



UNIVERSIDAD NACIONAL “SANTIAGO ANTUNEZ DE MAYOLO”

ESCUELA DE POSTGRADO

EL PRINCIPIO DEMOCRÁTICO Y LOS FINES DE LA PENA EN LA CONSTITUCIÓN PERUANA DE 1993

Tesis para optar el grado de Maestro
en Derecho
Mención: Ciencias Penales

ROVIN CAMILO RODRÍGUEZ CALDERÓN

Asesor: **Dr. ELMER ROBLES BLÁCIDO**

Huaraz-Ancash-Perú

2022

Registro N° **T0817**

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

1. Datos del autor:

Apellidos y Nombres: _____

Código de alumno: _____ Teléfono: _____

E-mail: _____ D.N.I. n°: _____

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

2. Tipo de trabajo de Investigación:

Tesis

Trabajo de Investigación

Trabajo Académico

3. Trabajo de Investigación para optar el grado de:

Maestro _____

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



Firma del autor

11. Otorgamiento de una licencia *CREATIVE COMMONS*

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



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

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

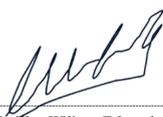
12. Para ser verificado por la Dirección del Repositorio Institucional

Fecha de Acto de sustentación:

Huaraz,

Firma:




Varillas William Eduardo
Asistente en Informática y Sistemas
- UNASAM -

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

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



UNIVERSIDAD NACIONAL
"SANTIAGO ANTUNEZ DE MAYOLO"
ESCUELA DE POSTGRADO

ACTA DE SUSTENTACION VIRTUAL DE TESIS

Los miembros del Jurado de Sustentación de Tesis, que suscriben, reunidos en la Plataforma Virtual Microsoft Teams, de la Escuela de Postgrado de la Universidad Nacional "Santiago Antúnez de Mayolo" para calificar la Tesis presentada por el:

Bachiller : **ROVIN CAMILO RODRIGUEZ CALDERON**

Título : **"EL PRINCIPIO DEMOCRÁTICO Y LOS FINES DE LA PENA EN LA CONSTITUCIÓN 1993"**

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

APROBADO CON MENCIÓN, con el calificativo de **DIECISIETE (17)**

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 **CIENCIAS PENALES** a otorgarse por el Honorable Consejo Universitario de la UNASAM.

Huaraz, 17 de Mayo del 2021

Dr. Luis Wilfredo Robles Trejo
PRESIDENTE

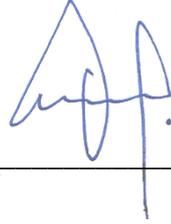
Dr. Ricardo Robinson Sanchez Espinoza
SECRETARIO

Dr. Elmer Robles Blacido
VOCAL

MIEMBROS DEL JURADO

Doctor Luis Wilfredo Robles Trejo

Presidente



Doctor Ricardo Robinson Sánchez Espinoza

Secretario



Doctor Elmer Robles Blácido

Vocal



ASESOR

Doctor Elmer Robles Blácido



AGRADECIMIENTO

A mi asesor de tesis, por su dedicación.

A mi familia, por su apoyo incondicional.

A Amira.

¡Hay lazos que no pueden romperse!

INDICE

	Página
Resumen	x
Abstract	xi
INTRODUCCIÓN.....	1-2
Capítulo I	
PROBLEMA DE INVESTIGACIÓN.....	3-7
1.1 Planteamiento y formulación del problema	3
1.2 Objetivos	6
1.3 Justificación	7
1.4 Delimitación	7
Capítulo II	
MARCO TEÓRICO	8-37
2.1 Antecedentes de Investigación	8
2.2 Bases teóricas	9
2.3 Definición de términos	32
2.4 Hipótesis	35
2.5 Variables	36
Capítulo III	
METODOLOGÍA	38-47
3.1 Tipo de Investigación	38
3.2 Diseño de investigación	41
3.3 Población y muestra	43
3.4 Técnicas e instrumento(s) de recolección de datos	44
3.5 Plan de procesamiento y análisis de datos	45
Capítulo IV	
RESULTADOS Y DISCUSIÓN	48-108
4.1 Presentación de Resultados	48
4.2 Prueba de hipótesis	49
4.3 Discusión	78
Conclusiones.....	99
Recomendaciones	102

Referencias Bibliográficas103-115

Anexos



RESUMEN

El propósito de la presente investigación ha sido la reconstrucción de la disposición constitucional prevista en el artículo 139.22 de la Constitución Política del Perú de 1993 que establece la resocialización como finalidad de la pena. Para tal efecto, se ha utilizado el método de la argumentación jurídica que ha permitido abordar la idea de resocialización desde la óptica de la teoría de los principios que tiene un amplio desarrollo en la actual teoría general del derecho. Esto ha permitido efectuar una mejor comprensión de la disposición constitucional pues permite considerarla como una norma-principio, ergo, un valor susceptible de ponderación. Por tanto, la investigación permite rescatar a la resocialización de sus críticas más importantes: ilegitimidad e ineficacia.

Palabras claves: pena, principio, resocialización, valor, ponderación.

ABSTRACT

The purpose of this research has been the reconstruction of the constitutional provision set forth in Article 139.22 of the “Constitución Política del Perú” of 1993, which establishes resocialization as the purpose of punishment. For this purpose, the method of legal argumentation has been used, which has made it possible to approach the idea of resocialization from the point of view of the theory of principles that has a wide development in the current general theory of law. This has allowed a better understanding of the constitutional provision since it allows considering it as a norm-principle, ergo, a value susceptible to weighting. Therefore, the research allows resocialization to be rescued from its most important criticisms: illegitimacy and ineffectiveness.

Key Words: punishment, principle, resocialization, value, weighting.

INTRODUCCIÓN*

El estudio de las teorías de la pena ha sido y continúa siendo, uno de los temas más apasionantes del derecho penal. No ha existido jurista dedicado al derecho penal que no haya dedicado parte de su obra a la tarea de la fundamentación y justificación del castigo estatal (aunque unos en mayor medida y profundidad que otros). Empero, todas estas teorías han sido producto de un determinado desarrollo histórico-social, es decir han sido influidas por las ideas imperantes de una época. Por poner unos ejemplos, la obra de Beccaria está basado en las ideas iluministas entonces en boga (Pierre Matus, 2011, p. xiii); Lombroso (1909), influenciado por el positivismo científico, afirmaba que la pena no debe ser un castigo sino un medio de defensa social; y, recientemente, Muñoz Conde (2017) ha investigado la marcada influencia del nacionalsocialismo alemán sobre la producción intelectual de Mezger.

Lo indicado, guarda relación con la presente investigación, por dos razones. Primero, este trabajo está dedicada a las teorías de la pena, específicamente a la teoría la prevención especial positiva de la pena, pero enmarcada en el ordenamiento jurídico penal vigente. En segundo lugar, se intentó aprovechar las ideas imperantes de nuestro tiempo, la teoría de los principios, con el propósito de ofrecer una reconstrucción del principio de resocialización que se encuentra recogida en nuestra Constitución, comprender su contenido y rescatarlo de sus más importantes críticas: la ilegitimidad e ineficacia de las medidas estatales. Asimismo,

* Conviene precisar que un título más adecuado para el presente trabajo de investigación habría sido **“La teoría de los principios y la teoría de la prevención especial positiva en la Constitución Política del Perú de 1993”**. El título actual es el resultado de las primeras ideas que fueron planteados al momento de la presentación del proyecto de investigación que, como toda investigación de tipo cualitativa, ha requerido de una redefinición.

permite concebir la resocialización como un valor susceptible de ser ponderado con otros bienes constitucionales, incluido los valores adyacentes a otras teorías de la pena; pudiéndose abordar el irresoluble problema de la contienda de teorías de la pena en el ámbito del conflicto de valores.

El presente trabajo está dividido en cuatro capítulos. El primero está dedicada al “*Problema de investigación*”, en donde constan el planteamiento y formulación del problema, los objetivos de la investigación, la justificación y delimitación de esta. El segundo capítulo denominado “*Marco Teórico*” constituye el cimiento teórico que sustenta el trabajo de investigación y está compuesta por la exposición de los principales aportes de la teoría general del derecho respecto a la distinción entre reglas y principios, así como el estudio de la estructura y la clasificación de estos últimos; y, una revisión panorámica de cada una de las posturas acerca de los fines de la pena que han sido desarrolladas por la doctrina jurídico-penal. El tercer capítulo contiene las consideraciones metodológicas de la presente investigación bajo la denominación de “*Metodología*”, espacio donde se ha precisado el tipo y diseño de la investigación; población y muestra, según el enfoque cualitativo; técnicas e instrumentos de recolección de datos; y, el plan de procesamiento y análisis de datos. El cuarto capítulo que tienen como denominación “*Resultados y Discusión*” constituye la parte central de la tesis, está dedicado a la presentación de los resultados, prueba de hipótesis y la discusión. Posteriormente, se han ofrecido las “*Conclusiones*” y “*Recomendaciones*” de la investigación. Y, para concluir, al final de la investigación, se han enumerado las “*Referencias bibliográficas*” que han sido utilizadas para la elaboración del trabajo de investigación.

