de las consecuencias jurídico-penales, en particular por referencia al homicidio²⁰³.

Todavía, SILVA SÁNCHEZ²⁰⁴ cuestiona la existencia de una tercera velocidad del Derecho penal, caracterizada por “una amplia relativización de garantías político-criminales, reglas de imputación y criterios procesales”, pero en

²⁰³ Ibidem.

²⁰⁴ Ibidem, p. 163.

los casos en que es prevista la pena privativa de libertad. Esta tercera vía, así, guardaría relación con el llamado “Derecho penal de enemigos”, difundido por JAKOBS. Sus particularidades son²⁰⁵:

(1) amplio adelantamiento de la punibilidad, es decir, el cambio de la perspectiva del hecho producido por la del hecho que se va a producir (...);

(2) falta de una reducción de la pena proporcional (...), la pena para el cabecilla de una organización terrorista es igual a la del autor de una tentativa de asesinato, por supuesto aplicando la aminoración de la tentativa (...) y sobrepasa de manera ostensible en la mayoría de los casos las penas reducidas de la tentativa previstas para los demás delitos de asociaciones terroristas;

(3) paso de la legislación de Derecho penal a la legislación de la lucha para combatir la delincuencia y, en concreto, la delincuencia económica (...), el terrorismo (...), pero también - con alguna pérdida de contornos - los delitos sexuales y otras conductas penales peligrosas (...), así como - abovedando todo - la delincuencia en general (...);

(4) supresión de garantías procesales, donde la incomunicación del procesado constituye actualmente el ejemplo clásico.

Para JAKOBS el enemigo es el individuo que se ha alejado del Derecho de manera duradera y no incidental, mediante su comportamiento, ocupación

²⁰⁵ JAKOBS, Günther (1999). “La ciencia del derecho penal ante las exigencias del presente”, *Estudios de derecho judicial*, nº 20, Galicia, pp. 15-16.

profesional o su vinculación a una organización criminal, por lo que no garantiza el mínimo de seguridad cognitiva de su comportamiento personal, lo que se manifiesta a través de su conducta.²⁰⁶

Defiende SILVA SÁNCHEZ²⁰⁷, frente al rigor que presenta el Derecho penal de enemigo, que esta tercera velocidad sólo puede ser utilizada en algunos ámbitos excepcionales y por tiempo limitado, es decir, caracterizaría una especie de “Derecho de guerra” para los casos de emergencia.

A pesar de la propuesta de SILVA SÁNCHEZ, considerar la validez del Derecho penal de velocidades es una afrenta a los fundamentos del Estado de Derecho. Principalmente, la tercera velocidad es la que más visiblemente quiebra el principio de igualdad, porque utiliza del Derecho penal para sancionar “personas”, y no “hechos”. Además, incluso teniendo en cuenta que el Derecho penal de enemigo busca la intervención más rigurosa en delitos como el terrorismo y los económicos, no se justifica la quiebra de principios que son resultado de más de doscientos años de lucha por su efectividad.

Esto representaría, ciertamente, la vuelta al Derecho penal de autor, que “se basa en determinadas cualidades de la persona de las que ésta, la mayoría de las veces, no es responsable en absoluto y que, en todo caso no pueden precisarse o formularse con toda nitidez en los tipos penales”²⁰⁸. Así, a través del Derecho penal del autor la pena está vinculada a su personalidad, no importando que haya

²⁰⁶ Ibidem, p.16.

²⁰⁷ SILVA SANCHEZ, Jesús María. *La expansión...* Ob. Cit., p. 166

²⁰⁸ MUÑOZ CONDE, Francisco y GARCÍA ARÁN, Mercedes. Ob. cit., p. 210.

cometido un hecho, bastando que el autor sea lo que es para convertirse en el objeto de la sanción penal²⁰⁹.

Eso significaría un verdadero retroceso, porque la tendencia predominante en los ordenamientos de los Estados Sociales y Democráticos de Derecho es la vigencia del Derecho penal del hecho, por el cuál la sanción representa sólo la respuesta al hecho individual, y no a toda la conducción de la vida del autor o a los peligros que en el futuro se esperan del mismo²¹⁰. Finalmente, aceptar un Derecho penal de autor es tener el poder punitivo del Estado ilimitado, favoreciendo una concepción totalitaria del mismo²¹¹.

4.5. Principio de lesividad

4.5.1. Contenido

En un Estado Social y Democrático la potestad normativa penal del Estado está sujeta a límites materiales, estos límites al ius puniendi se expresan en forma de principios que tienen base constitucional. Existía consenso sobre la necesidad de limitar el poder penal del Estado en función del principio de exclusiva tutela de bienes jurídicos. Se aceptaba la vigencia del principio —*nullum crimen sine injuria* según el cual todo delito debe comportar la lesión o puesta en peligro para un bien jurídico penalmente protegido.

Sin embargo, en la actualidad entre algunos tratadistas tenemos al jurista

²⁰⁹ ROXIN, Claus (1997). *Derecho penal, parte general - fundamentos, la estructura de la teoría del delito*, 2da. Edición, Tomo I, Editora Civitas, Madrid, p. 177.

²¹⁰ *Ibíd.*, p. 176.

²¹¹ MUÑOZ CONDE, Francisco y GARCÍA ARÁN, Mercedes. *Ob. cit.*, p. 210.

alemán JAKOBS, citado por CARO CORIA, quien niega que la misión del Derecho Penal consista en proteger bienes jurídicos y entiende que el verdadero objeto de tutela es la vigencia o estabilización de la norma²¹².

Conceptuar materialmente el bien jurídico-penal es doblemente importante de cara a su función crítica: como descripción y cuestionamiento del Derecho vigente (sentido dogmático, de lege lata) y como guía para construir el modelo penal que se desea alcanzar (sentido político-criminal, de lege ferenda).

La construcción de un concepto material de un bien jurídico-penal debe asentarse en determinados presupuestos básicos, el profesor CARO CORIA considera que la dogmática debe orientarse no por la línea de las definiciones negativas, que no logran precisarlo con certeza y fiabilidad. El Derecho Penal no debe renunciar a su esencia de Carta Magna, y debe continuar en el camino de hallar una definición positiva de bien jurídico-penal y como segundo presupuesto el hecho de no desvincular dicho concepto de la realidad axiológica en la que debe operar.

Si se espera que el bien jurídico limite racionalmente la obra del legislador y de los jueces (función crítica), en los procesos de criminalización primaria y secundaria, ello presupone que debe ser coherente y funcional a un específico sistema de valores que relacionan directamente con la realidad histórica-social que se vive y la que se desea alcanzar, pues el bien jurídico penalmente protegido está sujeto al cambio histórico y condicionado por las estructuras socio-culturales de una

²¹² CARO CORIA, Dino Carlos (2004). *Principio de lesividad de bienes jurídicos penales*, Gaceta Jurídica, Lima, p. 94.

comunidad que ocupa un espacio y tiempo determinado.

Juzga como punto de referencia el sentido político criminal del modelo de Estado social y democrático de Derecho. Desde esta base mínima, se requieren ulteriores desarrollos del concepto material para determinar tanto los bienes que merecen una valoración positiva por parte del ordenamiento punitivo, como las conductas que deben ser desvaloradas por este²¹³.

Es de destacar lo anotado por el jurista MIR PUIG citado por CARO CORIA al expresar que —si el Derecho Penal solo protege bienes jurídicos, ello no significa que todos estos deban ser tutelados penalmente, ni tampoco que todo ataque en su contra deba determinar la intervención punitiva, pues ambas pretensiones se opondrían, respectivamente al principio de subsidiaridad y al carácter fragmentario del Derecho Penal²¹⁴.

En el contexto que bien jurídico-penal como expresión del merecimiento y necesidad de pena, si un determinado comportamiento le es imputable un resultado socialmente dañoso que no afecta directamente al individuo en sus posibilidades de participación social, queda sin lugar la intervención penal, pero está justificado el uso del derecho administrativo.

En consecuencia, la síntesis de los aspectos de afectación a los individuos y dañosidad social, a través del entendimiento del bien jurídico como posibilidad de participación individual en la sociedad, constituye una primera e importante

²¹³ Ibidem, p. 130.

²¹⁴ Ibidem, p. 131.

delimitación que permite excluir la sanción de las conductas lesivas tan solo para cierta forma de moralidad, valores, funciones o estrategias político sociales. Esta construcción refuerza el fundamento de la protección penal de los bienes jurídicos supraindividuales o colectivos, como la salud pública, el ambiente natural o la ordenación del territorio que, en menor medida que los individuales, pero de manera trascendental, constituyen medios importantes para la autorrealización social del individuo²¹⁵.

Para satisfacer la necesidad de una mayor concreción del concepto material de bien jurídico-penal, debe acogerse la idea de plasmación constitucional, en sentido amplio y no como vinculación estricta, por la máxima jerarquía y el carácter consensual que se atribuye a la Carta Magna, lo que dispensa al bien jurídico una mayor legitimidad en términos normativos.

No obstante, aun entendido el bien jurídico-penal a partir de la dañosidad social de las agresiones, la referencia individual y su plasmación constitucional, esta orientación solo permite determinar que bienes ameritan una valoración penal positiva, es decir el juicio sobre el merecimiento de pena, pero no señala que comportamientos deben incriminarse por ser oportuna o útil la intervención punitiva, extremos que debe enfrentar una teoría del bien jurídico-penal que aspira a ejercer una función crítica y rectora de los procesos de criminalización y descriminalización²¹⁶.

²¹⁵ Ibidem, p. 132.

²¹⁶ Ibidem, p. 133.

Como expresa SILVA SANCHEZ citado también por Caro Coria para que un bien jurídico, en cuanto a su protección, revista la calidad de merecedor de pena, debe de aglutinar, simultáneamente la referencia al individuo, la dañosidad social de las agresiones y su plasmación constitucional²¹⁷.

A decir del profesor CARO CORIA debe tomarse distancia de aquellas posturas donde la afectación individual no es una condición sustantiva para la conformación del bien jurídico-penal, esquema en el que hay lugar para formulas imprecisas como afectación individual indirecta o afectación individual próxima las que ampliamente entendidas pueden tolerar la incriminación de conductas de bagatela o remotamente peligrosas para las condiciones de participación del individuo en la vida social, casos que tienen el acento en la funcionalidad del sistema²¹⁸.

El derecho penal debe tender a la protección de la dignidad humana, se fundamenta en las premisas del Estado Democrático de Derecho y erige en el razonamiento penal un límite infranqueable contra cualquier signo de autoritarismo de la política social del Estado²¹⁹.

En su línea argumentativa del merecimiento de pena Caro Coria destaca la construcción realizada por ZUÑIGA RODRIGUEZ cuando indica que los objetos de protección jurídico penal están embuídos de un producto contenido material en el marco de una categoría programática de justicia, que es la realización de los

²¹⁷ Ibidem, p. 135.

²¹⁸ Ibidem, p. 135.

²¹⁹ Ibidem, p. 136.

Derechos Humanos, como límite de intervención de la función represiva del Derecho, con lo cual se erige un importante criterio legitimador del Derecho Penal que señala los ámbitos y límites en su forma primaria de intervención, el proceso de criminalización, opción garantista respaldada por las previsiones contenidas en la Carta Magna española²²⁰.

Los derechos humanos son núcleo de obligada referencia para el juicio de merecimiento de pena que puede fundamentarse asimismo desde la perspectiva de los Derechos Humanos de Tercera Generación, conjuntamente con los argumentos de dañosidad social desarrollo digno de los individuos en sociedad y plasmación constitucional. En conclusión si se entiende el bien jurídico –penal como un interés merecedor y necesitado de protección penal.

Nuestro Código Penal como muchos otros códigos modernos inicia su contenido normativo con la regulación de un título preliminar incorporando una serie de pautas rectoras, principios constitucionales y penales que desde una perspectiva histórica, cultural e ideológica deben orientar la actividad legislativa y la praxis judicial en el campo del derecho penal. Así tenemos el artículo IV del título preliminar del código penal cuyo tenor literal dice: —La pena, necesariamente, precisa de la lesión o puesta en peligro de bienes jurídicos tutelados por ley.

De esta manera, se recoge en nuestra legislación penal el llamado “*principio de lesividad*”. Según la doctrina nacional, tal principio cumple una función

²²⁰ *Ibidem*, p. 137.

relevante dentro de un Estado social y Democrático de Derecho ya que: — (...) comprende las siguientes consecuencias: *Primera*, todos los preceptos penales deberán por principio, proteger bienes jurídicos. Pero tal protección se debe entender que actúa ante la puesta en peligro o lesión del bien jurídico. *Segunda*, un Estado no puede pretender imponer una moral, una política o una religión, ya que esto depende de una función libre del ciudadano (...). *Tercera*, debido a que la potestad punitiva del Estado debe estar al servicio de la mayoría de los ciudadanos, se debe tutelar intereses que pretendan toda la sociedad y no un grupo determinado²²¹.

Así en estricto no se incluye en estas categorías el peligro abstracto, en donde no se aprecia la puesta en peligro de un bien jurídico como resultado del comportamiento del autor sino un simple comportamiento con idoneidad lesiva en el que no se observa un resultado peligroso, de concreto o efectivo peligro. Por tanto en armonía al referido principio solo será considerado como un ilícito penal aquellos comportamientos que lesionen o pongan en peligro un bien jurídico determinado.

4.5.2. Delitos de peligro

Cuando se dice que un comportamiento lesiona un bien jurídico es porque dicho acto u omisión provoca un daño efectivo al objeto material que representa dicho valor. Por ejemplo, en el delito de lesiones (artículo . 121 CP) la salud se ve afectada si es que se le desfigura a una persona o en el caso del delito de hurto

²²¹ *Cfr.* VILLAVICENCIO TERREROS, Felipe (2006). *Derecho Penal. Parte General*, Editora Grijley, Lima, p. 96.

(artículo 185 CP) el acto recae en el bien mueble que es sujeto de sustracción por parte del autor afectando la propiedad (expresión del bien jurídico patrimonio). En otras palabras, generalmente en los bienes jurídicos individuales se presenta un daño efectivo (lesión) provocado por la conducta delictiva.

Por otro lado, de acuerdo a nuestra normativa, se pueden sancionar comportamientos peligrosos (delitos de peligro). Y es que se dice que una sola conducta no puede dañar efectivamente un bien jurídico con características especiales (colectivos e institucionales)²²². Por ejemplo, el delito ambiental (artículo 304 CP) sanciona el acto contaminante que —pueda causar daño al medio ambiente; también tenemos el delito de manejar en estado de ebriedad (artículo 274 CP) que sanciona el mero acto de manejar un vehículo bajo el estado de embriaguez suficiente (mayor a 0.5 gramos litro de alcohol en la sangre) sin exigir un daño efectivo a bienes jurídicos individuales de terceros) o también el delito de fraude tributario (artículo 1 del D. Leg. 813) ya que dicha conducta por sí sola no va a crear una situación de descalabro al sistema de hacienda pública, solo la pondrá en peligro.

²²² BUSTOS RAMÍREZ, Juan, sostiene que resulta necesario considerar una ordenación de los delitos en vista a los bienes jurídicos, no sobre la base de una atomización de la sociedad, sino del todo que implica un sistema. En consecuencia existen bienes jurídicos, que están referidos a las bases de existencia del sistema y aquellos que están en conexión con el funcionamiento del sistema. Los primeros, son los que tradicionalmente se les han llamado bienes jurídicos individuales, como es el caso de la vida humana, la salud individual, la libertad, etc. En cambio, los segundos, son aquellos que inciden en relaciones macrosociales. Dentro del funcionamiento del sistema hay que distinguir, a su vez, en tres diferentes niveles: aquellos bienes jurídicos denominados colectivos, que están presentes en forma constante en el quehacer cotidiano de cada uno de los sujetos o grupos en que éste se integra, como el medio ambiente, libre competencia, la política de ingresos y egresos del Estado, y los delitos contra el orden económico. Cualquier atentado a estos bienes repercuten en la integridad física, la libertad y la vida misma. El segundo nivel, se trata de bienes jurídicos institucionales, como la fe pública, administración de justicia, garantías constitucionales, etc. En tercer nivel están los bienes jurídicos de control como es el caso de la seguridad interior y exterior del Estado. *Cfr.* BUSTOS RAMÍREZ, Juan (1986). *Manual de Derecho Penal Parte Especial*, editorial Ariel, Barcelona, p. 18.

Desde el plano político criminal, ello se explica debido al avance tecnológico y a fenómenos tales como la globalización que ha provocado que nuestra sociedad experimente una serie de cambios, tanto positivos como negativos. Así por ejemplo, la constitución de distintas empresas ha generado nuevas oportunidades de desarrollo profesional para muchas personas; sin embargo, en la cara opuesta de este desarrollo, también se puede observar la presencia de nuevas formas de criminalidad, que obliga al Estado a cambiar sus formas de intervención penal, lo que ha generado controversia con el principio de lesividad.

Dentro de estos cambios, podemos encontrar la opción por *flexibilizar* diversos principios penales en aras de la protección de bienes jurídicos. Así, uno de los principios sujetos a esa relajación punitiva es el *Principio de lesividad* dando cabida a los llamados tipos de peligro, como hemos visto anteriormente.

Una de las características del —moderno Derecho penal, es precisamente la aparición de bienes jurídicos colectivos e institucionales, que supone una forma de —adelantamiento de la barrera criminal, pues legitima la sanción de comportamientos peligrosos.

Por otro lado, los delitos de peligro pueden ser de peligro abstracto o de peligro concreto. Según CARO CORIA, la diferencia entre se encuentra en lo siguiente: (...) que los ilícitos de peligro concreto constituyen delitos de resultado, razón por la cual se exige en cada caso una verificación *ex post* sobre la puesta en peligro del bien jurídico. Antes bien, las infracciones abstractas de peligro se concentran en una acción peligrosa, aquí el peligro no se configura en un resultado

sino que es inherente a la realización de la conducta, de modo que su constatación precisa de un análisis ex ante, es decir la verificación de si al momento de ejecutar la conducta el agente podía prever el contenido peligroso de la misma²²³.

Así, mientras en los delitos de peligro concreto se necesita que la conducta haya puesto en real peligro al objeto material que representa el bien jurídico colectivo, por ejemplo, en el delito ambiental (artículo 304 CP) que el acto contaminante haya recaído –entre otros- en el suelo o en aguas terrestres (se requiere de una verificación ex post); en cambio, en los delitos de peligro abstracto, solo basta el mero comportamiento, sin la verificación posterior de la situación de peligro en relación a los objetos materiales que representan al bien jurídico, por ejemplo, el delito de tenencia ilícita de armas (artículo 279 CP) sanciona la sola posesión ilegítima de dichos instrumentos. Ese solo hecho ya pone en peligro la seguridad pública y merece sanción.

Así, siguiendo una vez más a CARO CORIA podemos decir que: (...) el único criterio que nos permite diferenciar las infracciones de peligro abstracto y concreto radica en si para la tipicidad es suficiente un mero disvalor de acción, o si es necesario además un disvalor de resultado²²⁴.

El carácter excepcional de los tipos de peligro ha sido afirmado en el artículo IV del Título Preliminar del Anteproyecto de la Parte general del Código Penal del 2004 que señala lo siguiente: Solo en casos excepcionales, por razones de estricta

²²³ Cfr. CARO CORIA, Dino Carlos (1999), *Derecho Penal del Ambiente Delitos y Técnicas de Tipificación*, Grafica Horizonte, Lima, p.468.

²²⁴ *Ibíd.*, p. 469.

necesidad para la protección de un bien jurídico colectivo o institucional, se sancionaran comportamientos idóneos para producir un estado de peligro para el referido bien jurídico.

De otro lado, es innegable la influencia que tienen las nuevas corrientes europeas que buscan criminalizar el estadio previo a la lesión de un bien jurídico lo cual es denominado en el texto de JAKOBS como *das vorfeld*. Es previo con relación a la realidad objetiva y por ello, a la conducta punible objetiva y pertenece, exclusivamente a la esfera de la subjetividad; se trata ni más ni menos, que del fuero interno, lo que genera un desbordamiento del poder punitivo del Estado, porque con ello, como lo expresa JAKOBS: (...) el autor es definido por el simple hecho de que puede constituir un peligro para el bien jurídico, con el añadido de que cabe anticipar, potencialmente sin límite alguno, el comienzo de tal peligro. El autor no tiene ninguna esfera privada, ningún ámbito para una conducta-todavía-no-socialmente-relevante, sino que es solo fuente de peligro o, con otras palabras, enemigo del bien jurídico²²⁵.

²²⁵ JAKOBS, Gunther (1996). *Fundamentos del Derecho Penal*, Editora Ad-Hoc., Buenos Aires, p. 185.

V. DISCUSIÓN

5.1. El derecho penal garantista como expresión de los principios constitucionales limitadores del ius puniendi estatal

5.1.1. La Constitución y el Ius Puniendi

Este una relación entre constitución y ius puniendi estatal, en el sentido que la constitución establece sus límites. Desde esta perspectiva, los principios rectores del derecho penal adquieren una especial relevancia: no se consideran simples limitaciones del ius puniendi, sino que se estructuran como auténticos principios constituyentes del derecho de castigar. Todo esto es consecuencia del valor directamente normativo de la Constitución²²⁶.

Tiedemann, por su parte, vincula las concretas categorías del delito (tipicidad, antijuridicidad, culpabilidad) a la Constitución, señalando que, aun cuando no existe una teoría jurídico-constitucional del delito, hay motivos para asumir que muy particularmente la teoría del tipo penal, así como también las categorías de la antijuridicidad y culpabilidad, son categorías abiertas a la valoración y a la influencia jurídico-constitucional²²⁷.

En tal sentido, los límites a la potestad punitiva del Estado se concretizan en una teoría del injusto que debe abarcar a todas las manifestaciones del derecho sancionador público. El tipo, la antijuridicidad o la culpabilidad, así como sus

²²⁶ BERDUGO GÓMEZ DE LA TORRE, Ignacio y Otros (2004). *Curso de Derecho Penal. Parte General*. Editorial Experiencia, Barcelona, pp. 43-44.

²²⁷ TIEDEMANN, Klaus (2003). “*Constitución y Derecho Penal*”. En: El mismo. *Constitución y Derecho Penal*. Editorial Palestra, Lima, pp. 61-62

concretos elementos (el dolo, la imprudencia, las definiciones de autoría, participación, las causas de justificación o de exculpación, etc.) expresan en el plano de lo concreto los diversos límites a la potestad punitiva reconocidos en la Constitución²²⁸.

En consecuencia, los principios Constitucionales como el principio de limitación, principio de funcionalidad; principio de Supremacía; principio de estabilidad y principio de efectividad, constituyen base de un derecho penal democrático. Pero el esfuerzo doctrinario va un poco más allá, pues la extrapolación de los principios antes mencionados devino también, como es lógico, en la identificación y desarrollo dogmático de concretas categorías del ilícito penal.

5.1.2. Los Límites constitucionales al Ius Puniendi²²⁹

En el Derecho Penal, se entiende por “potestad punitiva” o ius puniendi la facultad exclusiva del Estado para imponer penas ante la comisión de un delito²³⁰. Por su parte, Mir Puig analiza la problemática de la potestad punitiva del estado, resumiéndola en tres cuestiones principales: 1) ¿quién es el titular del derecho penal

²²⁸ VILLAVICENCIO TERREROS, Felipe (2006). *Derecho Penal. Parte General*. Editorial Grijley, Lima, pp. 83-129.

²²⁹ ROJAS RODRÍGUEZ, Héctor Fidel (2014). *Los principios constitucionales limitadores del Ius Puniendi ¿Qué límites rigen el Derecho Administrativo Sancionador en el Perú?*. Tesis para obtener el grado académico de Magíster en Derecho con Mención en Derecho Penal. PUCP, Lima, pp. 98-105.

²³⁰ BUSTOS RAMÍREZ, Juan (2005). *Obras Completas. Tomo I. Derecho Penal. Parte General*. Editorial Ara, Lima, p. 546, señala: “podemos definir el Derecho Penal subjetivo o ius puniendi como una decisión político criminal plasmada en una norma que declara punible un hecho y perseguible a su autor. El ius puniendi es expresión del poder único y exclusivo del Estado para ejercer la violencia legítima”

subjetivo?; 2) ¿en qué se funda el ius puniendi del Estado?, y 3) ¿dentro de qué límites puede ser ejercido?. A continuación se resume las ideas de este autor²³¹.

En cuanto a la titularidad del Derecho Penal subjetivo, Mir Puig señala que el carácter primordialmente público de los intereses afectados por el delito determina la pretensión del Estado de aparecer como el monopolizador del recurso a la coacción física. Así, pese a existir en el ordenamiento jurídico delitos de persecución privada (p.e. los delitos contra el honor previstos en el Código Penal), ello no impide afirmar que, incluso en estos casos, el Estado es el único titular legitimado para imponer penas y medidas de seguridad.

El fundamento del Derecho Penal, puede ser de dos clases: funcional y político.

- El fundamento funcional afirma que está justificado castigar porque es necesario realizar los objetivos que se atribuyen a la pena o a la medida de seguridad. Así, desde el punto de vista de las teorías absolutas, el fundamento del ius puniendi sería la necesidad de realizar la justicia por medio de la pena. Mientras que, desde el punto de vista de la prevención, el fundamento radica en la necesidad de protección de la sociedad. Ahora que, si bien puede ponerse en tela de juicio la legitimidad del recurso a la pena para proteger a la sociedad debido a la aparente inutilidad de la pena (altas tasas de reincidencia), señala Mir Puig que la eficacia de

²³¹ MIR PUIG, Santiago (2002). *Introducción a las bases del derecho penal*. 2ª edición. Editorial BdeF, Montevideo-Buenos Aires, pp. 97 y ss. En el Perú, asume posición en términos similares a los expuestos por Mir Puig: García Caveró, Percy (2008). *Derecho Penal. Parte General*. Editorial Grijley, Lima, pp. 71 y ss.

la pena no debe medirse en función de los que ya delinquieron, sino atendiendo a los que se abstienen de delinquir por la amenaza de la pena.

- El fundamento político responde a la pregunta de por qué el derecho a castigar puede ser ejercido por el Estado. Esta pregunta surge con el advenimiento del Estado liberal, pues en éste resulta nuclear la legitimación del Estado para privar al ciudadano, por medio de la pena, de sus derechos más elementales. Por ello, en un primer momento, el Derecho Penal se concibió como un derecho al servicio de la defensa de las garantías de los eventuales delincuentes. No obstante, a fines del siglo XIX el positivismo criminológico cuestionó al liberalismo haber permitido el aumento considerable de la delincuencia y de la reincidencia.

Así, con el paso del Estado liberal clásico al Estado social de derecho, se admite la idea de un Estado intervencionista, el cual no solo se considera facultado sino obligado a incidir en la organización de lo social, desbordándose las barreras que separan la sociedad del Estado. Es este nuevo modelo el que permite que el Estado intervenga no solo en defensa del ciudadano como posible delincuente, sino también como activo instrumento de prevención de delitos dirigido a la protección de bienes jurídicos.

El Derecho Penal es, desde esta perspectiva, un medio al servicio de la política criminal (von Liszt). No obstante, la aparición posterior del totalitarismo en Europa, puso al descubierto los peligros que la perspectiva intervencionista podía implicar para la garantía del individuo. Frente a ello, Mir Puig afirma que un Derecho Penal actual debería incorporar los postulados del planteamiento social, pero teniendo en

cuenta que el ius puniendi debe respetar, en el ejercicio de su función, los límites que impone la garantía del individuo, afirmando que “el derecho penal social no debe ser sustituido sino completar la unilateralidad del derecho penal liberal. La síntesis ha de alcanzarse en un derecho penal democrático”.

En cuanto a los límites, estos se derivan de los fundamentos del Derecho Penal. Así el profesor Mir Puig afirma, en otro lugar, lo siguiente:

“El principio de Estado de Derecho impone el postulado de un sometimiento de la potestad punitiva al Derecho, lo que dará lugar a los límites derivados del principio de legalidad. La idea del Estado Social sirva para legitimar la función de prevención en la medida que sea necesaria para proteger a la sociedad. Ello implica ya varios límites que giran en torno a la exigencia de la necesidad social de la intervención penal. Por último, la concepción del Estado democrático obliga en lo posible a poner el derecho penal al servicio del ciudadano, lo que puede verse como fuente de ciertos límites que hoy se asocian al respeto de principios como el de dignidad humana, igualdad y participación del ciudadano”²³².

De lo expuesto se deduce que la legitimidad para imponer penas y medidas de seguridad recae en el Estado. En los Estados democráticos, dicha potestad está limitada desde la propia Constitución, como bien apuntalan Muñoz/García al señalar que: “parece claro que el Derecho Penal, como una parte del ordenamiento jurídico debe adaptarse y ponerse en consonancia con el modelo de estado

²³² MIR PUIG, Santiago (2005). *Derecho Penal. Parte General*. 7ª edición. Editorial BdeF, Montevideo-Buenos Aires, pp. 113-114.

democrático de derecho y con los valores superiores que éste propugna. La legitimidad del Derecho penal o del poder punitivo del Estado proviene, pues, del modelo fijado en la constitución”²³³.