CAPÍTULO I

PROBLEMA DE INVESTIGACIÓN

1.1 Planteamiento y formulación del problema:

Como indicada Ferrajoli (1995) el problema de la justificación de la pena, es decir, el poder de una comunidad política cualquiera de ejercitar una violencia programada sobre uno de sus miembros, es quizá el problema más clásico de la filosofía del derecho. ¿En qué se basa este poder, llamado a veces pretensión punitiva o derecho a castigar? ¿Existen y, si las hay, cuáles son las razones que hacen justo, o justificado, o aceptable moral y políticamente, que a la violencia ilegal representada por el delito se añada esa segunda violencia legal puesta en práctica con la pena? ¿Y cómo se justifica el ejercicio de una violencia organizada, que ve alinearse a una multitud de sujetos contra una única persona?

Las teorías que han intentado contestar tales interrogantes y tradicionalmente han sido clasificadas en dos grupos más o menos homogéneas. La teoría de la retribución o absoluta que ha sostenido “la necesidad de asignarle la función de retribución exigida por la Justicia, por la comisión de un delito. Responde a la arraigada convicción de que el mal no debe quedar sin castigo y el culpable debe encontrar en él su merecido” (Mir Puig, 2011, p. 77). Y, las teorías de la prevención o relativas quienes atribuyen a la pena, la función de prevenir el delito, “... se distingue entre dos objetivos: los efectos preventivos en relación con la comunidad (denominada prevención general) y en relación con el autor mismo (denominada prevención especial)” (Wessels, Beulke y Satzger, 2018, p. 10).

Ahora bien, según las últimas la prevención puede ocurrir por dos vías: o bien incidiendo en la inclinación del autor a la conducta criminal, o bien mediante coacción física que le impida externamente la comisión de los ulteriores delitos (Stratenwerth, 2017). Es decir, existe una teoría de la prevención especial positiva y una teoría de la prevención especial negativa. Al respecto, indica Alcocer Povis (2018a) que, si la pena pretende, que no se repita la conducta criminal, ofreciendo medidas alternativas de socialización, la finalidad será positiva. Pero, si aleja al delincuente de la sociedad, lo que en realidad se buscará con la sanción será la inocuización. En este último caso, su finalidad será negativa.

Empero, desde que Platón (1985) en “Protágoras” inauguró la polémica entre los fines retributivos y preventivos de la pena, hemos vivido un eterno conflicto entre las teorías absolutas y relativas que intentan justificar el castigo; no obstante, ninguna ha alcanzado aceptación unánime, pero tampoco han sido enteramente desechadas. Aun así, la discusión sobre los fines ha desbordado el nivel teórico para irrumpir horizontes más prácticos, pues algunos ordenamientos jurídicos han recogido estas teorías para consagrarlas como normas jurídicas. Este es el caso de la Constitución peruana de 1993 que en su artículo 139.22 establece que el régimen penitenciario tiene por objeto la reeducación, rehabilitación y reincorporación del penado a la sociedad. Resulta obvia que esta disposición constitucional pretende legitimar la pena a partir de los postulados de la prevención especial positiva o la resocialización.

En tal sentido, en el ámbito nacional la discusión acerca de los fines de la pena parece haberse resuelto recurriendo a la razón autoritativa del derecho. Es decir, ha sido la autoridad (constituyente) quién ha establecido qué o cómo se

justifica el castigo estatal. No obstante, esta solución no parece estar libre de inconvenientes, dado que, todas las críticas que en el nivel teórico ha recibido la teoría de la prevención especial positiva, pueden ser trasladadas como certeros cuestionamientos a esta disposición constitucional, poniéndose en duda, no sólo su eficacia (Zaffaroni, 1993; Lesch, 1999; Roxin, 2016), sino también su legitimidad (Ferrajoli, 1995; Mir Puig, 2006). Sería ilegítima por cuanto afectaría los principios de libertad y autonomía de la conciencia (y otros principios liberales); e, ineficaz por cuanto la resocialización sería un objetivo sencillamente absurdo por el carácter criminógeno de la cárcel, aunado a otros inconvenientes como el presupuestario.

Frente a esta circunstancia, la tarea del intérprete podría tomar dos caminos diferentes. En primer lugar, podría tomar una postura crítica-pesimista, declarar su inaplicabilidad y pretender su derogatoria; o, como en el presente trabajo, se podría buscar una reconstrucción con el propósito de buscar un sentido que le permita cohabitar con los demás valores consagrados en la Constitución (no necesariamente armoniosa) y comprender su auténtico papel dentro del ordenamiento jurídico. Sin embargo, esta tarea no podría realizarse únicamente desde el interior del Derecho Penal, inacabados conflictos teóricos así lo sugieren, sino a partir de nuevas perspectivas, tal como se ha pretendido en la presente tesis que ha buscado apoyarse en la teoría de los principios. En tal sentido, la resocialización podría considerarse como una “norma que ordena que algo sea realizado en la mayor medida posible, dentro de las posibilidades jurídicas y reales existentes” (Alexy, 2017, p. 67). Esto permite, que la resocialización sea aplicada racionalmente al margen de su posible conflicto con principios constitucionales; pero, también podría justificar su vigencia a pesar de su declarada ineficacia, pues su concretización se encuentra condicionada

a las fácticas del caso específico. Finalmente, esta perspectiva ofrece la posibilidad resolver la inacabada contienda de las teorías de la pena, pues al ser trasladados al terreno práctico como conflicto entre valores, pueden ser resueltas a través de la ponderación.

Problema general:

¿Qué importancia tiene la teoría de los principios para la reconstrucción del principio de resocialización recogida en el artículo 139.22 de la Constitución peruana de 1993, que ha sido cuestionada como ilegítima e ineficaz?

Problemas específicos:

- ¿Qué aspectos jurídicos se debe tener en cuenta para lograr que el principio de resocialización se realice en la mayor medida posible?
- ¿Qué aspectos fácticos se debe tener en cuenta para lograr que el principio de resocialización se realice en la mayor medida posible?

1.2 Objetivos:

Objetivo general:

Comprender la importancia de la teoría de los principios para la reconstrucción del principio de resocialización recogida en el artículo 139.22 de la Constitución peruana de 1993 que ha sido cuestionada como ilegítima e ineficaz.

Objetivos específicos:

- Evaluar los aspectos jurídicos que deben tenerse en cuenta para lograr que el principio de resocialización se realice en la mayor medida posible.

- Evaluar los aspectos fácticos que deben tenerse en cuenta para lograr que el principio de resocialización se realice en la mayor medida posible.

1.3 Justificación:

El presente trabajo de investigación tiene como **justificación teórica** la teoría de la prevención especial positiva analizada desde la perspectiva de la teoría de los principios. En cuanto a la **justificación práctica** debemos indicar que está dirigida a la interpretación de una disposición constitucional (principio de resocialización) que resultará útil para los operadores jurídicos. Además, tiene como **justificación legal** los artículos 2.8 de la Constitución Política del Perú, la Ley N° 30220 – Ley Universitaria, el Estatuto de la UNASAM y el Reglamento de la Elaboración de Tesis de los Programas de Maestría y Doctorado de la Escuela de Postgrado de la UNASAM. Finalmente, como **justificación metodológica** cabe hacer referencia a la metodología de la investigación jurídica.

1.4 Delimitación:

Toda investigación siempre tiene límites (Vara Horna, 2015, p. 210). El presente trabajo tiene una: **i) delimitación espacial:** Se ha centrado en la evaluación del artículo 139.22 de la Constitución peruana de 1993 que vendría a ser la norma de mayor jerarquía de nuestro ordenamiento jurídico nacional; **ii) delimitación temporal:** Teniendo en cuenta la naturaleza jurídica se evaluó la reconstrucción del principio constitucional de resocialización de acuerdo a los cánones, posibilidades, concepciones de la sociedad actual; y, **iii) delimitación conceptual:** Me he enfocado en las categorías jurídicas de la prevención especial positiva (teoría de las penas) y la teoría de los principios.

CAPÍTULO II

MARCO TEÓRICO

2.1 Antecedentes de la investigación:

Se ha revisado las tesis que se encuentran registradas en la Escuela de Postgrado de la Universidad Nacional Santiago Antúnez de Mayolo y de otras universidades de nuestra región; también, se ha verificado el Registro Nacional de Trabajos de investigación de la Superintendencia Nacional de Educación Universitaria (<http://renati.sunedu.gob.pe/>), pero no se han encontrado trabajos de investigación similares a la presente. Por ello, podemos indicar que la presente investigación constituye un aporte original a la resolución de la problemática planteada.

Sin embargo, conviene realizar una aclaración. Al sostener la originalidad, el autor no está afirmando que, la presente investigación, es la única referida a un tema tan controversial como es la pena estatal. La bibliografía al respecto no sólo es abundante, sino también inabarcable. Entonces, la autenticidad de la investigación, si es que podríamos calificarlo de ese modo, reside en la exploración de una determinada teoría de la pena (positivizada) desde la óptica de la teoría de los principios. Para ello, como no puede ser de otro modo, se aprovechó de los aportes de las teorías de la pena que principalmente se han publicado en áreas del derecho penal, filosofía del derecho y sociología jurídica; y, de la teoría general de derecho contemporáneo que ha desarrollado la teoría de los principios.