Es decir, como afirma Landa, las bases del derecho penal no hay que buscarlas en las leyes, sino en la Constitución, entendida como orden jurídico fundamental del actual Estado Constitucional democrático²³⁴. El desarrollo teórico expuesto es plenamente aplicable a nuestro ordenamiento jurídico, en la medida que, conforme al modelo previsto en la Constitución Política (Artículos 3 y 43 de la Norma Fundamental) el Perú es un Estado Social y democrático de Derecho. La potestad punitiva del Estado peruano, entonces, está sujeta a un Programa penal de la Constitución²³⁵, que articula los distintos principios que limitan el ius puniendi estatal.

Teniendo en cuenta estas premisas, el Tribunal Constitucional estableció que:

“El Derecho Penal es la rama del ordenamiento jurídico que regula el ius puniendi, monopolio del Estado, y que, por tal razón, por antonomasia, es capaz de limitar o restringir, en mayor o menor medida, el derecho fundamental a la libertad personal. De ahí que, desde una perspectiva constitucional, el establecimiento de

²³³ MUÑOZ CONDE, Francisco y GARCÍA ARÁN, Mercedes. Derecho Penal. Parte General. p.64. citado por: GARCÍA RIVAS, Nicolás (1996). *El Poder Punitivo en el Estado Democrático*. Ediciones UCLM, Cuenca, p. 44

²³⁴ LANDA ARROYO, César (2006). “*Interpretación constitucional y Derecho Penal*”. En: *Jurisprudencia y Doctrina Penal Constitucional*. Segundo Seminario. Editorial Palestra, Lima, p. 263

²³⁵ El “Programa penal de la Constitución” es el conjunto de postulados político criminales que constituye el marco normativo en el seno del cual el legislador penal puede y debe tomar sus decisiones y en el que el juez ha de inspirarse para interpretar las leyes que le corresponda aplicar. Cfr. ARROYO ZAPATERO, Luis (1996). “Fundamento y Función del sistema penal”. p. 101. Citado por: GARCÍA RIVAS, Nicolás. Ob. cit., p. 45.

una conducta como antijurídica, es decir, aquella cuya comisión pueda dar lugar a una privación o restricción de la libertad personal, sólo será constitucionalmente válida si tiene como propósito la protección de bienes jurídicos constitucionalmente relevantes (principio de lesividad). Como resulta evidente, sólo la defensa de un valor o un interés constitucionalmente relevante podría justificar la restricción en el ejercicio de un derecho fundamental.

Como correctamente apunta Carbonell Mateu:

“Por relevancia constitucional no ha de entenderse que el bien haya de estar concreta y explícitamente proclamado por la Norma Fundamental. Eso sí, habría de suponer una negación de las competencias propias del legislador ordinario. La Constitución contiene un sistema de valores compuesto por los derechos fundamentales, los derechos de los ciudadanos, aquellos que son necesarios y convenientes para hacer efectivos los fundamentales y los que simplemente se desprenden como desarrollo de aquellos. Por otra parte la interpretación que se realice de la norma fundamental no ha de ser estática sino dinámica; esto es adecuada a los cambios sociales y de cualquier otra índole que se vayan produciendo. De esta manera puede decirse que el derecho penal desarrolla, tutelándolos, los valores proclamados en la Constitución y los que de ella emanan; puede decirse, en fin, que detrás de cada precepto penal debe haber un valor con relevancia constitucional. (Derecho Penal: concepto y principios constitucionales. Valencia: Tirant lo blanch, 1999, p. 37)”²³⁶

²³⁶ STC Exp. N° 0019-2005-PI/TC, FJ 35. <https://www.tc.gob.pe/jurisprudencia/2005/00019-2005-AI.pdf>

5.1.3. El garantismo penal²³⁷

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 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 de alta precisión que sirva para alcanzar un derecho penal garantista El garantismo es una ideología jurídica, es decir, una forma de representar, comprender, interpretar y explicar el derecho.

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.²³⁸

Esta vertiente del garantismo se proyecta en garantías penales sustanciales y garantías penales procesales. Entre las garantías sustanciales se encuentran los principios de estricta legalidad, taxatividad, lesividad, materialidad y culpabilidad. Entre las garantías procesales están los principios de contradicción, la paridad entre

²³⁷ Cfr. FERRAJOLI, Luigi, ([1989] - 1997). *Derecho y razón. Teoría del garantismo penal*. Editorial Trotta, Madrid; (2004). *Derechos y garantías. La ley del más débil*, Editorial Trotta, Madrid.

²³⁸ FERRAJOLI, Luigi (2006). *Sobre los derechos fundamentales y sus garantías*, traducción de Carbonell, M., De Cabo, A. y Pisarello, G. CNDH, México, p. 38.

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 natural²³⁹.

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 penales procesales tienen por objetivo la averiguación de la verdad fáctica. 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 estatal²⁴⁰.

La ideología que está detrás de todo el sistema filosófico de Ferrajoli es el garantismo. El garantismo es una ideología jurídica, es decir, una forma de representar, comprender, interpretar y explicar el derecho. Su difusión se debe sobre todo a la obra del propio Ferrajoli, quien a partir de 1989 ha construido una completa y muy estructurada teoría del garantismo aplicado a la materia penal. En sus trabajos posteriores a esa fecha 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 neoconstitucionalismo (desde el punto de vista teórico).²⁴¹

²³⁹ Ibidem

²⁴⁰ Ibidem

²⁴¹ Cfr. CARBONELL, Miguel y SALAZAR, Pedro (2005). *Garantismo. Estudios sobre el pensamiento jurídico de Luigi Ferrajoli*. Editorial Trotta, Madrid.

Una de las principales ideas del garantismo es la desconfianza hacia todo tipo de poder, público o privado, 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.²⁴²

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 derecho un sistema de garantías, de límites y vínculos al poder para la tutela de los derechos”.²⁴³

Es claro que, si atendemos a los postulados sobre el derecho penal mínimo de nuestro autor, tendríamos que hacer una revisión profunda de nuestras disposiciones penales, tanto las que figuran en la Constitución como las que se encuentran en los códigos penales e incluso las que observamos en la jurisprudencia. Así, por ejemplo, deberíamos limitar a su mínima expresión desde el propio texto constitucional a la prisión preventiva, que vulnera la presunción de inocencia y supone un sacrificio desproporcionado de la libertad de un individuo que no ha sido declarado culpable de nada.

²⁴² FERRAJOLI, Luigi (2006). *Sobre los derechos fundamentales y sus garantías*, traducción de Carbonell, M., De Cabo, A. y Pisarello, G. CNDH, México, p. 31.

²⁴³ GASCÓN, Marina, “La teoría general del garantismo. Rasgos principales” en CARBONELL, Miguel y SALAZAR, Pedro (editores), *Garantismo. Estudios sobre el pensamiento jurídico de Luigi Ferrajoli*, op. cit., p. 22.

5.1.4. El principio de lesividad como garantía penal

5.1.4.1. El problema del fin del Derecho penal

Antes de iniciar con la discusión de esta parte del trabajo habría que volverse a preguntar: ¿cuáles son las finalidades de tutela del Derecho penal? ¿Para qué fines, para la tutela de cuáles bienes, o intereses, o valores se justifica el Derecho penal? En síntesis: ¿para qué el Derecho penal? Esta es una clásica pregunta que remite a otra aún más general, que es la pregunta de fondo de toda filosofía del Derecho: ¿para qué sirve, qué justifica el Derecho? ¿Cuál es su fundamento axiológico?

Está claro que detrás de esta cuestión y de sus posibles, diversas soluciones – si el Derecho en general y el Derecho penal en particular estén dirigidos a la tutela de bienes jurídicos concretos o a la protección de la sociedad en cuanto tal, o quizá a la protección del Derecho mismo – siempre existirán distintas y a veces opuestas filosofías políticas: liberales o autoritarias, heteropoiéticas o autopoiéticas, inspiradas en la separación o en cambio en la confusión entre derecho y moral.

Al contrario, la relevancia y las implicaciones prácticas en materia penal de estas distintas doctrinas y opciones políticas –liberales o autoritarias– se manifiesta normalmente en las igualmente diversas y opuestas concepciones sobre las finalidades de tutela del Derecho penal: la tutela de bienes jurídicos concretos, sean éstos derechos o bienes fundamentales, según las orientaciones liberales; o bien la tutela o la conservación del sistema social en cuanto tal, o la reafirmación del valor del derecho violado sólo porque éste es un derecho de acuerdo a las orientaciones no liberales. En resumidas cuentas, la oposición entre la tesis de las personas de

carne y hueso y aquella de la sociedad o del orden jurídico como objetos de la tutela del Derecho penal, que remite inevitablemente a la contraposición entre diversas y opuestas concepciones –liberales y autoritarias– del sistema político.

GÜNTHER JAKOBS –como es sabido y como lo ha confirmado en la conferencia antes mencionada²⁴⁴– es seguramente uno de los más convencidos y autorizados promotores de la segunda tesis: el Derecho penal, dice, tiene la finalidad de tutelar las “instituciones sociales”²⁴⁵. El delito, afirma, es “una perturbación de la estructura normativa de la sociedad; es decir, de lo que AMELUNG llama ‘daño social’”²⁴⁶. Y agrega, retomando una definición de KNUT AMELUNG: “una conducta es ‘socialmente lesiva cuando es peligrosa para la capacidad permanente del sistema social de resolver los problemas de su supervivencia’”²⁴⁷.

De manera todavía más explícita, en un escrito de hace algunos años – “¿Cómo protege el Derecho penal y qué es lo que protege?”, traducido al castellano por CANCIO MELIÁ²⁴⁸– sostiene que el fin del Derecho penal es la tutela del Derecho penal mismo; es decir, la protección de la vigencia de la norma, y que es la misma norma penal el objeto, lo que es lesionado por el delito.

Sin embargo, JAKOBS, rechaza con firmeza cualquier connotación política en sentido autoritario de su tesis. Y como fundamento de su neutralidad política presenta dos argumentos; uno de carácter metateórico, y otro de carácter teórico.

²⁴⁴ JAKOBS, Günther. *Criminalización...* Ob. Cit., p. 323.

²⁴⁵ *Ibíd.* p. 9.

²⁴⁶ *Ibíd.*

²⁴⁷ *Ibíd.*

²⁴⁸ CANCIO, Meliá (2004). *Sobre la normativización de la dogmática jurídico-penal*, Universidad Externado de Colombia, Colección de Estudios, n° 28, Bogotá, pp. 41-62.

Decimos inmediatamente, antes de examinar estos dos tipos de argumentos, que encontramos singular este intento de JAKOBS por substraer sus propias tesis filosófico jurídicas a las valoraciones de sus implicaciones políticas, y de preservarlas de críticas al ponerlas dentro de una pretendida objetividad y científicidad.

Las concepciones filosóficas en torno a los fines el Derecho y a sus fundamentos axiológicos, tienen siempre un significado y una dimensión pragmática. Presentarlas como descriptivas en lugar de justificarlas con base en sus implicaciones y en las opciones ético políticas que se encuentran detrás de éstas, equivale a transformarlas en ideologías. Por ello, si se es responsable, deben explicitarse tales opciones, aunque sea sólo porque sus implicaciones prácticas son razones no secundarias para su aceptación o para su rechazo. Por lo demás, ni la importancia de esta cuestión ni el empeño con el que se argumentan sus diferentes soluciones se comprenderían, si esto no tuviese ninguna implicación práctica.

Pero entremos ahora a analizar los dos argumentos con los que JAKOBS sostiene el carácter avalorativo de su concepción del Derecho penal. El primer argumento, de nivel metateórico, que JAKOBS retoma de KNUT AMELUNG, consiste en la reivindicación del carácter no prescriptivo ni valorativo sino “descriptivo” de su tesis²⁴⁹, comprobado por el hecho de que, sostiene este autor, ésta vale para cualquier sistema social, incluidas las dictaduras y las bandas de *gangsters*. Su falacia consiste, en nuestra opinión, en la confusión entre la

²⁴⁹ *Ibíd.*, p. 4.

justificación y la explicación y, en consecuencia, entre una aproximación filosófica y una aproximación sociológica.

Lo que de hecho puede ser “descriptivo” es sólo una explicación, y no una justificación. Está claro que incluso las bandas de *gangsters* y las dictaduras, dirigidas las primeras a la organización de robos y extorsiones, y las segundas al dominio del dictador, adoptan las normas necesarias para su propia supervivencia, y estas normas pueden ser explicadas como medios funcionales para tal supervivencia y para las finalidades de robo y de opresión perseguidas. Pero de lo que se habla cuando se discute sobre las finalidades de tutela del sistema penal es de la justificación y por ello de los fines del Derecho penal, que son claramente diferentes a los de una banda de *gangsters*.

Obviamente, también se pueden ofrecer explicaciones sobre el Derecho penal, por parte de la sociología del Derecho. Podríamos explicar, por ejemplo, las leyes penales que en materia de seguridad se han adelantado en Italia, o el Derecho penal “al estilo Guantánamo” producido por los Estados Unidos de América luego del 11 de septiembre que busca obtener el consenso de los electores. Pero de lo que estamos hablando cuando discutimos sobre las finalidades de tutela del Derecho penal no tiene que ver con las explicaciones sociológicas y descriptivas, sino que se refiere a las justificaciones axiológicas y valorativas del Derecho penal.

Pongamos un ejemplo: si el “Derecho penal del enemigo” del que habla JAKOBS hubiese sido presentado por este autor como una descripción de las prácticas punitivas experimentadas en Guantánamo y en Abu Ghraib, en donde los

imputados efectivamente son tratados como “enemigos”, seguramente el resultado habría sido una explicación bastante convincente del “modelo Guantánamo”. Pero tal fórmula, como bien sabemos, ha sido usada por JAKOBS para justificar, a cargo de esos que él mismo califica de “enemigos”, un trato penal diferenciado respecto al que se otorga a los “ciudadanos”.

Se trata de una justificación, como es fácil de observar, completamente coherente con la justificación filosófica propuesta por este autor para el Derecho penal como sistema punitivo dirigido a la tutela del sistema social en cuanto tal. Y con certeza esta justificación –al igual que aquella contraria que en cambio asigna al Derecho penal la finalidad de la tutela de concretos bienes jurídicos de las personas de carne y hueso– no es una tesis descriptiva, sino una tesis valorativa. Del mismo modo que no son en ningún sentido descriptivas, sino prescriptivas, las tesis o doctrinas que asumen como fines y criterios de justificación del Derecho penal la prevención del daño social generado a la vigencia del Derecho mismo o, al contrario, la lesión de un bien individual.