Sabemos que no hay conocimiento original en el sentido estricto de la palabra y esta investigación no puede ser la excepción. Tal como afirma la hermenéutica de

Gadamer, “la finitud de nuestra experiencia histórica” (Lafont, 1993, p. 88) se encuentra condicionada por nuestro lenguaje, única forma de apertura del mundo, impide realizar un conocimiento genuinamente nuevo, libre de todo contexto social y de todo el legado de las generaciones anteriores.

Ahora bien, como único antecedente bibliográfico, referido específicamente a las dos categorías de la presente investigación (teoría de los principios y teoría de la pena) tenemos el trabajo de Sánchez Lázaro (2016), que propone aplicar el principio de proporcionalidad para ponderar el principio de resocialización con otros principios constitucionales establecido en la Constitución española, como el principio de prevención general y el principio de culpabilidad. Pese a las similitudes y la importancia como antecedente, el presente trabajo de investigación pretende rescatar a la teoría de la prevención especial positiva (resocialización) de las críticas que se han realizado en su contra, esto tomando en cuenta la teoría de los principios; en contraposición a la obra antes indicada que se centra en el proceso de ponderación propiamente dicho.

2.3 Bases teóricas:

a) La teoría de la prevención especial positiva de la pena

Antes de enfocarnos en lo que vendría a ser la prevención especial positiva, es conveniente hacer un recuento de las principales teorías de la pena. Sin embargo, por obvias razones, el balance debe ser escueto y se expondrán únicamente las ideas de los representantes más importantes. Este esbozo, tendrá como finalidad, ubicar la prevención especial positiva en la clasificación general de las teorías de la pena que tradicionalmente ha realizado la doctrina jurídico-penal. De este modo, se

podrán notar las diferencias más resaltantes, así como sus eventuales semejanzas; recalcando que la bibliografía sobre el asunto, es prácticamente inabarcable.

La pregunta por la pena es un tema de acuciante actualidad práctica (Roxin, 1976), una condición indispensable de toda forma estatal (Jakobs, 1997). Por ello, no existe manual o tratado de Derecho Penal que no dedique varias de sus páginas para su exposición, sin perder de vista los estudios que se han realizado en el campo de otras disciplinas como la Criminología, la Política y la Sociología. Todos estos aportes, pretenden contestar a la pregunta: “¿Cómo y bajo que presupuestos puede justificarse que el grupo de hombres asociados en el Estado prive de libertad a alguno de sus miembros o intervenga de otro modo, conformando su vida, en su existencia social?” (Roxin, 1976, p. 11).

En el Derecho Penal, las teorías que han tratado de absolver la interrogante han clasificado en dos grupos más o menos homogéneos. Por un lado, las que han contestado la cuestión recurriendo a las ideas de retribución y justicia, han sido catalogadas como teorías absolutas de la pena. Por otro lado, las que han justificado el castigo haciendo alusión a su utilidad para la sociedad, han sido denominadas teorías relativas o preventivas. A su vez, entre las últimas, se distinguen dos grupos; serán teorías de prevención especial, las que afirman que la pena estatal incide en el individuo infractor, mientras que, serán teorías de prevención general, aquellas que justifican el castigo desde el punto de vista de la colectividad. Pero, en esta contienda teórica, ninguna ha sido proclamada como victoriosa, pero tampoco han quedado desterradas definitivamente, pues cada cierto tiempo hay una especie de resurgimiento de las que se creían ya superadas. Mañalich (2015), por ejemplo, hace

referencia al resurgimiento actual de las teorías absolutas que ya se creían como superadas.

Según las teorías absolutas de la pena, “la pena estatal no puede servir a algún fin práctico, sino que se impone solo en aras de la retribución” (Otto, 2017, p. 40); “sostienen que la pena tiene la misión trascendental de realizar el valor Justicia, por lo que no se encontrarían informadas por criterios de utilidad social” (García Cavero, 2012, p. 82). Por esta razón, autores como Maurach (1994), consideraban que, las llamadas teorías de la pena son teorías penales, no así teorías de los fines de la pena, pues estas niegan la posibilidad de unión de la esencia de la pena a la finalidad de prevención del delito. Para ellas, la pena es compensación, sea como reparación o como retribución, más la pena se agota en tales funciones.

Algunos autores distinguen entre las teorías de expiación y la retribución (Meini Méndez, 2013, 146), no obstante, en el presente trabajo se considera que la diferenciación es irrelevante. Eso sí, la mayoría concuerda que los representantes más importantes de las teorías absolutas, son Kant y Hegel. Según Kant (2005):

“... la pena judicial (poena forensis) distinta de la natural (poena naturalis), (...) no puede nunca servir simplemente como medio para fomentar otro bien, sea para el delincuente mismo sea para la sociedad civil, sino que ha de imponérsele sólo porque ha delinquido; porque el hombre nunca puede ser manejado como medio para los propósitos de otro ni confundido entre los objetos del derecho real (Sachenrecht); frente a esto le protege su personalidad innata ...” (p. 256).

La teoría hegeliana, también apela a la justicia para la justificación de la pena; no obstante, esta es concebida como autoimposición de lo universal. Hegel (2000) dice:

“La vulneración que se impone al delincuente no sólo es justa en sí (...), pues como justa, ella es a la vez su voluntad que es en sí (...), una existencia empírica de su libertad, su derecho, sino que a la vez ella es también un derecho puesto en el delincuente mismo, es decir, puesto en su voluntad existente empíricamente, en su acción. Pues en su acción, como acción de un ser racional, yace que ella es algo universal, que mediante ella es instituida una ley, a la cual él ha reconocido en ella para sí, bajo la cual, por tanto, él debe ser sometido como bajo su derecho” (p. 171).

Por su parte, las teorías de la prevención tienen en común atribuir a la pena estatal una utilidad social. Afirma Alcócer (2018b) que, para estas teorías la mirada hacia el pasado no es suficiente para legitimar la injerencia estatal en la esfera de los ciudadanos a través de la pena. Sino que, por medio de dicha sanción se busca también la prevención de delitos. De tal manera que la perspectiva adecuada a los fines de la pena debe ser también prospectiva. Según Jescheck y Weigend (2014), estas teorías son hijas de las ideas progresistas de la Ilustración y en ellas confluyen derroteros ideológicos de carácter humanitario, social, racional y utilitarista.

Como indica Bacigalupo (1999), el autor más prominente de la teoría de la prevención general negativa es Feuerbach quien habría sostenido que, la pena debía lograr que, aquel que tenga tendencias antijurídicas para cometer un delito, se vea

impedido psicológicamente de motivarse según estas tendencias; ergo, la amenaza de la pena tendría precisamente esta función de disuadir. A decir del propio Feuerbach (2015), todas las contravenciones tienen su causa psicológica en la sensualidad (la búsqueda del placer); ahora bien, este impulso sensual puede ser cancelado a condición de que cada uno sepa que a su hecho ha de seguir, un mal que será mayor que el disgusto emergente de la insatisfacción de su impulso al hecho.

En contraposición, la prevención general positiva trata, “como su nombre indica, de una prevención prospectiva del delito, de futuro, por medio de un aprendizaje motivado de forma pedagógico-social, un aprendizaje pues que no se transmite y adquiere a través del temor, sino mediante un tomar conciencia” (Lesch, 1999, p. 28). Sin embargo, la prevención general positiva, no está conformado por un conjunto de teorías uniformes. Como indica doctrina autorizada, dentro de esta podemos encontrar hasta tres subclasificaciones:

“Desde el «*fin ético-social*», primera versión de la prevención general positiva, lo protegido, como objeto inmediato, son los valores esenciales que subyacen tras las normas, los cuales conforman el orden social, y coadyuvan a su cohesión; desde el «*fin de integración*» se protege la cohesión del organismo social, cuya unidad valorativa y afectiva es considerado como un bien en sí mismo; desde el «*fin de protección de la expectativa normativa*», por último, se protege la vigencia de la norma, lo que permite la orientación segura en los contactos sociales” (Alcácer Guirao, 2004, p. 23)

Welzel es el autor más significativo de la primera de las teorías. Afirmaba este autor que, “es misión del derecho penal amparar los valores elementales de la vida de la comunidad” (Welzel, 1956, p. 1). Sin embargo, el resguardo de tales valores elementales, según este autor, debía servir para otra finalidad mediata que vendría a ser, la protección de los bienes jurídicos. Por ello concluye Welzel: “es misión del derecho penal la protección de los valores ético-sociales elementales del sentir (de acción), y sólo después, incluido en él, el amparo de los bienes jurídicos individuales” (Welzel, 1956, p. 5). Este autor, está enormemente influenciado por la sociología de Tönnies (1931), quien afirmaba que la unidad social estaba garantizada por los sentimientos colectivos (comunitarios).