El segundo orden de argumentos desarrollados por JAKOBS, de carácter más propiamente teórico, pretende igualmente minimizar las diferencias y en todo caso neutralizar el valor político de la oposición que él mismo instituye entre la “teoría del daño social” y la “teoría de los bienes jurídicos individuales”. Ambas concepciones, como sostiene AMELUNG y lo repite JAKOBS, en realidad se superponen, en cuanto la protección de la sociedad incluye la protección de los individuos. Es más, siendo el ser humano un individuo necesariamente social,

impensable fuera de la sociedad, su protección es la misma cosa que la protección de su contexto social.

También aquí nos encontramos frente a una aporía. En efecto, si es verdad que ambas teorías son equivalentes, entonces no se entiende de qué estamos hablando, dado que la cuestión en general, en tal caso, pierde todo sentido. Si en cambio entendemos que la cuestión tiene sentido –como ciertamente lo consideran AMELUNG y JAKOBS, quienes se han ocupado por mucho tiempo de ésta y como queda demostrado por el amplio y apasionado debate que ha originado–, entonces ambas tesis no pueden ser equivalentes.

Por lo demás, como todos sabemos, la concepción del Derecho penal que abiertamente profesan AMELUNG y JAKOBS es una concepción funcionalista, fundada en la teoría de los sistemas de PARSONS y de LUHMANN²⁵⁰, de la cual es difícil negar las graves implicaciones prácticas, diversas y opuestas de aquellas que se derivan de la doctrina liberal de los bienes jurídicos individuales como objeto de tutela del Derecho penal.

Al contrario de esta doctrina, que en la tutela de bienes jurídicos concretos identifica el fin y al mismo tiempo una *condicio sine qua non* de la intervención penal, y por ello un límite al poder punitivo, la doctrina de JAKOBS hace de la autoconservación del sistema y de la protección del Derecho mismo el fin del Derecho penal, más allá, y quizá también a costo de cualquier otro bien o interés. Está claro que una doctrina así, al identificar autorreferencialmente el fin del

²⁵⁰ JAKOBS, Günther. *Criminalización...* Ob. Cit., pp. 293-324

Derecho penal con la estabilidad y la preservación del orden jurídico mismo, es una doctrina prescriptiva inevitablemente autoritaria, idónea para legitimar la ausencia de límites al poder punitivo.

Además, el funcionalismo luhmaniano, y sobre todo su aplicación al Derecho penal, no es nada más que una versión sociológica del viejo estatalismo ético: la idea de la primacía del Estado, o si se prefiere del sistema social, sobre las personas, concebidas como subsistemas cuya tutela se admite sólo si es funcional a la conservación del sistema y por ello claramente inidónea para imponer límites a la potestad punitiva del Estado. Podemos identificar estas implicaciones en el plano de la filosofía del Derecho.

Es precisamente en la autorreferencialidad en donde radica el inevitable significado autoritario de la opción filosófica de AMELUNG y de JAKOBS a favor de la orientación funcionalista. El ya mencionado ejemplo de la banda de *gangsters* o de las dictaduras que es presentado para sostener el carácter neutral y descriptivo de sus tesis es iluminador. Preguntémonos, precisamente, ¿cuándo las explicaciones (sociológicas) de un sistema de normas se identifican racionalmente con sus justificaciones (axiológicas)? Cuando se adopta el punto de vista del sistema mismo, y por ello es valorado desde arriba y no desde abajo; no desde la perspectiva de quien sufre las normas sino de quien las dicta; es decir, desde la perspectiva de los *gangsters* en el caso de la banda de *gangsters*, y del dictador en el caso de la dictadura; desde el punto de vista del legislador penal y del sistema político en el caso del Derecho penal.

De hecho, está claro que para el jefe *gangster* y para el dictador, la funcionalidad para la supervivencia del sistema – banda o del sistema-dictadura por parte de las normas por ellos mismos dictadas no es solamente una explicación de su congruencia con las finalidades del sistema, sino que es además una justificación de éstas. No es sólo un medio sino también un fin. Y lo mismo puede sostenerse para los legisladores y para los gobernantes, cuando éstos adopten únicamente el punto de vista autorreferencial de la propia autoconservación (piénsese en las leyes penales demagógicas y populistas que han sido promulgadas), ignorando la perspectiva externa de los gobernados.

También para éstos la finalidad del Derecho penal es la supervivencia del sistema; es decir, la protección de las “instituciones sociales”, como dice JAKOBS (no los bienes jurídicos individuales en concreto). No sólo la explicación de su funcionamiento, sino también su justificación. Pero el punto de vista de los gobernantes no es el mismo que el de los gobernados. Y en todo caso no puede ser el punto de vista ni de la dogmática penal, ni de la filosofía del Derecho.

5.1.4.2. El principio de ofensividad y el Derecho penal del hecho

Se puede presentar un discurso análogo frente al modelo de Derecho penal que estas dos concepciones contrarias del principio de ofensividad podrían fundar y justificar: el Derecho penal del hecho por un lado, y el Derecho penal del autor por el otro. Ciertamente, la idea del bien jurídico merecedor de tutela penal como bien empíricamente determinado remite a la idea de su lesión como comportamiento a la vez determinado. De hecho, la lesión de un bien así no puede

provenir sino de un comportamiento; es decir, de un hecho que se encuentre en una relación de causalidad con tal lesión, la cual consiste en un daño o en un peligro materialmente identificable.

De esto se deriva un principio fundamental del garantismo penal: el principio de la inderogabilidad del hecho, expresando por la máxima *nulla poena sine crimine*, en virtud de la cual no se puede ser castigado por lo que se es, sino solamente por lo que se hace. La “libertad”, dice el art. 4 de la Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano de 1789, “consiste en poder hacer todo lo que no daña a los demás”.

Por ello, se pueden configurar como delictivas, en garantía al mismo tiempo de las libertades y de la igual dignidad de las personas, solamente las acciones nocivas y no los sujetos nocivos. Y se pueden prohibir y castigar, en virtud de los principios de ofensividad y de estricta legalidad, únicamente los comportamientos lesivos y jamás las identidades o las condiciones personales, no siendo admitidas las identidades de por sí lesivas, o ilícitas, o a-normales, o desviadas, o extrañas, como en distintos modos lo plantean las distintas antropologías de la desigualdad.

Por esto varias veces he hablado, en una aparente paradoja, de un derecho a la inmoralidad y a la maldad; es decir, un derecho a ser inmorales o malvados²⁵¹. Se trata de una garantía elemental del principio de igualdad y de las libertades fundamentales, que he expresado a través de la tesis de la inadmisibilidad, en materia penal, de las normas constitutivas; es decir, de las normas que penalicen el

²⁵¹ FERRAJOLI, Luigi. Ob. Cit., p. 488.

ser en lugar del hacer, constituyendo tipos de sujetos criminales y dañinos o peligrosos, antes que previendo tipos de acciones criminales y dañinas o peligrosas²⁵².

Gracias a esta precisión es posible articular el principio de ofensividad en dos subprincipios: el de ofensividad en abstracto, que podría anclarse a la Constitución mediante una formulación del tipo “nadie puede ser castigado por un hecho que no ofenda bienes jurídicos de relevancia constitucional”; y el de ofensividad en concreto, con el cual se podría establecer que “nadie puede ser castigado por un hecho que, aun correspondiendo a un tipo normativo de delito, no produzca en concreto, al bien por éste protegido, ningún daño o peligro”.

El primer principio, al consistir en una norma dirigida al legislador, debería formularse en la Constitución. El segundo, al ser una norma dirigida a los jueces, podría perfectamente ser previsto por una ley común. En ambos casos, este principio tiene la forma, que es propia de todas las garantías, de límite o *condicio sine qua non* de la intervención penal.

Además, la concepción del bien jurídico que aquí se propone, como bien empíricamente determinado, permite igualmente plantear en términos más lógicos la cuestión surgida desde hace años sobre los delitos de peligro. En efecto, puede afirmarse que la lesión del bien entendida de esta manera, proviene o de delitos de

²⁵² *Ibidem*.

daño, o de los delitos de peligro consistentes, según la fórmula clásica de FRANCESCO CARRARA, en el “peligro corrido” por el bien mismo²⁵³.

Por ello se exige, para que esté justificada la punición de un comportamiento, que como consecuencia de éste el bien tutelado haya “corrido” efectivamente un peligro. De esto se deriva, por un lado, la exclusión de la legitimidad de los delitos de peligro abstracto, y por el otro, una más precisa y rigurosa caracterización de los delitos de peligro concreto. Tanto el daño como el peligro corrido, configurándose como elementos constitutivos del delito, deberán ser objeto de prueba a cargo de la parte acusadora.

Ahora bien, todo este conjunto de límites a la potestad punitiva, claramente no puede provenir de las nociones de la ofensividad y del bien jurídico propuestas por JAKOBS. Si el bien tutelado por la norma penal y su misma “vigencia”, si el daño generado por el delito no consiste en la lesión de un bien externo a éste, sino en la lesión de la misma norma jurídica, si, en últimas, el fin del Derecho penal es la protección de sí mismo, entonces está claro que una concepción así del bien jurídico, de la ofensa producida por el delito y del fin de la pena no es capaz de sugerir ningún límite al Derecho penal. Con base en esta concepción autopoietica, todos los delitos son delitos de mera desobediencia.

Y no sólo esto. Es precisamente con base en una noción semejante, que puede legitimarse la construcción de un Derecho penal de autor, antes que de un Derecho

²⁵³ CARRARA, Francesco (1907). *Programma del corso di diritto criminale. Parte generale*, Fratelli Cammelli, Firenze, p. 126.

penal del hecho, mediante la configuración como lesivas de incluso las identidades personales, por ser (valoradas como) subversivas, o terroristas, o fundamentalistas, o con diversas inclinaciones hacia el delito, u objetivamente peligrosos, o bien como enemigos. De hecho, también las identidades malvadas o peligrosas pueden ser representadas como una amenaza para el orden constituido, y como tales ser penalizadas, con base en el paradigma funcionalista, independientemente de la comisión de un hecho y de la consecución de las respectivas pruebas de ello.

Es la misma concepción de la culpabilidad promovida por JAKOBS la que confirma semejante desmaterialización del Derecho penal. Según este autor, la culpabilidad no consiste en la conciencia y voluntad de ofender un determinado bien; es decir, de producir un determinado resultado lesivo o peligroso para otros sujetos. Ésta consiste –como lo escribe JAKOBS, en la “configuración del mundo” en oposición a la norma; esto es, en oposición a “la estructura normativa de la sociedad” que con el delito es propuesta por el autor. En otras palabras, consiste en la infidelidad al ordenamiento manifestada por la desobediencia. Y la pena, a su vez, tiene el fin –función de prevención general positiva– de promover “la fidelidad al ordenamiento como actitud natural”²⁵⁴.

Por lo demás, no por casualidad es a JAKOBS a quien se debe la construcción de la figura más inquietante de subjetivización del Derecho penal: la del “Derecho penal del enemigo”, que recuerda nefastos modelos despóticos del pasado –desde la vieja figura estalinista del “enemigo del pueblo” hasta el modelo penal nazi del

²⁵⁴ CANCIO, Meliá. *Sobre la normativización...* Ob. Cit., p. 52.

“tipo normativo de autor” (*Tätertyp*)– con los cuales comparte la centralidad asignada no ya al delito, sino al delincuente, que se configura –de acuerdo a una lógica de guerra como enemigo a examinar y suprimir antes que como ciudadano a juzgar. JAKOBS explicita los fundamentos axiológicos y las potencialidades expansivas de su doctrina del Derecho penal del enemigo: “la persona en el Derecho”, escribe JAKOBS²⁵⁵, “sólo puede ser tratada como persona en la medida en que en lo fundamental se conduzca de manera conforme a la norma: si se comporta permanentemente como un diablo, se convierte en un enemigo: es decir en una –persona”.

Entonces los delincuentes “permanentes” –sin que esté claro por cuáles delitos y con qué grado de reincidencia o de habitualidad– son para JAKOBS enemigos; aún más: no personas. Pues bien, ¿cómo no ver la radical oposición de semejante concepción del Derecho penal y del delincuente a los principios de igualdad y de dignidad de la persona; mejor dicho, ¿de la igual dignidad social de las personas establecida en todas las constituciones avanzadas? En conclusión, esta doctrina del Derecho penal del enemigo no sólo es totalmente coherente con la concepción de la ofensividad de JAKOBS, sino que representa el banco de prueba de sus significados e implicaciones autoritarias.

Toda la estructura del Derecho penal se ve con esto profundamente perturbada en sus principios fundamentales: desde el principio de legalidad, que entonces se orienta a la prevención de tipos de autor antes que de tipos de acción, al principio

²⁵⁵ *Ibidem*.

de igualdad, disuelto por la diferenciación de los seres humanos en personas y no personas, hasta las formas del proceso penal, dirigidas al examen de la persona y a la identificación del enemigo que inevitablemente termina –no siendo mediada por la prueba de hechos precisos de enemistad– en la punición de los sospechosos.

Un modelo así de Derecho penal, como he dicho al inicio, refleja sin lugar a dudas las prácticas y tendencias de las modernas políticas securitarias y de la emergencia. Y tenemos que ser conscientes –incluso a la luz de su clamoroso fracaso- de que esto equivale a una disolución del Derecho penal y a una negación de la racionalidad penal.

5.2. El del expansionismo del penal como manifestación de la negación de los principios constitucionales limitadores del ius puniendi estatal

5.2.1. Teoría del bien jurídico y problemáticas actuales del expansionismo punitivista

5.2.1.1. Generalidades

Pensar acerca del actual rol de la teoría del bien jurídico en la determinación y clasificación de los tipos penales. Si algo muy valioso tiene la teoría del bien jurídico, es que reclama pensar y repensar en los fundamentos mismos de legitimidad del derecho penal. Esto aparece, en medio de este debate, como algo ineludible, fatal.

De este modo, no se puede comenzar sino preguntando: ¿Qué es un bien jurídico? ¿De dónde surge? ¿Qué lo determina? ¿Cuál es su función en un estado

constitucional de derecho? ¿Qué conductas lesionan un bien jurídico? ¿Debe el Estado reaccionar ante ello ejerciendo su ius puniendi? ¿Protege el derecho penal los bienes jurídicos? ¿Es posible pensar –en la actualidad – en un sistema penal sin realizar un análisis funcionalista en torno a los bienes jurídicos? ¿Cuáles son las consecuencias de una respuesta negativa y de una positiva? ¿Es también la reafirmación de la vigencia de la norma un bien jurídico? ¿Qué consecuencias trae esta postura?