Como representantes de la segunda versión de la prevención general positiva, encontramos a Devlin, quien sostenía el “principio de que está permitido a cualquier sociedad adoptar las medidas necesarias para preservar su propia existencia como sociedad organizada, y piensa que la inmoralidad (...) puede, al igual que la traición, poner en peligro la existencia de la sociedad” (Hart, 1962, pp.111-112); y, las primeras ideas de Roxin para quien “pena y culpabilidad se ordenan como un «continuum funcional», (...) la culpabilidad se convierte en un criterio instrumental en aras del fin de la integración colectiva. El contenido de la culpabilidad parece moldearse en función de dichas necesidades psico-sociales” (Alcácer Guirao, 2004, p. 75). Estos, también han sido producto de influencias de los teóricos de la sociología como Durkheim (1971) que indicaba que el castigo era principalmente una reacción de defensa emocional de la sociedad; y, Parsons (1976) que postulaba que el castigo movilizaba los sentimientos sociales de solidaridad.

Jakobs es, sin lugar a duda, el representante más actual e importante de la tercera versión de la prevención general positiva. Sin embargo, su pensamiento acerca de la teoría de la pena no ha sido estática, sino que ha venido desarrollándose, desde una concepción con rasgos psicológicos acercándose cada vez más a la teoría retribucionista de Hegel. Empero, señala Feijoo Sánchez (2006) que esta evolución no ha abandonado sus dos pilares fundamentales:

“a) la distinción entre expectativas normativas (contrafácticas) y expectativas cognitivas, que Luhmann importó desde 1969 del pensamiento de Galtung para su teoría de los sistemas sociales y b) la transformación de la idea de prevención: lo que la pena previene son básicamente los efectos negativos que se pueden derivar del delito para el sistema social, no estando ya centrada la prevención en sus efectos de cara a conductas individuales; la pena no tiene efectos preventivos directos en los individuos (previniendo que éstos lesionen o pongan en peligro bienes jurídicos), sino que sus efectos preventivos van dirigidos a dinámicas sociales o colectivas” (p. 111).

A consideración de Cancio Melía y Feijoo Sánchez (2006), en la primera etapa de la teoría de Jakobs, la pena es entendido como un mecanismo simbólico de influencia (psicológica) en los miembros de la sociedad. A decir del propio autor, “La pena se despliega para ejercitar en la fidelidad en el Derecho” (Jakobs, 1997, p. 2). En su segunda versión, indica este autor que: “la pena pública existe para caracterizar al delito como delito, lo que significa lo siguiente: como confirmación de la configuración normativa de la sociedad” (Jakobs, 1998, p. 15). Y, en su última fase, el castigo es entendido como la irrupción de lo fáctico en la teoría de la pena:

“la necesidad del dolor penal y el derecho penal del enemigo” (Cancio Melía y Feijoo Sánchez, 2006, p. 53); según Jakobs (2015) “el reproche no acompañado de un mal, ni de un dolor, confirma la configuración normativa de la estructura de la sociedad, pero no mejora su poder de continuidad” (p. 81); contraponen, las categorías del ciudadano y el enemigo. A este último, “por manifestar una actitud de especial rebelión contra la norma, el ordenamiento lo trata como un foco de peligro que ha de combatir específicamente mediante medios más eficaces de aseguramiento para mantener la confianza de los ciudadanos en el sistema y la vigencia efectiva de la norma” (Polaino-Orts, 2006, p.88). Esta concepción, como se verá más adelante, se encuentra vinculada con la teoría de la prevención especial negativa.

Junto a las teorías absolutas y de prevención general (negativa y positiva) tenemos a las teorías de la prevención especial. Autores como Roxin (1997), sugieren que “las teorías de la prevención especial se remontan a la antigüedad (Grecia y Roma), periodo en la que coexistieron con otras teorías de la prevención, de la que logró independizarse en el tiempo de la Ilustración” (p. 85). Esto tiene sentido si consideramos que, la Ilustración, había tenido como objeto la “implantación de un nuevo marco de relaciones sociales” (Hormazábal, 1992, p. 24) y el “desencantamiento del mundo” (Adorno y Horkheimer, 1998, p. 59). Esto, como consecuencia del surgimiento de las ciencias naturales que pretendían describir el mundo en base a la experimentación y la secularización del poder político.

La fe en la ciencia moderna abrigó la esperanza de descubrir las causas de la criminalidad y, consecuentemente, en el poder de influir en estas con el objetivo de

erradicarla. Pero, además, influyó en la instauración la pena privativa de libertad, como la forma de castigo más prominente; como indica Anitua (2015), “aparece como justa y útil. (...) justa porque, al exaltar el criterio de la pena-contrato, favorece la realización del principio de igualdad (la libertad es un bien que pertenece a todos); a su vez, es pena útil porque permite perseguir objetivos pedagógicos” (p. 2116). Empero, estos programas van a realizarse todavía con posterioridad a la Ilustración, pues el advenimiento de las teorías absolutas hizo que las ideas de prevención especial fueran abandonadas por un lapso.

Entonces, no es casual que más tarde, en el último tercio del siglo XIX, el resurgimiento de la prevención especial y el nacimiento del Estado social, coincidan. Como indican Viciano Pastor y Martínez Dalmau (2018), el Estado Social tiene como objetivo crear las condiciones de vida digna y adecuada en el seno de sociedades democráticas y socialmente avanzadas, en las que se protejan los derechos de todas las personas, especialmente las más desfavorecidas, y se garanticen los estándares humanos de vida; esto es, la denominada procura existencial. Según Sotelo (2012), el Estado Social se desarrolla en tres etapas, la primera que va desde los años ochenta del siglo XIX hasta la primera guerra mundial; la segunda abarca el periodo de entre guerras, incluidos las dos guerras mundiales, y la tercera, desde 1945 a finales de los años setenta. En tal sentido, la prevención especial, como política criminal intervencionista, no pudo llevarse a cabo sin las reformas políticas y económicas que trajo consigo el Estado Social; sin su engranaje administrativo e ideológico. Por tanto, la prevención especial es una consecuencia de la forma de organización estatal al que hemos denominado Estado

social (Mir Puig, 2006) y como ha demostrado Zysman Quirós (2013), la crisis de las teorías de la prevención especial se coincide con la decadencia del Estado social.

Como indicamos arriba, el Estado Social es un tipo de organización estatal prestacional e intervencionista; ergo, la prevención especial presupone lo mismo, aunque enfocado en el ámbito de la prevención del delito. El Estado social, como bien ha indicado Mir Puig (2006) supone el intento de derrumbar las barreras que en el Estado liberal separan a Estado y sociedad; si el principio que regía la función del Estado liberal era la limitación de la acción del Estado, el Estado social se erige a continuación en motor activo de la vida social; si el estado liberal pretendía reducirse a asegurar las garantías jurídicas y, por tanto, meramente formales, el Estado social se considera llamado a modificar las efectivas relaciones sociales; del Estado que era considerado como árbitro imparcial o guardián preocupado ante todo por no interferir en el juego social, se pasa al Estado intervencionista que deviene Welfare State. A la par con estas premisas, sugiere Silva Sánchez (1992) que, la prevención especial pretende proporcionar, a los delincuentes condenados, los medios que le capaciten para una vida futura en libertad dentro de la sociedad.

El Estado social, de modo general, pretendió inmiscuirse en las relaciones entre particulares con el objetivo de corregir la desigualdad consustancial al sistema de producción capitalista, ello, mediante la redistribución de los bienes y prestación de servicios básicos para todos los individuos. En la cuestión penal, esto significaba, primero, entender al fenómeno delictivo como producto de la desigual distribución de la riqueza (pobreza); y, segundo, fijar su misión de dotar al delincuente de las herramientas necesarias para superar tales defectos de socialización. En ese contexto se llega a pensar que, “la pena tiene la función de corregir, readaptar,

reeducar, reinsertar o resocializar al que ha cometido un delito, para que no lo vuelva a hacer. Parte de la hipótesis según la cual quien delinque pertenece a una minoría caracterizada por variados déficits: económicos, culturales, intelectuales, y que tales déficits pueden ser superados a través de la pena” (Anitua, 2015, p. 2116).

Habiendo realizado un breve estudio de la evolución histórica-política de la prevención especial, ahora queda explicar sus principales fundamentos teóricos. Como las teorías de prevención general, la prevención especial pretende prevenir la comisión de los delitos, pero a diferencia de las primeras, su centro de atención gira en torno al individuo que delinque y no a la sociedad. La pena busca, según ella, evitar que quien la sufre vuelva a delinquir. La prevención especial no puede operar, pues, como la general, en el momento de la conminación legal, sino en los de imposición y ejecución de la pena (Mir Puig, 2011). La fundamentación moderna de la prevención especial, la encontramos en: el correccionalismo en España, la Escuela Positiva en Italia y la dirección moderna de von Liszt en Alemania (Mir Puig, 2011). Empero, su portavoz [más importante] fue Franz v. Liszt (1851-1919), el político criminal alemán más significativo (Roxin, 1997); autor en el que nos vamos a centrar en las líneas siguientes.

Von Liszt (1994), en su Programa de Marburgo, ofreció una fundamentación de la prevención especial como teoría de la pena. Parte de la idea de que, el fenómeno punitivo precede a toda formación estatal. Sus primeras manifestaciones, habría obedecido a un sentimiento de venganza de parte de los ofendidos (particular o grupos sociales) en forma de acción instintiva. Esto es, una reacción no determinada por la finalidad, contra perturbaciones de las condiciones de vida del individuo y de los grupos ya existentes de individuos, es decir, la pena sería

consecuencia del afán de autoafirmación del individuo, y autoconservación individual (y con ello también y en último término conservación de la especie), la que reacciona frente a perturbaciones exteriores de sus condiciones vitales a través de acciones que repelen la causa de tales perturbaciones. Estas primeras formas de respuesta ante la ofensa, según el autor, son reacciones de carácter subjetivo, pues únicamente, obedecen a la voluntad e instinto del sujeto, muchas de las veces, de carácter ilimitado e irracional. La primera forma de pena instintiva fue la venganza de sangre, a la que le siguió la expulsión del ofensor de la comunidad, empero, ambas formas de reacción no pueden calificarse, sino como mecanismos de protección frente a ataques externos. Así, prácticamente no existiría una diferencia cualitativa entre la venganza y el instinto animal de protección.

Continúa su argumento indicando que, la pena, recién se objetivista cuando la respuesta individual (o tribal) se convierte en reacción social, es decir, con el advenimiento de la pena estatal. Según, Liszt la objetivación de la pena permite, en primer término, el conocimiento de las condiciones de vida de la comunidad estatal y de los individuos miembros contra quienes se dirige el delito. Ellas quedan fijadas, sopesadas recíprocamente, declaradas intereses protegidos, elevadas a bienes jurídicos por medio de los imperativos generales: no debes matar, ni hurtar, ni cometer adulterio, ni llenar de insidia la vida de tu príncipe, ni portar el escudo del ejército fuera de los límites del territorio, etc. Esta catalogación de las normas contiene una significación sobresaliente: constituye la primera autolimitación del poder punitivo estatal; la primera sedimentación del Derecho y de la moral, y precisamente por ello, una formidable palanca para el desarrollo del uno y de la otra; el primer paso hacia la prevención. Así, la objetivación de la pena ha llevado

a que tanto los presupuestos de su aplicación, como también el contenido y extensión de la reacción que aparece como pena, se determinen por y se subordinen al concepto de adecuación a fin. Así, pues, en resumen, por autolimitación, el poder de castigar llega a ser Derecho penal (*jus puniendi*); por asunción de la idea de fin, la ciega e incontrolable reacción pasa a ser pena de Derecho; la acción instintiva, acción voluntaria. El poder estatal ha tornado en sus manos la espada de la justicia, para defender el ordenamiento jurídico contra el malhechor que atenta contra él.

En lo que atañe a lo funciones de la pena estatal, Liszt parte de la idea de que la pena es una coacción que se dirige contra la voluntad del delincuente, deteriorando o destruyendo bienes jurídicos en los que su voluntad encontrará corporeización; esto puede realizarlo a través de la corrección, la intimidación o la neutralización del delincuente. Es por lo que, la pena puede ser de doble naturaleza:

a) Coerción indirecta, mediata, psicológica o motivación: en este caso la pena ofrece al delincuente los motivos que le faltan, que son adecuados para operar como disuasivo de la comisión de delito; multiplica y fortalece los motivos existentes; opera como artificial adecuación del delincuente a la sociedad, por corrección, es decir, por trasplante y fortalecimiento de motivos altruistas, sociales (corrección); o por intimidación, es decir, implantación y fortalecimiento de motivos egoístas, pero coincidentes en su efecto con los motivos altruistas (intimidación); o, **b) Coerción directa, inmediata, mecánica o violencia:** es decir, la pena sería el secuestro del delincuente, transitoria o persistente neutralización, expulsión de la comunidad o aislamiento dentro de ella; aparece como artificial selección del individuo socialmente inapto; la naturaleza echa a la cama a aquel que atenta contra ella; el Estado lo envía a la cárcel (neutralización).

Ahora bien, estos tres tipos de pena deben dirigirse contra tres categorías distintas de delincuentes: 1) Corrección de los delincuentes que necesiten corrección y capaces de ella; 2) Intimidación de los delincuentes que no necesiten de corrección; 3) Neutralización de los delincuentes no susceptibles de corrección. Dentro del último grupo se encuentran, según Liszt, los irrecuperables conformado principalmente por los reincidentes, contra quienes la sociedad debe protegerse, es decir, contra ellos, cabe únicamente el combate. El segundo grupo está compuesto por delincuentes que precisan de corrección, que por predisposiciones heredadas o adquiridas han llegado a la delincuencia; estos, por lo general son recuperables a través de una seria y dura disciplina dentro del encierro. Finalmente, el primer grupo está compuesto por los ocasionales que no constituyen un peligro de repetición delictiva.

A manera de conclusión señala Roxin (1976) que la prevención especial puede ocurrir de tres maneras: corrigiendo al corregible, esto es lo que hoy llamamos resocialización; intimidando al que por lo menos todavía es intimidable; y finalmente haciendo inofensivo mediante la pena de privación de la libertad a los que ni son corregibles ni intimidables. A esta idea, podemos agregar que, la intimidación y la neutralización son formas de la prevención especial negativa, en contraposición a la resocialización, que vendría a constituir la prevención especial positiva. Cabe señalar que el propio Roxin, ha acogido la idea de la resocialización para fundamentar su teoría de la unión o teoría mixta, al postular que las diferentes teorías de la pena sirven para la justificar el castigo en diversas etapas; la prevención general en la conminación penal, la teoría absoluta al momento de la imposición de la pena y la prevención especial, al momento de su ejecución.

b) La teoría de los principios

Conforme indica Portocarrero Quispe (2009), el origen de la distinción entre reglas y principios puede rastrearse a autores como Walter Wilburg, quien planteó la ciencia del derecho como sistema oscilante que requería buscar una solución caso por caso, y Joseph Esser, que introdujo de la distinción entre reglas y principios en el ámbito germánico; ambos hicieron su aparición en los años cuarenta del siglo pasado; pero fue Ronald Dworkin, en su intento de refutación al positivismo hartiano, quien habría puesto esta distinción en discusión. Por tanto, no se puede tratar el tema de las reglas y los principios sin hacer referencia a Hart.

Hart (2009) pretendió explicar el derecho a partir de dos distinciones: i) confluencia de reglas primarias y reglas secundarias; y, ii) punto de vista interno del derecho y punto de vista externo del derecho. En lo que concierne al primer punto, según este autor, el derecho estaría compuesto esencialmente por reglas, las primarias imponen deberes positivos o negativos, mientras que las secundarias regularan el modo en que se introducen nuevas reglas de tipo primario. Entre estas últimas resaltan, las reglas de adjudicación (regulan la potestad jurisdiccional), las reglas de cambio (regulan procedimientos de creación y derogación) y la regla de reconocimiento (determina la validez de otras normas). Otro aspecto relevante del pensamiento de Hart, gira en torno a la discrecionalidad judicial que sería una consecuencia de la textura abierta de las reglas, es decir, “un subproducto necesario de la indeterminación inherente a la ordenación social” (Shapiro, 2002, p. 157).

No obstante que la teoría positivista de Hart llegó a ser influyente en la teoría del derecho, pronto fue duramente criticada Dworkin. En clara contraposición a la

concepción de Hart, Dworkin (1995) considero que el positivismo presentado por Hart, podía ser resumida en tres tesis: **a)** el derecho es un conjunto de reglas que regulan los comportamientos, las que pueden ser identificadas con criterios específicos sobre su origen y no sobre su contenido; **b)** los casos que no se encuentran regulados por estas reglas pueden ser resueltos por discrecionalidad; y, **c)** en ausencia de normas jurídicas (reglas) no existe obligación jurídica. A la primera tesis, Shapiro (2012) lo ha denominado la *tesis del pedigrí*, a la segunda la *tesis de la discrecionalidad*, y finalmente, a la tercera, *la tesis de la obligación*.

Dworkin reaccionó contra cada una de las citadas tesis positivistas. En esencia, rechaza el positivismo desde la perspectiva metodológica, única vía que permitía unificar las escuelas positivistas (Calsamiglia, 1995), esto es, la separación conceptual entre el derecho y la moral. Contra la tesis del pedigrí afirmará que la regla maestra (de reconocimiento) no es capaz de establecer de legalidad que se refieran a las propiedades morales de las normas o que exijan para su aplicación el ejercicio del razonamiento moral (Shapiro, 2012). De otro lado, contra la tesis de la discrecionalidad y la tesis de la obligación, Dworkin distinguirá las reglas de los principios; las primeras entendidas como “razones conclusivas para la acción” (Shapiro, 2012, p. 151), mientras que los segundos se caracterizan por no resolver los casos a los que se aplican, sino que ofrecen apoyo justificativo, pero no son necesariamente conclusivos; los principios tienen peso (Shapiro, 2012). Nos centraremos en este último aspecto.