Si es evidente que cuando actúa el poder punitivo los bienes jurídicos ya han sido vulnerados (o – al menos – puestos en peligro) ¿podemos seguir afirmando que el derecho penal protege bienes jurídicos? ¿Qué consecuencias trae este criterio a la teoría de la pena? ¿Necesitamos el derecho penal, cuando no protege bienes jurídicos y no hay acuerdos en torno a que la pena cumpla algún rol legítimo en tal sentido?

Como se ve, a poco de comenzar a pensar en esta problemática, se avizora la imposibilidad de esbozar una respuesta sin acudir a marcos teóricos más abstractos, para apoyarse de algún modo más o menos sólido en los fundamentos filosófico-jurídicos del criterio a adoptar. Es que la complejidad de las ciencias sociales y su problemática epistemológica exigen explicitar aquellos marcos teóricos como supuestos de base.

Aunque las discusiones jusfilosóficas a este respecto exceden notoriamente la competencia de este trabajo, no quisiera dejar de establecer al menos una aproximación básica orientadora –y precaria, para ser franca – desde perspectivas

realistas e idealistas: así, mientras el idealismo se inclina a considerar la imposibilidad de conocer algo más que la propia construcción racional (el sujeto crea el objeto de conocimiento en mente) y se muestra escéptico a toda propuesta de conocer valores anteriores, externos y por ende a la percepción de un mundo “real” (pues siempre, en esta tesitura, se reconoce que hay un proceso de internalización “manufacturado” por los sentidos), el realismo se abre a una postura contraria y admite la existencia de objetos de conocimiento “por fuera” de la mente humana, que ahí están, de determinada manera, dándose a nuestra percepción más o menos aproximada, verdadera o por lo menos, verosímil,²⁵⁶ ya sea una realidad material o abstracta (valores).

Claro que lo interesante del idealismo para quienes nos interesamos en el mundo del Derecho es que “... tiende a generar un ‘mundo del jurista’ que le otorga mayor seguridad (al jurista), puesto que lo sustrae al permanente devenir y a lo inacabado, propios del mundo real, para preservarlo de las discusiones acerca del mismo. En este sentido, el realismo siempre proporcionará respuestas menos absolutas, más contingentes, casi siempre provisionales.

El jurista tiende a inclinarse por el primer camino, que le permite la construcción de teorías jurídicas cuya ‘estética’ comparte los valores de la arquitectura autoritaria, que no por azar domina con su monumentalismo frontalista en casi todos los palacios de justicia. (...) La considerable gama de neo-kantismos filosóficos permitió su paso al derecho penal con distintas intensidades de

²⁵⁶ Que parece la verdad, es similar a la verdad. POPPER, Karl (1991). *Conjeturas y refutaciones*, Editora Paidós, Barcelona, p. 68.

idealismo, dando lugar a una cierta consagración del positivismo jurídico y de la omnipotencia legislativa²⁵⁷.

Sin embargo, y aun admitiendo que todo posicionamiento intelectual realista carece de la seguridad plasmada en enfoques positivistas, ostenta la incuestionable ventaja de plantear no un mundo construido a la medida de las necesidades subjetivas del sujeto que piensa y valora y suelen permanecer ocultos bajo aquella máscara de objetividad y pureza; sino abierto a una dialéctica, a un estudio sistemático de múltiples factores interrelacionados. “Si el derecho quiere actuar sobre un ámbito de la realidad, debe respetar la estructura óptica de ese ámbito y no inventarla, porque en tal caso regulará otra cosa u obtendrá otro resultado. Esto no implica ningún jusnaturalismo —al menos en sentido ‘idealista’— como una ley superior que nos permita ver y conocer como ‘debe ser el derecho’. Si algún resto de jusnaturalismo podía haber en esta teoría, sería lo que se ha calificado como ‘jusnaturalismo negativo’, que no sería útil para decirnos cómo debe ser el derecho, sino qué no es derecho”²⁵⁸.

Las bases que consideramos más interesantes en el pensamiento del Derecho son brindadas por la teoría trialista del mundo jurídico que, dentro de la concepción tridimensional, refiere a repartos de potencia e impotencia (lo que favorece o perjudica al ser y especialmente la vida, dimensión sociológica), descriptos e integrados por captaciones lógicas (dimensión normológica) y valorados por un

²⁵⁷ ZAFFARONI, Eugenio Raúl (1993) *Hacia un realismo jurídico penal marginal*, Editora Monte Ávila Editores Latinoamericana, Caracas, Venezuela, pp. 34-36.

²⁵⁸ *Ibidem*.

complejo de valores que culmina en la justicia (dimensión dikelógica)²⁵⁹. Las teorías integrativistas como el trialismo superan los desafíos de la “simplicidad pura” de la propuesta kelseniana con una “complejidad pura” que integre el objeto de la ciencia jurídica y en general el objeto del pensamiento jurídico con normas, hechos y valores.

HANS KELSEN brindó un aporte de gran relevancia para la superación de la “complejidad impura” que disolvía el pensamiento jurídico en las ciencias sociales y las humanidades recientemente desarrolladas, en la biología y en el Derecho Natural, pero parece que, en estos vertiginosos tiempos de cambio donde se presentan planteos antes inimaginables para las soluciones jurídicas, es imprescindible partir de una “complejidad pura”, que integre en el mundo jurídico con alcance tridimensional: la realidad social, las normas y los valores sin confundirlos.

5.2.1.2. Dimensión sociológica

1. Made in Germany: la influencia de la doctrina alemana en las primeras (y todavía muy actuales) concepciones de los bienes jurídicos, su extensión y consecuencias en torno al ius puniendi. La vigencia de la norma como bien jurídico.

El concepto de “bien jurídico”, en tanto producto del saber y la cultura del hombre, recibe la impronta del contexto sociohistórico en el que se inserta, por eso

²⁵⁹ Cfr. GOLDSCHMIDT, Werner (1973) *Introducción filosófica al Derecho*, Editora Depalma, Buenos Aires; CIURO CALDANI, Miguel Ángel (1976). *Derecho y política*, Editorial Depalma, Buenos Aires.

recibimos nociones en torno a su asimilación con la idea de “derecho subjetivo” primero con Feuerbach como precedente iluminista (1832) de base principista kantiana: nadie puede ejercer su libertad en contradicción con la de otro, base del contrato social y del compromiso que el Estado asume en resguardo de ese principio de convivencia y la lesividad es, por ende, el fundamento de legitimidad y límite a su vez del poder punitivo.

JOHANN BIRNBAUM (1792 -1877) toma la posta planteada por Feuerbach y acuña el primer concepto de “bien jurídico” sobre la base de la lesividad, mas –siempre teniendo en cuenta la época del desarrollo teórico, situado 1834- abre la puerta al expansionismo de modo casi idéntico al de la actualidad, ya que si bien su hipótesis es que el delito no se limita sólo a la infracción de normas jurídicas prohibitivas o imperativas, sino que debe ser entendido como una lesión concreta o puesta en peligro de bienes, admite que éstos se pueden clasificar “...distinguiendo naturalmente delitos contra el bienestar común y delitos contra los individuos...” y el ius puniendi tiene por objeto preservar la sociedad como un todo, resguardando los bienes más importantes para los miembros de la misma.

De este modo, su teoría acepta la eventual incriminación de conductas meramente inmorales, ya que: “...siempre podrá ser vista una suma de ideas religiosas y morales bajo la garantía general de un bien colectivo establecido del pueblo, cuyo mantenimiento está en tan estrecha relación con el mantenimiento de la estructura constitucional, que también... deben ser previstos como antijurídicos

ciertos tipos de conductas morales o antirreligiosas...” por “ofender los sentimientos éticos de todo un pueblo”²⁶⁰ relativo a un “concepto natural” de delito y de lesión.

Este concepto de bien jurídico y el de delito natural encajan con las doctrinas que a la época de BIRNBAUM confundían áreas morales con las jurídicas y de algún modo derivó (tal vez de modo impensado en su mismo autor) en lo que después, en la primera mitad del siglo XX, devendría una macabra realidad: el nacional socialismo.

Como estas conceptualizaciones, otras muchas se han esbozado desde distintos posicionamientos jusfilosóficos: así lo ha hecho, desde lo que podríamos llamar un potente positivismo jusracionalista KARL BINDING en la procura de “cosificar” los bienes jurídicos en algo más concreto y tangible como la vida, el honor, la libertad, la salud, aunque admite también pueda serlo un “estado” o un “valor” siempre que así lo quiera el legislador “sin otra limitación que su propia consideración y la de la lógica”²⁶¹, con lo cual el concepto pierde prácticamente todo poder limitador del poder del estado y el individuo puede quedar –de acuerdo a este criterio- en una situación de total sometimiento²⁶².

Junto con la problemática de la conceptualización del bien jurídico aparece el problema del rol que el derecho penal debe cumplir en relación al mismo: en este

²⁶⁰ BIRNBAUM Citado por HORMAZABAL MALAREE, Hernán (1992). *Bien jurídico y Estado Social y Democrático del Derecho. El objeto protegido por la norma penal*, 2da. Edición, Editorial Cono Sur, Santiago de Chile, pp. 28-29.

²⁶¹ *Ibíd.*

²⁶² *Ibíd.*

caso, hace las veces de “sombbrero de Gessler”²⁶³ como amenaza adicional de refuerzo para recordar a todos los súbditos del estado que se le debe respeto o sufrirá las consecuencias, ya que para BINDING quien lesiona o pone en peligro un bien jurídico “cumple” la norma penal y amerita por ende la adjudicación de lo que a tal acción se imputa: una sanción.

Pero esta temática fue abordada también por otras ciencias, como la sociología, de la mano de Parsons, Durkheim, Merton o Luhmann, entre otros. Nos interesa destacar la postura de éste último, para quien la sociedad constituye un sujeto autónomo, que es capaz— y tendría un legítimo derecho — de defenderse de los individuos que la componen para asegurar su propia supervivencia. En esta concepción sistémica, la “prevención general positiva” relegitima el valor del derecho penal como afirmación y aseguramiento de las normas y del rol represivo del Estado como único garante de la cohesión social.

Esta postura ha tenido notable incidencia en obras actuales de marcada influencia en nuestro país, como las de ROXIN y JAKOBS, fundamentalmente.

Esa es la función que el último le reconoce al derecho penal: fundamentalmente preventiva y destinada a garantizar la confianza en el cumplimiento de las expectativas sociales, según la cual cada uno tiene un rol que cumplir para sostener el orden social. Si esta es la piedra basal de toda comunidad, entonces la vigencia de la norma que impone los roles y órdenes sociales es

²⁶³ El “sombbrero de Gessler” era el símbolo del poder soberano de la Casa de Habsburgo, colocado en la plaza popular para que se reverenciara. A eso se negó Guillermo Tell, lo que generó la conocida y perversa prueba de tener que disparar un flechazo sobre la manzana colocada en la cabeza de su hijo para evitar una condena penal.

fundamental. Sin embargo, no es posible descontar que alguien se zafe de su rol y la quebrante. Entonces, sostiene JAKOBS – con fuerte impronta hegeliana²⁶⁴ – que será la pena la encargada de subsanar la desconfianza que produjo su infracción, mostrando todo su vigor correctivo contra este “enemigo” del orden que se desvió.

Si bien estas ideas impresionan por su impecable prolijidad y coherencia aparente, lo cierto es que desde la realidad patológica que el ejercicio del poder estatal ha exhibido de modo trágico durante siglos e, incluso en la historia reciente (como el genocidio nazi, los casos de Ruanda y Yugoslavia, las desapariciones forzadas de los gobiernos de facto en Latinoamérica, la legitimación de teorías sobre seguridad nacional de exterminio, etc.) el Estado suele generar devastadoras enfermedades autoinmunes contra sus propios súbditos o contra quien quiera desafiar sus tendencias autoritarias (cuando no totalitarias), devenidos todos ellos en enemigos de la sociedad.

Por eso la idea de la vigencia de norma como bien jurídico en sí mismo para “autoprotgerse” suele derivar de ello casos muy graves de anticipación de la punibilidad que demostrarán esta tremenda expansión del poder punitivo: la tipificación de delitos de peligro abstracto y la creación de “normas de flanqueo” (laterales, “en guardia”)²⁶⁵ configurando como bienes jurídicos aparentes o simbólicos (seguridad, orden), colectivos y difusos (como los ambientales, económicos, etc. a través de tipos penales de acumulación²⁶⁶) y la combinación de

²⁶⁴ Exhibiendo el mito de la racionalidad absoluta de la ley y del Estado, lo que no permite la mirada crítica que se extienda más allá de mera mejora en técnicas legislativas.

²⁶⁵ JAKOBS, Günther (1997). *Criminalización en el estado previo a la lesión de un bien jurídico*, Editora Civitas, Madrid, pp. 293-324

²⁶⁶ *Ibidem*.

ambos (delitos de peligro abstracto para “tutelar” la vigencia de normas de flaqueo de “seguridad”, “orden” y las destinadas a tutelar bienes colectivos y difusos).

El problema más grave y evidente que ofrece esta postura es que al adoptar como único bien jurídico la vigencia de la norma, es prácticamente imposible ejercer una función crítica, pues siempre se estará legitimando la punición de cualquier infracción al deber de respetarla. Por otra parte, y al traer de mano la configuración de delitos de peligro y de “acumulación” los principios de reserva, lesividad, culpabilidad y proporcionalidad se ven seriamente comprometidos, como se verá a continuación.

2. Los aportes del interaccionismo simbólico (incluso en la doctrina alemana) y de la criminología crítica. El expansionismo penal a través de bienes jurídicos simbólicos y la crisis de las garantías

Las expresiones más críticas a la idea del expansionismo dado por la idea de un derecho penal simbólico que tutela la vigencia de la norma o que –aún desde visiones más restrictivas – “protege” bienes jurídicos suelen provenir de ciencias y disciplinas no jurídicas, tales como la antropología, la sociología y la criminología, alertando sobre realidades que desde la dogmática penal muchos autores pretenden ignorar.

La Escuela de Chicago surge en EE.UU. durante los años 20 en un contexto polifacético que incluye la aparición de los medios masivos de comunicación y la creación de una “opinión pública” con gran capacidad para ejercer influencia e incluso crear ideas a nivel colectivo; el desarrollo de las tecnologías de la

información, la consolidación del capitalismo y de la democracia en occidente y el asomo de la idea de “globalización” – al menos en materia de conflictos bélicos – que pronto iría de la mano con vertiginosos avances científicos y tecnológicos, especialmente a partir de mediados del siglo XX.

HASSEMER²⁶⁷ recoge las inquietudes planteadas por la “escuela de Chicago” norteamericana con el interaccionismo simbólico, donde –básicamente– la criminalidad no es un objeto preexistente, sino el resultado de una determinada interrelación o interacción en la cual el legislador ocupa un rol activo como proceso que se retroalimenta con la adscripción de etiquetas y estigmas al ofensor. En tal sentido, se muestra escéptico en torno a las potestades protectorias o disuasivas del derecho penal y explica que: “El Derecho penal en su forma jurídica liberal es escasamente apropiado para flanquear objetivos políticos, orientar ámbitos de problemas y prevenir situaciones de peligro.

Es un instrumento más bien prudente, dirigido al pasado dotado de un arsenal de medios fragmentarios: le son vedados los casos de perturbaciones generales, de objetivos flexibles o abiertos al futuro, de medios de resolución de conflictos (‘principio de legalidad’); su utilización está sólo autorizada (para una prevención eficaz demasiado tarde) cuando se ha realizado un injusto relevante (‘hecho típico’); incluso complejas situaciones de riesgo sólo son abarcables penalmente cuando pueden ser atribuidas a un individuo concreto (‘culpabilidad personal’); también en los casos de dificultad de prueba de la causalidad está

²⁶⁷ HASSEMER, Winfried (1991). *Derecho...* Ob. Cit., p. 33.

prohibida la utilización del Derecho penal ('in dubio pro reo'); las consecuencias penales, sean en interés de la mayoría o terminen por ser irrazonables, finalizan en la frontera de la culpabilidad y de la proporcionalidad”.

Afirma por ende que el siglo XX ha sido dominado por un derecho penal de fuerte impronta simbólica destinada a hacer creer a la población que cumple una función irreal: la protección de bienes jurídicos. Esto es, a su criterio, un engaño, una falacia creada sobre la base de “...imágenes de una ‘inseguridad global’ y de una ‘sociedad de riesgo’. Un Derecho penal simbólico con una función de engaño no cumple la tarea de una política criminal y mina la confianza de la población en la Administración de Justicia” con lo cual lo único que protege es “...la imagen del legislador o del ‘empresario moral’. Lo que se consigue cuando el Derecho penal simbólico efectúa este engaño entre funciones latentes y manifiestas es que la pregunta crítica sobre la capacidad real del Derecho penal para proteger bienes jurídicos ni siquiera se plantee.”

La sociedad del riesgo a que alude HASSEMER²⁶⁸ se organiza en torno a la idea de una amenaza general, cuya entidad se proyecta como destrucción del individuo: entre las representaciones más divulgadas están la ruina (falta de trabajo, robo de los ahorros) y el crimen. El centro de la conciencia del riesgo no reside en el presente, sino en el futuro y se difunde como “sensación de inseguridad”.

²⁶⁸ *Ibidem*.

Con germen en las profundas y polifacéticas transformaciones sociales en occidente – y que – recogiendo el trabajo del criminólogo JOCK YOUNG²⁶⁹ – puede darse en llamar “modernidad tardía” – se ha producido básicamente una crisis de adaptación: así, el modelo de la sociedad fordista de la posguerra (1950-1960) o GOLDEN AGE²⁷⁰, altamente inclusiva y fotografiada en la imagen del trabajo estable y la familia bien constituida (padre seguro y proveedor, autoridad del hogar que trabaja, progresa y se jubila en la misma empresa; madre ama de casa y abnegada compañera; dos niños en la escuela, una casa confortable adquirida con una razonable y accesible hipoteca en cuotas estables) es sustituida por otra paradójicamente plural y diversa, pero excluyente.

Esta contradicción se explica con la superación de los límites físicos, sociales y morales que trajo aparejada la globalización: la revolución tecnológica (tributaria de la industrial) desdibujó todo límite y tornó borrosa toda frontera a través de la masificación del consumo y de los medios de comunicación.

La sociedad de la modernidad tardía es una sociedad de híbridos y no de linajes²⁷¹; de mosaicos, de traspasamientos y filtraciones: una sociedad bulímica²⁷², donde los fenómenos de inclusión y exclusión se manifiestan simultáneamente: “los medios de comunicación, la educación de masas, el mercado de consumo, el

²⁶⁹ YOUNG, Jock (2003). “La sociedad ‘excluyente’”, *Exclusión social, delito y diferencia en la modernidad tardía*, Editora Marcial Pons, Madrid, p. XXXIII.

²⁷⁰ HOBBSAWN, Eric (1995). *Historia del siglo XX: 1914-1991*, Editorial Crítica, Barcelona, p. 134.

²⁷¹ YOUNG, Jock. Ob. Cit., p. XXXIII.

²⁷² *Ibidem*.

mercado de trabajo, el Estado de bienestar, el sistema político, el sistema de justicia criminal.

Cada una de éstas lleva consigo una noción de valores universales, de nociones democráticas de igualdad y recompensa, de tratamiento acorde con las circunstancias, y de mérito (...) acompañada por un continuo aumento de la noción de ciudadanía, equilibrando así más y mayores partes de la población en términos de edad, clase, género y raza. Al mismo tiempo el mercado de los consumidores propaga una ciudadanía de consumo feliz, aun cuando la habilidad de gastar (eventualmente la de entrar) al centro comercial esté severamente limitada; el mercado laboral... está restringido a una reducida minoría.

El sistema de justicia criminal es, en los papeles, un dechado de igualdad en derechos, un auténtico camafeo de nociones neoclásicas de igual de los ciudadanos frente a la ley, en la práctica, la actuación policial en las calles se manifiesta tendenciosamente predispuesta en términos de raza y clase social, las minorías de miembros más activos de los partidos políticos se sienten con frecuencia impotentes y sin influencia (y). La educación en masas sirve para reproducir las divisiones de clase y exacerbar los resentimientos”²⁷³.

Este miedo a la victimización, potenciado demagógicamente por los dirigentes estatales y los medios de comunicación de las sociedades actuales es líquido: se filtra en todos los resquicios de la existencia, pero –no por casualidad– termina anegando el espacio de exigencia hacia el derecho penal, la herramienta de

²⁷³ *Ibidem*.

poder de fuerza del padre simbólico²⁷⁴ del hombre moderno en la sociedad occidental: el Estado.

En la actual sociedad de consumo, las sensaciones de inseguridad se exageran como respuesta al vértigo del progreso tecnológico y las exigencias de “éxito” del sistema capitalista para justificar el ejercicio de la fuerza estatal. Las amenazas actuales a la supervivencia se distraen hacia el delito, pero el verdadero miedo es el miedo a ser “descartados”, bajados del sistema.

Las políticas criminales actuales en occidente están transitando por un camino donde abundan fuertes cuestionamientos al –hasta hace poco– indiscutido modelo penal garantista, proponiendo su reemplazo por un paradigma de “mano dura” llamado modelo penal de la seguridad ciudadana²⁷⁵, “expansionismo”, derecho penal de tercera velocidad²⁷⁶, o peyorativamente: “segurismo”. Los modelos de seguridad o expansionistas abordan la problemática de la delincuencia desde la superficialidad de sus síntomas o manifestaciones inmediatas, mas no indaga en sus raíces, de trasfondo estructural, institucional, individual o comportamental y discursivo.

En busca de la relegitimación de instituciones cuya credibilidad se desbarranca (partidos políticos, funcionarios gubernamentales, instituciones

²⁷⁴ La función del padre implica simbólicamente la eficacia de la ley sobre el deseo; justifica su necesidad y obligatoriedad como acto de fuerza: su origen está dado en el complejo de Edipo (la ley contra el incesto). Este es el padre de la horda primitiva, el de “Tótem y Tabú”: la autoridad (FREUD, SIGMUND: “Tótem y tabú”,

²⁷⁵ DÍEZ RIPOLLÉS, José Luis (2005). “De la sociedad del riesgo a la seguridad ciudadana: Un debate desenfocado”. *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología*, nº 07-01, Madrid, p. 2.

²⁷⁶ SILVA SANCHEZ, Jesús María. *La expansión...* Ob. Cit., p. 125.

religiosas e intermedias, autoridades públicas en general), se recurre a la atribución de un mayor carácter represivo e inquisitorial al derecho penal, sustentando lo que no es otra cosa que políticas en crisis.

A ello debe sumarse la incidencia del legado de la guerra fría, cuyos conflictos fueron percibidos por los gobiernos de la región como amenazas al Estado mismo y tratados, erróneamente, como un problema de seguridad nacional cuya solución se reducía a una solución militar.

Todos los demás problemas, entre ellos el de la criminalidad, quedaban subsumidos al de la seguridad nacional (esta tendencia, pese a los esfuerzos vertidos, no fue desactivada o descontinuada en la posguerra, por el contrario, el peso de la seguridad nacional no ha podido ser suplantado por un concepto de seguridad democrática, primero, o de seguridad humana, después, dadas las posibilidades de conversión y adaptación al escenario de la seguridad ciudadana)²⁷⁷.

5.2.1.3. Dimensión normológica

Los bienes jurídicos difusos y colectivos y los delitos de peligro abstracto y de “acumulación” como otra manifestación del expansionismo punitivista. Un problema actual de la utilización de la normativa penal de modo demagógico es el de la minusmodelación de las cláusulas de cierre mediante su vaciamiento fáctico: el principio de legalidad y el de reserva configuraron dos manifestaciones de la

²⁷⁷ CHINCHILLA, Laura (1997). “Seguridad Ciudadana y Reforma Policial en Centroamérica”, *Documentos de un Proceso de Reforma Policial en Centroamérica, Taller Regional sobre Seguridad Ciudadana y Capacitación Policial*, Costa Rica, p. 92.

misma garantía de legalidad, que responde al requerimiento de racionalidad en el ejercicio del poder, emergente del principio republicano de gobierno.

La escasa idoneidad del derecho penal para afrontar las nuevas necesidades de la sociedad del riesgo priva de justificación al socavamiento o -en el mejor de los casos- al reacomodo que tal política criminal hace del derecho penal garantista, y que pueden llevar a su desnaturalización. La política criminal moderna, incapaz de prevenir eficazmente los comportamientos que le preocupan, termina asignando al derecho penal una función meramente simbólica.

Este fundamento legitimador y expansivo del ius puniendi se refleja en la caracterización de bienes jurídicos no sólo simbólicos (como por ej.: reafirmar la vigencia de la norma) sino también de tipos penales destinados a “tutelar” el medio ambiente, el funcionamiento del mercado u orden económico, el tráfico comercial o la “seguridad”. Sin embargo, tales objetos son tan inasibles, tan difíciles de delimitar típicamente (en honor al principio de legalidad) que las graves imprecisiones que generan impiden otorgarle la precisión terminológica y delimitación conceptual exigidas constitucionalmente por el principio de lesividad y legalidad.

La tarea de reconocimiento genera tensiones en varios niveles, tanto en la relación entre normas (especialmente entre la Constitución Política y el Código Penal o incluso el Código Procesal Penal), como en el análisis político criminal que muchas veces ofrece una contradicción entre ciudadano / individuo como

concretización del derecho penal del enemigo y la reconstrucción del derecho de la peligrosidad.

Por otra parte, cabe destacar que, no por negar la capacidad protectora del derecho penal bienes jurídicos importantes en la actualidad –tales como el medio ambiente– quedan desprotegidos, ya que existen otras normas en el resto del ordenamiento jurídico destinadas –incluso con mayor efectividad– a darles tutela, como es la misma Constitución consagrando su rango superior y la acción de amparo. Incluso, cuando la lesión de estos bienes jurídicos represente lesiones a los bienes jurídicos individuales como la vida o la integridad física de una persona de modo inmediato no hay reparos para habilitar el ius puniendi.

Así, podemos imaginar –por ejemplo– que una fábrica de zapatos vierte residuos contaminantes en una laguna, pero en pequeñas cantidades de modo que no genera perjuicios para la ninguna persona de modo directo (por beberla) o indirecto (por consumir alimentos regados con tales aguas). Mientras esta persona no tenga una lesión o peligro concreto en su salud, no quedará habilitado el poder punitivo, sino que la contaminación podrá ser combatida por el resto del ordenamiento jurídico de modo preventivo o reactivo seguramente con resultados mucho más efectivos (controles, advertencias, multas, clausuras, etc.)²⁷⁸. El bien jurídico en tanto concepto limitador resuelve el problema sin sobrepasar la relación de disponibilidad del sujeto con el objeto, según el concepto de ZAFFARONI²⁷⁹.

²⁷⁸ *Ibidem*.

²⁷⁹ ZAFFARONI, Eugenio. (2008). *Derecho Penal. Parte General*, 2da. Edición, Editora Ediar, Buenos Aires, pp. 283-287

De este modo, es dable concluir que, desde la concepción liberal y garantista de un derecho penal y –dentro del mismo- de una idea de bien jurídico como limitador de la arbitrariedad en la función persecutoria estatal, la solución no es otra que desechar del ámbito punitivo los objetos que no sean susceptibles de determinación para cumplir con tal función²⁸⁰.

5.2.1.4. Dimensión dikelógica

Finalmente, el estudio del mundo jurídico debe abarcar, como propone el trialismo, una dimensión valorativa, remitida a un complejo axiológico en el que ocupa lugar predominante la justicia. Todo acto es simultáneamente contingente y determinado, insertándose la conducta en el continuo que va de lo previsible a lo imprevisible al pasar por el tamiz de los procesos sociales y valores culturales de cada sociedad, pero lo cierto es que no se puede construir legitimidad y confianza sobre la paradójica base de la negación de las garantías mínimas de libertad.

La violencia, la criminalidad y la inseguridad constituyen la “santísima trinidad de los problemas en las sociedades contemporáneas” como realidades polivalentes. “Las agencias internacionales las incorporan entre sus asuntos prioritarios. Los medios de comunicación alientan las ilusiones punitivas, y arrastran a los gobiernos a los reduccionismos normativos. La violencia, la criminalidad y la inseguridad nunca ‘son’ con independencia de ‘cómo’ se las

²⁸⁰ *Ibidem*.

piensa. Es imposible soslayar, por ejemplo, el predominio de las narrativas y los relatos, con todas sus cargas de valores y cosmovisiones”²⁸¹.