“El ataque al positivismo se basa en una distinción lógica entre normas, directrices y principios. Según Dworkin el modelo positivista sólo tiene en cuenta las normas que tienen la particularidad de aplicarse en *toto* o no aplicarse”

(Calsamiglia, 1995). Sin embargo, habría una gran cantidad de casos en donde los jueces habrían resuelto casos aplicando principios que no se encontraban recogidos en reglas. “Una vez que identificamos a los principios jurídicos como patrones de distinta clase, diferente a la de las reglas jurídicas, nos encontramos repentinamente conscientes de su presencia alrededor nuestro. Los profesores de derecho los enseñan, los libros de texto los citan, los historiadores del derecho los celebran” (Dworkin, 1995). De hecho, los principios jurídicos operan más visiblemente en los casos difíciles, donde guían y restringen la decisión judicial en ausencia de reglas jurídicas (Shapiro, 2012).

Según Dworkin, esta clase de normas recogidas bajo una denominación general (principios), están constituidos por principios, políticas y otros tipos de patrones que juegan un papel bastante importante en la decisión judicial. Empero, hace una diferenciación entre *políticas* y los genuinos *principios*. Las políticas son definidas como “patrones que determinan una meta a ser alcanzada, generalmente una mejoría en algún aspecto económico, político, o social de la comunidad” (Dworkin, 1997). Por el contrario, principios propiamente dichos, serían patrones que deben ser observados, no porque promoverá o asegurará una situación económica, política o social considerada deseable, sino porque es una exigencia de justicia o equidad o de alguna otra dimensión de moralidad (Dworkin, 1989). “Los derechos individuales son triunfos políticos en manos de los individuos. Los individuos tienen derechos cuando, (...), una meta colectiva no es justificación suficiente para negarles lo que, en cuanto individuos, desean tener o hacer” (Dworkin, 1989).

Después de la polémica Hart-Dworkin sobre la distinción de las reglas y los principios jurídicos, se ha escrito en abundancia. Entre estos, resaltan los estudios

de Atienza y Ruiz Manero, por su utilidad para la resolución de nuestra situación problemática. Estos autores, consideran que “principio” es usado en diversos sentidos (Atienza & Ruiz Manero, 1996). A partir de tal multiplicidad de acepciones, proponen estudiar los principios desde tres enfoques: **i)** enfoque estructural, **ii)** en enfoque funcional y **iii)** enfoque de conexión con los intereses y relaciones de poder existentes en la sociedad (Atienza & Ruiz Manero, 1996).

Desde el enfoque estructural diferencian, como Dworkin, los principios en sentido estricto y las directrices. Para ello parten del planteamiento de Alchourron y Bulygin (2012) quienes entienden por normas, enunciados que correlacionan casos genéricos (conjuntos de propiedades) con soluciones (esto es, la calificación normativa de una determinada conducta), es decir, un “esquema condicional” (p. 66). Los principios en sentido estricto, se caracterizan por cuanto condiciones de aplicación no se encuentran genéricamente determinadas; su indeterminación es más radical que el de las reglas; ahora, en cuanto a la descripción del modelo de conducta calificada deónticamente (prohibición, permisión u obligación), presentan un grado de determinación alto, exigen un cumplimiento pleno, o se cumple o no se cumple, pero no caben modalidades graduales de cumplimiento. Por su parte las *directrices o normas programáticas*, configuran de forma abierta tanto sus condiciones de aplicación como el modelo de conducta prescrito; no prohíben, permiten u obligar realizar una acción, sino persiguen la consecución de un objetivo (Atienza & Ruiz Manero, 1996).

El enfoque funcional, permite explicar la distinción entre principios explícitos y principios implícitos. Los *principios explícitos* contienen razones para la acción independientes del contenido y razones no perentorias. Razones independientes del

contenido porque son razones que entran a formar parte del razonamiento justificativo por su origen en una determinada fuente. No son, razones perentorias porque constituyen meramente razones de primer orden para resolver en un determinado sentido, cuya fuerza respecto de otras razones (otros principios) –que puedan constituir, a su vez, razones para resolver en otro sentido- ha de ser ponderada por el propio órgano jurisdiccional. Por su parte, los “*principios implícitos*”, a su vez, son razones para la acción que no son perentorias ni independientes del contenido. No son perentorias por la misma razón por la que no lo son los principios explícitos, y no son independientes del contenido porque si deben entrar a formar parte del razonamiento de los órganos jurisdiccionales no es por virtud de su origen en fuente alguna, sino por cierta cualidad de su contenido, por su adecuación o coherencia en relación con las reglas y principios basados en fuentes (Atienza & Ruiz Manero, 1996).

Finalmente, Atienza y Ruiz Manero (1996) desde el último enfoque explican el concepto de principios jurídicos a partir de la interrelación entre el derecho y poder, en donde las reglas y los principios cumplen las siguientes funciones: **i)** las *reglas de acción* posibilitan que los destinatarios desarrollen su plan de vida sin la necesidad de ponderar en cada ocasión de qué manera su acción puede afectar a los demás; **ii)** las *reglas de fin y directrices*, promueven activamente determinados intereses sociales; y, **iii)** los *principios en sentido estricto* cumplen la función de limitar la persecución de los intereses sociales (también, Ferrajoli, 2014), estamos frente, a *razones categóricas frente a cualesquiera intereses*. Estas normas jurídicas cumplen una función negativa frente a las directrices, es decir, constituyen valores que limitan o restringen la persecución de los objetivos sociales cuando estas son

lesivas para los intereses particulares. Aun cuando los principios tienen preminencia frente a una directriz, los ordenamientos jurídicos de tipo liberal-democráticos plurales, recogen principios a veces contradictorios, siendo la ponderación el mecanismo de solución de tales enfrentamientos.

Ahora bien, el tema de la ponderación nos obliga hacer referencia a la obra de Robert Alexy. Empero, por cuestiones de pertinencia y complejidad, no será posible ahondarnos en la descripción de su pensamiento, sino que, nos centraremos en un aspecto muy específico de su producción intelectual que vendría a ser el estudio del principio de proporcionalidad como método para interpretar y aplicar los principios jurídicos. Para Alexy, los principios jurídicos son *mandatos de optimización*, vale decir, normas jurídicas que se caracterizan por el hecho de que pueden ser cumplidos en “diferentes grados y de que la medida ordenada en que deben cumplirse no sólo depende de las posibilidades fácticas, sino también de las posibilidades jurídicas. El ámbito de las posibilidades jurídicas se determina por principios que juegan en sentido contrario” (Alexy, 2003, p. 95). Frente a los principios, contraponen las reglas que serían *mandatos definitivos*. Esto significa que “siempre pueden ser cumplidas o incumplidas. Si una regla tiene validez, entonces, está ordenado hacer exactamente lo que ella exige, ni más ni menos. De este modo las reglas contienen determinaciones en el ámbito de lo fáctica y jurídicamente posible” (Alexy, 2003, pp. 95-96). Por ello, la distinción entre reglas y principios no es de grado sino una distinción cualitativa.

“Un conflicto entre reglas sólo puede ser solucionado si se introduce una cláusula de excepción a una de las reglas o si se declara la invalidez de una de ellas” (Alexy, 2003, p. 99). En cambio, la colisión entre principios debe resolverse

“estableciendo una relación de precedencia entre los dos principios relevantes, condicionada a las circunstancias del caso concreto” (Alexy, 2003, p. 99). Esta relación de precedencia de un principio frente a otra, no significa la invalidez de uno de los principios, pero tampoco que uno sea excepción de la otra como si ocurre en el caso de las reglas. La *ley de colisión*, según la cual las condiciones bajo las cuales un principio tiene prioridad frente a otros constituyen el supuesto de hecho de una regla que expresa la consecuencia jurídica del principio que tiene prioridad (Alexy, 2003, p. 99). La ley de la colisión refleja el carácter de los principios como mandatos de optimización entre los cuales, primero no existen relaciones absolutas de precedencia y que, segundo, se refiere a acciones y situaciones que no son cuantificables. Al mismo tiempo constituye la base para restar fuerza a las objeciones que resultan de la proximidad de la teoría de los principios con la teoría de los valores (Alexy, 2002). Toda colisión de principios puede ser presentada como una colisión de valores y toda colisión de valores como una colisión de principios. La única diferencia reside en el hecho de que en la colisión de principios de lo que se trata es de qué ha de ser en definitiva lo debido mientras que en la solución de una colisión de valores a lo que se responde es, en definitiva, qué es lo mejor. Una pauta que dice qué es lo debido, es decir, qué es lo ordenado, lo prohibido o lo permitido, tiene un carácter deontológico. En cambio, se dice qué es bueno o mal o mejor o peor, tiene un status axiológico. Por lo tanto, principios y valores son lo mismo, una vez con ropaje deontológico y otra con ropaje axiológico (Alexy, 2004).