No se trata de negar a la teoría del bien jurídico como herramienta dogmática útil para dar contenido material limitador a los tipos penales, sino de precisarla de modo garantista, compatible con un Estado constitucional de derecho. En este sentido y con plena actualidad, algunos prestigiosos doctrinarios manifiestan que es fundamental enfatizar la función crítica del bien jurídico para evitar que el derecho penal se constituya en “moral codificada”²⁸².

Así, muchos se muestran escépticos en torno a admitir que la configuración de delitos de acumulación (donde se tipifican acciones individuales no dañosas en sí mismas pero sí potencialmente si llegaran a generalizarse: por ejemplo, es el caso de quien orina en el río, del vertido industrial de sustancias contaminantes en cantidad mínima e inocua, etc.) resulte admisible como tutela del medio ambiente u otros bienes jurídicos colectivos y difusos, por lo que directamente optan por rechazar tal posibilidad atento a la vulneración del principio de lesividad y reserva como delitos de bagatela o insignificantes.

Finalmente, SCHÜNEMANN propone –acertadamente a mi juicio– que, como no es tarea fácil delimitar qué es un bien jurídico y de qué modo puede limitar el expansionismo del poder punitivo en forma inconstitucional, y ya que seguramente no podrá haber acuerdos en este sentido, la teoría del bien jurídico

²⁸¹ *Ibidem*.

²⁸² Knut Amelung y Gerhard Seher en: HEFENDEHL, Roland (2007). *La teoría del bien jurídico: ¿fundamento de legitimación del Derecho Penal o juego de abalorios jurídico?*, Editora Marcial Pons, Madrid, p. 418.

debería expresarse negativamente, esto es, determinando qué no puede entenderse como un bien jurídico capaz de dar contenido material aceptable bajo la lupa de los principios constitucionales.

Precisa SCHÜNEMANN²⁸³, precisa que “...la determinación del bien jurídico no se formula como mera etiqueta final sólo al término del proceso interpretativo, sino que con su impulso liberal, es decir, opuesto a las restricciones innecesarias de las libertades civiles, dirige la modelización de la materia prohibida, y, por consiguiente, respecto al proceso de interpretación es tanto inmanente como crítica se erige en su ‘punto de fuga’ e introduce directamente en la exégesis de la ley la idea liberal básica que encarga una dimensión constitucional, sin cargarla a la vez con la calamidad de tener que fundamentar la inconstitucionalidad de una decisión legislativa”.

²⁸³ *Ibidem*.

VI. CONCLUSIONES

1. Existe un amplio consenso doctrinal en entender que los principios que limitan el ejercicio del iuspuniendi estatal se fundan en la Constitución al establecer su justificación y límites; donde el legislador y el aplicador de las normas penales están vinculados por las disposiciones de la Constitución (artículos 1°, 38° 43° y 45°) y sujetos al control del Tribunal Constitucional (artículo 201° de la Constitución).
2. El punitivismo es una expresión de la negación del derecho penal garantista y de los límites constitucionales del ius puniendi estatal, debido a que busca la “mano dura”, punibilizando toda conducta humana, afectando los principios de legalidad, lesividad; alentar el debilitamiento de las garantías penales, sustantivas y procedimentales; es decir, crear un derecho penal diferenciado y excepcional, el mismo que no descansa en el conocimiento ni en razones.
3. El derecho penal garantista en un Estado de Derecho es una manifestación del Derecho penal mínimo, cuyas garantías, tanto en su vertiente sustancial como procedimental; intentan proteger a los ciudadanos de la comisión de delitos por parte de terceros, tipificando conductas; así mismo, proteger a esos mismos ciudadanos del poder gigantesco del aparato estatal cuando busca castigar. A través de las garantías sustantivas como el principio de legalidad, de culpabilidad, de proporcionalidad, de resocialización, y de humanidad.

4. Los principios constitucionales que limitan el ius puniendi estatal se convierten en meros formalismos, cuando la violencia punitiva desborda su ámbito legítimo de actuación, cuando vulnera los principios rectores que limitan su intervención, cuando se desvía de los principios que consagra la Constitución; cuando afecta los fines del modelo de Estado diseñado por la constitución.
5. Uno de los principales problemas del Derecho Penal actual, es sobre la discusión acerca de la legitimidad del ámbito de intervención del ius puniendi, en la medida de las necesidades de la sociedad moderna han propiciado un adelantamiento significativo de las barreras de intervención del poder penal -creando delitos de peligro abstracto-; convirtiéndolo en un derecho penal de prima ratio, caracterizado por la falta de racionalidad de la ley penal.

VII. RECOMENDACIONES

1. El sistema de valores y principios contenidos en la Constitución debe constituir el punto de referencia básico y fundamental de las valoraciones que deben de guiar cualquier programa de lucha contra la criminalidad; en tal sentido el sistema penal debe ser concordante con los valores y principios consagrados constitucionalmente, como guía del legislador en su función criminalizadora y descriminalizadora.
2. La sociedad actual se caracteriza por su dinamicidad y constante movilidad, por ello, el Derecho Penal debe recoger las nuevas demandas de la sociedad; y la actual sociedad vienen comprendida por nuevos riesgos y peligros que requieren ser tutelados por el derecho penal, en tanto se identifique un objeto digno de protección en razón de su materialidad lesiva; sin caer en políticas populistas del uso irracional del derecho penal.
3. El ejercicio del iuspuniendi estatal tienen que estar en relación con el modelo de Estado consagrado en el artículo 1° y 43° de la Constitución, donde el principio de dignidad debe de constituir en la piedra angular que sostiene todo el sistema jurídico-estatal y el sistema socio-estatal, y de esta forma garantizar su legitimidad sustancial en el marco de un Estado Social y Democrático de Derecho.
4. La vigencia de un Estado Social y Democrático de Derecho como exigencia constitucional fundado en la dignidad humana y en el principio de vinculatoriedad constitucional obliga al legislador a abandonar la tendencia de crear tipos penales de peligro abstracto porque significan vulnerar los derechos

y garantías constitucionales como la presunción de inocencia, derecho de defensa y el principio de contradicción, por lo resulta inconveniente que se configure en nuestro sistema penal delitos de peligro abstracto por cuanto vulnera el principio de lesividad.

VIII. REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS

- ALEXY, R. (1993). Teoría de los derechos fundamentales. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales.
- ANCHALUISA, C. (2013). “El neoconstitucionalismo transformador andino y su conexión con el Derecho Internacional de los Derechos Humanos”. En: Línea Sur N° 5, p. 115. Bolivia. Disponible: <https://www.corteidh.or.cr/tablas/r32326.pdf>
- AÑAKI, L. (1995). El principio del proceso debido, Barcelona: Bosh.
- ARANZAMENDI, L. (2011). Fundamentos Epistemológicos de la Investigación básica y aplicada al Derecho. Lima: Grijley.
- ATIENZA, M. (2005). “Los límites de la interpretación constitucional”. En: Ferrer Mac-Gregor, Eduardo. (Coordinador) Interpretación constitucional. Tomo I, México: Porrúa.
- ATIENZA, M. (2006). El derecho como argumentación. Barcelona: Ariel.
- BACIGALUPO, E. (1984). Manual de Derecho Penal. Bogotá: Temis.
- BACIGALUPO, E. (1990). Principios de Derecho Penal Parte General, 5a. ed., Madrid: Akal.
- BERDUGO, I y otros (2004). Curso de Derecho Penal. Parte General. Barcelona: Experiencia.
- BERNAL, Carlos (2006). “El neoconstitucionalismo a debate”. En: Temas de Derecho Público, N° 76, Bogotá: Universidad Externado de Colombia, Instituto de Estudios Constitucionales Carlos Restrepo Piedrahita.

- BOBBIO, N. (1997). “Teoría del Ordenamiento Jurídico”. En: Introducción al Derecho de José Luis del Hierro. Madrid: Síntesis.
- BRIONES, G. (1986). Métodos y Técnicas de Investigación para las Ciencias Sociales. México: Trillas.
- BUSTOS, J. (1986). Introducción al Derecho Penal. Bogotá: Temis.
- BUSTOS, J. (1986b). Manual de Derecho Penal Parte Especial. Barcelona: Ariel.
- BUSTOS, J. (2005). Obras Completas. Tomo I. Derecho Penal. Parte General. Lima: Ara.
- BUSTOS, J. / HORMAZÁBAL, H. (1997). Lecciones de derecho penal Vol. I, Madrid: Trotta.
- CALSAMIGLIA, A. (1989). “Prólogo a la obra de DWORKIN, Ronald”. En: Los Derechos en serio. Traducido por Marta Guastavino. 2da Edición, Editorial Barcelona: Ariel.
- CANCIO, M. (2004). Sobre la normativización de la dogmática jurídico-penal, Colección de Estudios, N° 28. Bogotá: Universidad Externado de Colombia.
- CARBONELL, M. (2001). “Presentación. Guastini y los temas constitucionales”. En: GUASTINI, R. Estudios de Teoría Constitucional. Traducido por Miguel Carbonell, México: Fontamara.
- CARBONELL, M. y SALAZAR, P. (2005). *Garantismo. Estudios sobre el pensamiento jurídico de Luigi Ferrajoli*. Madrid: Trotta.
- CARBONELL, Miguel (2005). “Prólogo: Zagrebelsky y el uso de la historia por el derecho constitucional”. En: ZAGREBELSKY, Gustavo. Historia y constitución. Traducido por Miguel Carbonell. Madrid: Trotta.

- CARO, D. (1999). Derecho Penal del Ambiente Delitos y Técnicas de Tipificación, Lima: Grafica Horizonte.
- CARO, D. (2004). Principio de lesividad de bienes jurídicos penales. Lima: Gaceta Jurídica.
- CARRARA, Francesco (1907). Programma del corso di diritto criminale. Parte generale, Traducida por BEECHE, O. y GALLEGOS, A. San José: Jurídica Continental.
- CHINCHILLA, L. (1997). "Seguridad Ciudadana y Reforma Policial en Centroamérica", Documentos de un Proceso de Reforma Policial en Centroamérica, Taller Regional sobre Seguridad Ciudadana y Capacitación Policial, Costa Rica.
<https://www.flacso.edu.ec/portal/modules/umPublicacion/pndata/files/docs/sfsegchinchilla.pdf>
- CIURO, M. (1976). Derecho y política. Buenos Aires: Depalma.
- CIURO, M. (1999). "Principios y valores en el derecho constitucional". En: Los valores en la Constitución argentina. Buenos Aires: Ediar.
- COLOMER, A. (1991). "La Revolución francesa, su declaración de derechos y el constitucionalismo iberoamericano" en Revista de Derecho Político, N° 34. Madrid.
- COMADUCCI, P. (2002) Formas de neoconstitucionalismo: Un análisis metateórico. Génova: Isonomía.
<https://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=500633>

- COMMANDUCI, P. (2005). “Constitucionalización y teoría del derecho”. En: Conferencia de la Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Córdoba, Tomo XLIV, Córdoba.
- CÓRDOBA, J. (1996). Nuevas formas de delito y principio de intervención mínima. La Ley, N° 3, Madrid.
- DÍEZ, J. (1997). “El bien jurídico protegido en un Derecho penal garantista”, Jueces para la democracia, N° 30, Madrid. <https://dialnet.unirioja.es/ejemplar/17168>
- DÍEZ, J. (2001). “El derecho penal simbólico y los efectos de la pena”, Actualidad penal, N° 1, Madrid. <https://dialnet.unirioja.es/servlet/autor?codigo=48662>
- DÍEZ, J. (2005). “De la sociedad del riesgo a la seguridad ciudadana: Un debate desenfocado”. Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología, N° 07-01, Madrid. <http://criminet.ugr.es/recpc/07/recpc07.html>
- DWORKIN, R. (1977). ¿Es el derecho un sistema de reglas? Traducido por Javier Esquivel y Juan Revollo. México: Instituto de Investigaciones Filosóficas, Universidad Nacional Autónoma de México.
- DWORKIN, R. (1993). ¿Los Derechos en Serio? Buenos Aires: Planeta.
- FAVOREU, L. (1999). “La constitucionalización del Derecho Penal y del procedimiento penal. Hacia un Derecho Constitucional Penal”. En: Revista Chilena de Derecho. Volumen 26 N° 2, Santiago: Universidad Católica de Chile.
- FERRAJOLI, L. ([1989] - 1997). Derecho y razón. Teoría del garantismo penal. Madrid: Trotta.
- FERRAJOLI, L. (2003). “Pasado y futuro del Estado de Derecho”. En: CARBONELL Miguel, Neoconstitucionalismos. Madrid: Trotta.

- FERRAJOLI, L. (2004). *Derechos y garantías. La ley del más débil*. Madrid: Trotta.
- FERRAJOLI, L. (2006). *Sobre los derechos fundamentales y sus garantías*, traducción de Carbonell, M., De Cabo, A. y Pisarello, G. México: CNDH.
- FIGUEROA, E. (2011). “Neoconstitucionalismo e interpretación constitucional ¿hacia nuevos horizontes en el derecho?”. En: *Neoconstitucionalismo e interpretación constitucional*. Lima. <https://edwinfigueroag.wordpress.com/-neoconstitucionalismo-e-interpretacion-constitucional/>
- FIORAVANTI, M. (2000). *Los derechos fundamentales. Apuntes de la teoría de las Constituciones*. Madrid: Trotta.
- GARCIA, A. y GASCON, M. (2003). *La argumentación en el derecho. Algunas cuestiones fundamentales*, Lima: Palestra.
- GARCÍA, E. (1999). *Justicia y seguridad jurídica en un mundo de leyes desbocadas*. Madrid: Civitas. <https://dialnet.unirioja.es/servlet/libro?codigo=128870>
- GARCÍA, J. (2008). “Sobre el ius puniendi: su fundamento, sus manifestaciones y sus límites”. En: *Documentación Administrativa*. <https://revistasonline.inap.es/index.php/DA/article/view/9600>
- GARCÍA, M. (1989). “Principios generales y principios constitucionales” *Revista de Estudios Políticos (Nueva Época)*, Núm. 64. Abril-Junio, España.
- GARCÍA, N. (1996). *El Poder Punitivo en el Estado Democrático*. Cuenca: UCLM.
- GARCÍA, P. (2008). *Derecho Penal. Parte General*. Lima: Grijley.
- GARCIA, V. (2003). “Valores, principios, fines e Interpretación Constitucional”. En *Revista Derecho y Sociedad*, N° 21, Lima: PUCP. Disponible: <https://revistas.pucp.edu.pe/index.php/derechoysociedad/issue/view/1360>

- GARCÍA-PABLOS, A. (2000). Derecho Penal. Introducción, Madrid: Facultad de Derecho de la Universidad Complutense.
- GASCÓN, M. (2005). “*La teoría general del garantismo. Rasgos principales*” en CARBONELL, M. y SALAZAR, P. (editores), *Garantismo. Estudios sobre el pensamiento jurídico de Luigi Ferrajoli*. Madrid: Trotta.
- GOLDSCHMIDT, W. (1973) *Introducción filosófica al Derecho*. Buenos Aires: Depalma.
- GRANDEZ, P. (2016). *El ascenso de los principios en la práctica constitucional*. Lima: Palestra.
- GUASTINI, R. (2001). *Estudios de Teoría Constitucional*. Traducido por Miguel Carbonell, México: Fontamara.
- HABERLE, P. (1996). “La sociedad abierta de los intérpretes constitucionales. Una contribución para la interpretación pluralista y procesal de la Constitución”. En: *Retos actuales del Estado constitucional*, Bilbao: Santillana.
- HAKANSSON, C. (2002). “La posición constitucional de los principios en la carta de 1993”. *Revista institucional N° 6 : Apuntes sobre la reforma constitucional*. Lima: Academia de la Magistratura.
- HASSEMER, W. (1989). “Lineamentos de una teoría personal del bien jurídico”, *Doctrina Penal - Teoría y práctica en las ciencias penales*, N° 46/47, Buenos Aires.
- HASSEMER, W. (1993). “Crisis y características del moderno derecho penal”, *Actualidad Penal*, N° 43, Madrid.
- HASSEMER, W. y MUÑOZ, F. (1989). *Introducción a la criminología y al derecho penal*. Valencia: Tirant lo Blanch.

- HEFENDEHL, R. (2007). La teoría del bien jurídico: ¿fundamento de legitimación del Derecho Penal o juego de abalorios jurídico? Madrid: Marcial Pons.
- HERNANDEZ, R. y otros (2010). Metodología de la Investigación, México: McGrawHill.
- HOBBSAWN, E. (1995). Historia del siglo XX: 1914-1991. Barcelona: Crítica.
- HORMAZABAL, H. (1992). Bien jurídico y Estado Social y Democrático del Derecho. El objeto protegido por la norma penal, 2da. Edición, Santiago de Chile: Cono Sur.
- JAKOBS, G. (1996). Fundamentos del Derecho Penal. Buenos Aires: Ad-Hoc.
- JAKOBS, G. (1997). Criminalización en el estado previo a la lesión de un bien jurídico. Madrid: Civitas.
- JAKOBS, G. (1999). "La ciencia del derecho penal ante las exigencias del presente", Estudios de derecho judicial, N° 20, Galicia.
- LANDA, C. (2006). "Interpretación constitucional y Derecho Penal". En: Jurisprudencia y Doctrina Penal Constitucional. Segundo Seminario. Lima: Palestra.
- LOEWENSTEIN, K. (1986). Teoría de la Constitución. Barcelona: Ariel.
- LÓPEZ, L. (2009). "El poder penal del estado". En: Revista Sapere. Lima: USMP, <https://derecho.usmp.edu.pe/sapere/ediciones/edicion1/articulist/lopez.htm>
- MARTINEZ, J. (1997). "El Derecho al Debido Procedimiento Jurídico" en Lecciones de derechos Humanos, Valparaíso: EDEVAL.
- MARTINEZ, J. (1997b). Jurisprudência Constitucional española. Sobre Derechos Sociales, Barcelona: CEDECS.

- MENDOZA, M. (2000). Los principios fundamentales del Derecho Constitucional peruano, Lima: Gráfica Bellido.
- MIR, S. (1996). Derecho Penal - Parte General. Barcelona: PPU.
- MIR, S. (2002). Derecho Penal. Parte General. 6ª Edición. Barcelona: Reppertor.
- MIR, S. (2002b). Introducción a las bases del derecho penal. 2º edición. Montevideo-Buenos Aires: BdeF.
- MIR, S. (2005). Derecho Penal. Parte General. 7º edición. Montevideo-Buenos Aires: BdeF.
- MORILLAS, L. y RUIZ, L. (1992). Manual de Derecho Penal - Parte General. Madrid: Derecho Reunidas.
- MÜLLER-TUCKFELD, J. (2000). Ensayo para la abolición del derecho penal de medio ambiente. Granada: Comares.
- MUÑOZ, F. (1996). “El 'moderno' derecho penal en el nuevo código penal. Principios y tendencias”, La Ley, Nº 3, Madrid.
- MUÑOZ, F. (2000). Presente y futuro de la dogmática jurídico-penal, Revista Penal, Madrid.
- MUÑOZ, F. / GARCÍA, M. (1996). Derecho Penal Parte General, 2a. ed., Valencia: Tirant lo blanch.
- ORREGO, C. (2000). “La crisis del positivismo jurídico. Kelsen, Hart, Bobbio”. En: Revista de Derecho, Nº. 7, 2000, Coquimbo: Universidad Católica del Norte.
- PECES, G. (1999). Curso de Derechos Fundamentales. Teoría General. Boletín Oficial del Estado, Madrid: Universidad Carlos III de Madrid.

- PEREIRA, A. (1996). Temas de Derecho constitucional Español, Santiago de Compostela: Follas Novas.
- PEREIRA, A. (1998). Invitación al Estudio de la Constitución de los Estados Unidos, Santiago de Compostela: Tórculo.
- PIZZORUSSO, A. y PASSAGLIA, P. (1998). La loi européene face á la notion traditionnel de loi. Traducido por CARBONELL, M. México : Fontamara.
- POLAINO, M. (2004). Derecho Penal. Modernas Bases Dogmáticas. Lima: Grijley.
- POPPER, K. (1991). Conjeturas y refutaciones. Barcelona: Paidós.
- PRIETO, L. (1992). Sobre principios y normas. Problemas del Razonamiento jurídico. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales.
- PRIETO, L. (2001). “Neoconstitucionalismo y ponderación judicial”. En: Anuario de la Facultad de Derecho de la Universidad Autónoma de Madrid, Madrid.
- PRIETO, L. (2007). Derechos Fundamentales, Neoconstitucionalismo y Ponderación Judicial. Lima: Palestra.
- QUIROZ, W. (2007). Investigación Jurídica. Lima: IMSERGRAF EIRL.
- QUISBERT, Ermo (2006). “Principios constitucionales”, Bolivia. Disponible: <http://ermoquisbert.tripod.com/dc/05.pdf>
- REAL ACADEMIA DE LA LENGUA ESPAÑOLA (2002). El Pequeño Larousse Ilustrado. Bogotá.
- RECASENS, L. (1980). La concepción mecánica de la función jurisdiccional. En: La Nueva Filosofía de la Interpretación del Derecho, México: Porrúa.
- ROBLES, L. (2014). Guía metodológica para la elaboración del proyecto de Investigación Jurídica. Lima: Ffecaat.

- ROBLES, L. y otros (2012). Fundamentos de la investigación científica y jurídica, Lima: Fecatt.
- RODRIGUEZ, Á. (1992). "El Sistema Tributario en la Constitución" en Revista Española de Derecho Constitucional, N° 36, Madrid.
- ROJAS, H. (2014). Los principios constitucionales limitadores del Ius Puniendi ¿Qué límites rigen el Derecho Administrativo Sancionador en el Perú?. Tesis para obtener el grado académico de Magíster en Derecho con Mención en Derecho Penal. Lima: PUCP.
- ROXIN, C. (1997). Derecho penal, parte general - fundamentos, la estructura de la teoría del delito, 2da. Edición, Tomo I. Madrid: Civitas.
- RUBIO, F. (1993). "El Principio de Legalidad" en Revista Española de Derecho Constitucional, N° 39, Madrid.
- SÁNCHEZ, M. (1999). El moderno derecho penal y la anticipación de la tutela penal. Valladolid: Universidad de Valladolid.
- SCHMIT, C. (2001). Legalidad y legitimidad. En: Teólogo de la Política, Héctor Orestes Aguilar (compilador), México: Fondo de Cultura Económica.
- TIEDEMANN, K. (2003). Constitución y Derecho Penal. Lima: Palestra.
- TORRES DEL MORAL, A. (1992). Principios de Derecho Constitucional Español, Madrid: Universidad Complutense de Madrid.
- TRIBUNAL CONSTITUCIONAL (2005). Exp. N° 0019-2005-PI/TC. <https://www.tc.gob.pe/jurisprudencia/2005/00019-2005-AI.pdf>
- TROPER, M. (1985). "Dossier Ronald Dworkin". En : Revue internationale de théorie du droit et de sociologie juridique. Traducido por Marta Guastavino. 2da Edición, Barcelona: Ariel.

- UCHUYA, H. (2000). "Constitución y principios constitucionales" en Revista Peruana de Derecho Constitucional, N° 2. Lima: Tribunal Constitucional.
- VELÁSQUEZ, F. (1995). Derecho Penal - Parte General. Bogotá: Temis.
- VELASQUEZ, F. (2002). Manual de Derecho Penal Parte General. Bogotá: Temis.
- VILLAVICENCIO, F. (2006). Derecho Penal - Parte General. Lima: Grijley.
- WITKER, J. (1995). La Investigación Jurídica. Mexico: McGraw-Hill.
- YOUNG, J. (2003). "La sociedad 'excluyente'", Exclusión social, delito y diferencia en la modernidad tardía. Madrid: Marcial Pons.
- ZAFFARONI, E. (1986). Manual de Derecho Penal. Tomo I, Lima: Ediciones Jurídicas.
- ZAFFARONI, E. (1993). Hacia un realismo jurídico penal marginal. Caracas: Monte Ávila Editores Latinoamericana.
- ZAFFARONI, E. (2008). Derecho Penal. Parte General, 2da. Edición. Buenos Aires: Ediar.
- ZAGREBELSKY, G. (1996). "El derecho por principios: algunas precauciones necesarias". En: Anuario de Filosofía del Derecho XIII, Barcelona.
- ZAGREBELSKY, G. (2005). Historia y constitución. Traducido por Miguel Carbonell. Madrid: Trotta.
- ZELAYARAN, Mauro (2007). Metodología de la investigación jurídica. Lima: Ediciones Jurídicas.

ANEXO: MATRIZ DE CONSISTENCIA LÓGICA

TITULO: LOS PRINCIPIOS CONSTITUCIONALES LIMITADORES DEL IUS PUNIENDI ESTATAL EN EL NEOCONSTITUCIONALISMO Y DERECHO PENAL GARANTISTA

| PROBLEMAS | OBJETIVOS | HIPÓTESIS Y VARIABLES | METODOLÓGÍA |
|---|---|--|--|
| <p style="text-align: center;">Problema general</p> <p>¿Cuáles son los fundamentos que justifican la validez y legitimidad de los principios constitucionales como parámetros a la limitación del ius puniendi estatal en el marco del neoconstitucionalismo y del derecho penal garantista?</p> <p style="text-align: center;">Problemas específicos</p> <p>a) ¿Cuáles son los cuestionamientos al ius puniendi estatal desde el marco del Neoconstitucionalismo y del derecho penal garantista?</p> <p>b) ¿Cuál es la necesidad de los límites y la lógica de los principios al ius puniendi estatal en el marco del neoconstitucionalismo y derecho penal garantista?</p> <p>c) ¿Qué principios constitucionales son limitadores del ius puniendi estatal y que contenidos se derivan de ellas en el marco del neoconstitucionalismo y derecho penal garantista?</p> <p>d) ¿Cuáles son los límites que ejercen influencia sobre el legislador cuando elabora y aprueba leyes penales en el marco del Neoconstitucionalismo y del derecho penal garantista?</p> | <p style="text-align: center;">Objetivo general</p> <p>Analizar la validez y legitimidad de los principios constitucionales como parámetros a la limitación del ius puniendi estatal en el marco del neoconstitucionalismo y del derecho penal garantista.</p> <p style="text-align: center;">Objetivos específicos</p> <p>a) Determinar los cuestionamientos al ius puniendi estatal desde el marco del Neoconstitucionalismo y del derecho penal garantista.</p> <p>b) Explicar cuál es la necesidad de los límites y la lógica de los principios al ius puniendi estatal en el marco del neoconstitucionalismo y derecho penal garantista.</p> <p>c) Describir los principios constitucionales limitadores del ius puniendi estatal y que contenidos se derivan de ellas en el marco del neoconstitucionalismo y derecho penal garantista.</p> <p>d) Establecer cuáles son los límites que ejercen influencia sobre el legislador cuando elabora y aprueba leyes penales en el marco del Neoconstitucionalismo y del derecho penal garantista.</p> | <p>El ascenso de los principios constitucionales como mandatos normativos en el neoconstitucionalismo determina la validez y legitimidad de la limitación del ius puniendi estatal, justificando la configuración del derecho penal garantista basado en los principios de dignidad humana, interdicción de la arbitrariedad, legalidad, proporcionalidad, los mismos que actúa como límites al ius puniendi estatal; a fin de que no se convierta en arbitraria e ilegítima.</p> <p style="text-align: center;">VARIABLES</p> <p>Variable Independiente (X): Los principios constitucionales</p> <p>Variable Dependiente (Y): Los límites del ius puniendi estatal</p> | <p><u>TIPO DE INVESTIGACIÓN:</u> Dogmática</p> <p><u>TIPO DE DISEÑO:</u> No Experimental</p> <p><u>DISEÑO GENERAL:</u> Transversal</p> <p><u>DISEÑO ESPECÍFICO:</u> Explicativa</p> <p><u>UNIDAD DE ANALISIS:</u> Estará será Documental conformada por la Doctrina, Normatividad y jurisprudencia.</p> <p><u>PLAN DE RECOLECCIÓN, PROCESAMIENTO Y ANALISIS</u></p> <ul style="list-style-type: none"> ▪ Identificación del lugar donde se buscó la información. ▪ Identificación y registro de las fuentes de información. ▪ Recojo de información en función a los objetivos y variables. ▪ Análisis y evaluación de la información. ▪ Sistematización de la información <p>Para el análisis de la información se empleará la técnica de análisis cualitativo: Triangulación de teorías.</p> <p><u>INSTRUMENTO(S) DE RECOLECCIÓN DE LA INFORMACIÓN</u> Recojo de información: Técnica documental Instrumentos: Fichas y la técnica de análisis de contenido cuyo instrumento es la ficha de análisis de contenido.</p> <p><u>ANALISIS DE LA INFORMACIÓN</u> Para el análisis de la información se empleó la técnica cualitativa y la triangulación de teorías.</p> <p><u>VALIDACIÓN DE LA HIPOTESIS:</u> Método de la argumentación jurídica.</p> |