Según Alexy, la diferencia entre reglas y principios también se constata en el nivel de aplicación. Las reglas al tener una estructura de mandatos definitivos, “su

forma de aplicación característica es la subsunción” (Alexy, 2004, p. 75). En cambio, el hecho de que los principios constituyen mandatos de optimización, “significa que los principios dependen de y requieren ponderación” (Alexy, 204, p. 75). Entonces, la ponderación, afirma Bernal Pulido (2013), es la forma en que se aplican los principios jurídicos, es decir, las normas que tienen la estructura de mandatos de optimización. Estas normas no determinan exactamente lo que debe hacerse, sino que ordenan que algo sea realizado en la mayor medida posible, dentro de las posibilidades jurídicas y reales existentes. Las posibilidades jurídicas están determinadas por los principios y reglas opuestas, y las posibilidades reales se derivan de enunciados fácticos. Por ello, expone Alexy que, “la teoría de los principios, implica el principio de proporcionalidad y éste implica aquella” (Alexy, 2003, p. 101), que, “implique el principio de proporcionalidad significa que sus tres principios, es decir, los subprincipios de idoneidad, necesidad y proporcionalidad en sentido estricto, se siguen lógicamente de ella, o sea, son deducibles de ella en un sentido estricto” (Alexy, 2003, p. 101); y, “cuando alguien realiza una ponderación, entonces necesariamente se apoya en principios” (Alexy, 2004, p. 77).

El *principio de adecuación* excluye la adopción de medios que infrinjan un derecho constitucional sin promover ningún derecho u objetivo para los que se adoptaron dichos medios (Alexy, 2007). Es decir, si “una acción no es adecuada para promover la realización de un principio (...) pero lo es para inhibir la realización de otro principio, (...), está entonces prohibida en relación con ambos principios” (Alexy, 2004). Ahora bien, el *principio de necesidad* requiere que, entre dos medios igualmente idóneos en términos generales para promover un derecho, debe escogerse el que interfiera menos (Alexy, 2007), es decir, una acción, con

respecto a la cual existe una alternativa que, por lo menos, promueve la realización de uno de los principios, e inhibe menos el otro principio, está entonces prohibida en relación con ambos principios (Alexy, 2004). Lo subprincipios de idoneidad y necesidad se originan a partir del mandato de la máxima realización posible en relación con las posibilidades fácticas. Dichos subprincipios expresan la idea del óptimo de Pareto (Alexy, 2003).

Por el contrario, el *principio de proporcionalidad en sentido estricto* se refiere a las posibilidades jurídicas (no fácticas) y se resumen en la ley de la ponderación: “Cuanto mayor sea el grado de no cumplimiento o de afectación de un principio, tanto mayor debe ser la importancia del cumplimiento del otro” (Alexy, 2003). Este consiste en sopesar los principios teniendo en cuenta sólo los costos de la realizabilidad posible del otro principio (Alexy, 2004). La ley de la ponderación expresa el aspecto más significativo de la compleja estructura de la ponderación. Puede encontrarse una descripción completa de lo que significa la ponderación en la llamada “formula de peso” (Alexy, 2007). Esta puede representarse de este modo:

$$W_{i,j} = \frac{I_i \cdot W_i \cdot R_i}{I_j \cdot W_j \cdot R_j}$$

Figura 1. Formula de peso

Fuente: Robert Alexy (2007).

Donde $W_{i,j}$ representa el peso concreto del Principio P_i , es decir, el peso de P_i en las circunstancias del asunto a decidir, en relación con el P_j , el principio en

colisión. I_i representa la interferencia (intervención) con P_i por parte del medio o media M , cuya proporcionalidad debe examinarse. I_j representa la intensidad de los efectos negativos que la omisión de la interferencia con P_i , es decir $\sim M$, tendría para el principio en colisión P_j , es decir, la intensidad de la interferencia con P_j mediante la no interferencia P_i . W_i y W_j son los pesos abstractos de P_i y P_j . En muchos casos los pesos abstractos son iguales, por lo que se neutralizan entre sí. De esta forma es posible reducirlos. R_i y R_j se refieren a la fiabilidad de las asunciones empíricas relativas a lo que significa la medida M en cuestión para lo no realización de P_i y la realización de P_j en las circunstancias del caso concreto. Hay muchos casos en los que la decisión depende básicamente o incluso únicamente de R_i y R_j , pero también hay otros muchos en los que R_i y R_j son iguales. Por lo que es posible reducir ambos (Alexy, 2007).

2.4 Definición de términos:

a) **Eficacia:** Para Bobbio (2002), el problema de la eficacia de una norma es el problema de si la norma es cumplida por las personas a quienes se dirige (los llamados destinatarios de la norma jurídica) y, en caso de ser violada, que se la haga saber con medios coercitivos por la autoridad que la ha impuesto. Empero, que una norma exista en cuenta norma jurídica, no significa que también sea constantemente cumplida. La investigación para determinar la eficacia o ineficacia de una norma sería de carácter histórico-social, se orienta al estudio del comportamiento de los miembros de un determinado grupo social, diferenciándose tanto de la investigación de carácter filosófico sobre la justicia de la norma, como la más típicamente jurídica acerca de su validez. Según el autor, para usar la terminología docta, aunque en un

sentido diferente del acostumbrado, se puede decir que el problema de la eficacia de las reglas jurídicas es el problema fenomenológico del derecho.

b) Justificación: Según Bunge (2005), se tienen los siguientes significados:

a) General. Proporcionar un fundamento o razón para un constructo o una acción, en este caso el concepto es relacional: A justifica a B, donde A es un cuerpo de conocimientos o normas. **b) Lógica.** Demostrar que un argumento es válido (lógicamente correcto). **c) Semántica.** Procedimiento por el cual se demuestra que una proposición tiene sentido en un determinado contexto. **d) Metodológica.** Demostrar que un método o técnica es probable que produzca aquello para lo que se propone. **e) Epistemológica.** El esfuerzo de demostrar que una proposición es verdadera, o al menos plausible, con relación a un cuerpo de conocimiento. No solo la aserción, sino que también es posible que la duda tenga que justificarse. **f) Ética.** Procedimiento que demuestra que una estrategia, un plan o un curso de acción se guían por determinados principios morales. **g) Práctica.** Demostrar que el curso de una acción es factible, eficiente, conveniente o moral.

c) Legitimidad: Según Aarnio (1989) la racionalidad de la norma está relacionada con la legitimación del Derecho en la sociedad que puede adquirir de muy diversas formas. La legitimación instrumental cuando se considera cómo ha conseguido su objetivo la norma, es decir relación medio y fines (Weber); la legitimación basada en interés significa que una disposición jurídica satisface las expectativas de un grupo de forma máxima; y, la legitimación vinculada a la aceptabilidad del Derecho o una norma, como confianza general en el Sistema (Luhmann), se acepta en virtud del proceso que la produjo o por racionalidad

comunicativa, es decir, el proceso de integración social, socialización y comunicación (Habermas).

d) Precedencia condicionada. La relación de precedencia condicionada “consiste en que, tomando en cuenta el caso, se indican las condiciones bajo las cuales un principio precede al otro. Bajo otras condiciones, la cuestión de la precedencia puede ser solucionada inversamente” (Alexy, 2002).

e) Principio. Pese a la multiplicidad de acepciones, Ávila (2011) propone definirlos como “normas inmediatamente finalistas, primariamente prospectivas y con pretensión de complementariedad y parcialidad, para cuya aplicación se requiere una valoración entre el estado de cosas que debe ser promovido y los efectos derivados de la conducta considerada necesaria para su promoción” (p. 70). Bernal Pulido (2014), siguiendo la teoría de Robert Alexy, diferencia reglas y principios afirmando que las reglas son normas que contienen determinaciones en el ámbito de lo fáctica y jurídicamente posible y que solo pueden ser cumplidas o no. Los principios, en cambio, se definen como mandatos de optimización, que pueden ser cumplidos en diversos grados y que ordenan que se realice algo en la mayor medida posible, en relación con las posibilidades jurídicas y fácticas.

f) Valor. El término valor esta indisolublemente ligada al vocablo bueno que hace referencia a una cualidad. Según Hartman (1959), “Bueno” es un término que no tiene comprensión en el sentido analítico, sino únicamente en el sintético: se define como una relación formal, a saber, la correspondencia entre las propiedades que posee un sujeto y los predicados que contiene la comprensión del concepto del sujeto; así, por ejemplo, la proposición “Las sillas de esta habitación son

buenas” significa que hay algunas cosas en esta habitación llamadas “sillas” y que tienen todas las propiedades relacionadas con el concepto “silla”; o, más precisamente, algunas cosas en esta habitación son miembros de la clase de las sillas; la clase de las sillas se define por el concepto “silla” que se caracteriza por ciertas propiedades; y las cosas en esta habitación que se llaman “sillas” tienen las propiedades en cuestión. Más precisamente, sobre los valores constitucionales, Sánchez Gil (2015), afirma que la Constitución recoge en sus disposiciones lo que parece importante y requiere ser fijado para dirigir la acción política sucesiva, según la particular situación histórica que guarda una sociedad; no cualquier tema ameritaría tutela constitucional, sino solamente aquellos que tengan importancia capital para la sociedad, y si bien hay elementos mínimos que habría de contener la Constitución, como los referentes a cómo se organiza el poder del Estado, ella no necesariamente ha de limitarse a incluir una regulación de la potestad pública; también podría salvaguardar situaciones cuya permanencia, generalidad, fundamentalidad y/o grado de satisfacción social, sean tan deseables que ameritan una calidad superior.

2.5 Hipótesis:

En el presente trabajo de investigación se formuló la siguiente hipótesis: “La positivización de la teoría de la prevención especial positiva en el artículo 139.22 de la Constitución, posibilita concebirla como un norma-principio. Esto trae aparejada la idea de la resocialización como un valor constitucional explícito, susceptible de ponderación con otros valores también constitucionales (principios y derechos) en tres diferentes momentos: criminalización primaria, imposición de penas y ejecución de estas. A partir de esta premisa, podemos arribar a dos tesis

fundamentales: **i)** el conflicto de la resocialización y otras teorías de la pena, puede concebirse como conflicto entre valores, esto es provechoso porque la teoría de los principios ofrece una solución al conflicto entre valores, lo que no ha ocurrido con la contienda entre teorías de la pena; y, **ii)** la resocialización puede ser rescatada de sus más importantes críticas, ilegitimidad e ineficacia; se afirmaría su legitimidad por cuanto su acusado conflicto con otros valores constitucionales puede ser objeto de resolución mediante el método de la ponderación; y, eficaz, pues como todo principio (directriz), ordena que el objetivo social (resocialización) se realice en la mayor medida posible, según las posibilidades fácticas y jurídicas de cada caso concreto”.

2.6 Variables:

a) Variable independiente:

- ❖ Teoría de los principios.

b) Variable dependiente:

- ❖ Teoría de la prevención especial positiva.

c) Indicadores:

- ❖ **Variable independiente (X):** Teoría de los principios.

- ✓ **Indicadores:**

- Precedencia condicionada.
- Mandatos de optimización.

- Ponderación.
 - Principio de proporcionalidad.
 - Valores constitucionales.
 - Neoconstitucionalismo.
- ❖ **Variable dependiente (Y):** Teoría de la prevención especial positiva.
- ✓ **Indicadores:**
- Teorías de la pena.
 - Teorías de la prevención especial.
 - Resocialización.

CAPÍTULO III

METODOLOGÍA

3.1 Tipo de Investigación:

Siguiendo la clasificación realizada por Sierra Bravo (2001), los tipos de investigación social, del cual el Derecho forma parte, son distintos según se atienda a determinados aspectos de la investigación: a) su finalidad, b) su alcance temporal, c) su profundidad, d) su amplitud, e) sus fuentes, f) su carácter, g) su naturaleza, h) su objeto, i) el ambiente que tiene lugar y j) los tipos de estudio a que se den lugar. Dentro de esta tipología, el presente trabajo, omitiéndose intencionalmente algunas de las clasificaciones arriba indicadas por cuestiones de falta relevancia, puede ser catalogado de la siguiente forma:

- ❖ **Según su finalidad:** Es una investigación básica por cuanto tiene como objetivo buscar el mejor conocimiento y la comprensión de un fenómeno social (en este caso normativo).
- ❖ **Según su alcance temporal:** Es una investigación de tipo seccional que se circunscribe al análisis de un fenómeno normativo en un momento dado (vigencia de la Constitución Política del Perú de 1993).
- ❖ **Según su profundidad:** Es una investigación de tipo explicativa pues ha estudiado las relaciones de influencias entre las dos variables de la investigación (teoría de principios y teoría de la prevención especial positiva).

- ❖ **Según sus fuentes:** Es una investigación primaria, pues los datos materia de estudio han sido recogidas de primera mano (teorías, norma, etc.).
- ❖ **Según su carácter:** Es una investigación de tipo cualitativa por que se orienta a descubrir o dotar de sentido y significado de una determinada disposición constitucional.
- ❖ **Según su naturaleza:** Es una investigación de tipo documental, pues tiene como objeto directo la interpretación de fuentes documentales (teorías, normas jurídicas, jurisprudencia).
- ❖ **Según su objeto:** Si se tiene en cuenta la disciplina social, es una investigación de tipo jurídica; y, si se tiene en consideración la institución social al que se refieren, es una investigación dedicada al estudio del derecho.
- ❖ **Según el marco en que tiene lugar:** Por ser una investigación enfocada en el área del derecho, la investigación no es de campo ni de laboratorio. Cabe aclarar que el fenómeno estudiado, es interpretativo, actividad que realizan los operadores jurídicos y los teóricos (dogmáticos, filosóficos, etc.), por tal razón puede considerarse como una investigación de campo aunque con la precisión antes indicada.

En el campo específico de la ciencia jurídica, se vienen ensayando algunos tipos de investigación propiamente jurídicos. Ahora, si bien no existe unanimidad respecto a las clasificaciones planteadas, tomando como referencia a Courtis (2006) y Witker (2011) podemos afirmar que el presente trabajo de investigación es de **tipo dogmática** pues se “propone estudiar el ordenamiento jurídico para conocerlo,

transmitir ese conocimiento, operarlo, optimizarlo, mejorarlo” (Courtis, 2006, p. 106); “concibe el problema jurídico desde una perspectiva estrictamente formalista, descontando todo elemento fáctico o real que se relacione con la institución, norma jurídica o estructural legal en cuestión” (Witker, 2011, p. 119). Esto tiene sentido si el presente trabajo de investigación pretende estudiar, interpretar y sistematizar, una determinada disposición constitucional. Como indican Moreso y Vilajosana (2004), la tarea de sistematización exige la previa interpretación de los textos normativos y la elaboración de conceptos jurídicos; ahora bien, esta interpretación y sistematización no se hace únicamente con la función de informar del Derecho vigente en una determinada comunidad, sino que también se realiza con la intención de influir en los operadores jurídicos a la hora de que estos realicen sus propias interpretaciones.

Como se ha indicado precedentemente, las investigaciones jurídicas de tipo dogmática, están enfocadas, principalmente, a determinar el sentido de los textos o enunciados discursivos (normativos); por tanto, como indica Courtis (2006), se pueden plantear diversos problemas de investigación. En nuestro caso, el presente trabajo de investigación ha pretendido resolver las siguientes problemáticas: **i)** “problemas relacionados con el hecho (...) de que el orden jurídico esté compuesto, además de por normas y reglas en sentido estricto, por estándares tales como principios y directrices, cuya función difiere de aquellas” (Courtis, 2006, pp. 106-107); y, **ii)** “problemas de determinación de (...) determinación de los valores y de los fines de un conjunto normativo, necesarios para establecer su sentido y su alcance” (Courtis, 2006, p. 107). Según este autor, la identificación de valores y fines, en especial cuando no son explícitos, no es una operación mecánica ni obvia,

y se enfrenta a dificultades tales como la existencia de tensiones entre distintos valores y fines simultáneamente consagrados por un conjunto normativo, la necesidad de adoptar algún modelo conceptual que permita razonar a partir de valor y fines, y la necesidad de ponderación o establecimiento del peso respectivo de valores y fines en caso de conflicto.

3.2 Diseño de investigación:

El diseño, “hace referencia, por un parte a la esencia de la investigación social, la prueba y la aplicación del método científico y, por otra, a la esencia del trabajo científico, la validez” (Sierra Bravo, 2001, pp. 124-125). Como indica Sierra Bravo (2001), los tipos posibles de diseños son prácticamente innumerables, se trata de una cuestión no cerrada sino siempre abierta a la imaginación de los investigadores. No obstante ello, el citado autor, propone una clasificación (mas o menos conocidos) de los diseños de investigación: **i)** no experimentales, **ii)** experimentales y **iii)** factoriales. Dentro de este catálogo, el presente trabajo de investigación puede ser clasificado en el rubro del **diseño no experimental**.

Las investigaciones con diseño no experimental, son efectúan “sin manipular deliberadamente variables (...) no hacemos variar de forma intencional las variables independientes para ver su efecto sobre otras variables. Lo que hacemos (...) es observar los fenómenos tal como se dan en su contexto natural, para después analizarlos” (Hernández Sapiere, Fernández-Collado & Baptista Lucio, 2006, p. 205), es utilizado en investigaciones sistemáticas en donde el investigador no posee control de las variables independientes (Witker & Larios, 1997). El presente trabajo de investigación es no experimental por cuanto nuestras variables (teoría de la

prevención especial positiva y teorías de los principios) no pueden ser objetos de manipulación, sino de valoración y comprensión.

a) Diseño General:

Dentro de los diseños no experimentales suele distinguirse entre diseños seccionales y diseños longitudinales (Sierra Bravo, 2001) o, con otra denominación, diseños transeccionales o transversales y longitudinales (Hernández-Sampiere & Mendoza Torres, 2018), Para la elaboración de esta investigación se empleó el **diseño transversal o transeccional**, dado que, se recolectaron “datos en un solo momento, en un tiempo único. Su propósito es describir variables y analizar su incidencia e interrelación en un momento dado. Es como tomar una fotografía de lo que sucede” (Hernández Sapiere, Fernández-Collado y Baptista Lucio, 2006, p. 210). “Tienen la ventaja de que se basan en la observación de objetos de investigación tal como existen en la realidad, sin intervenir en ellos ni manipularlo” (Sierra Bravo, 2001).

b) Diseño específico:

Se ha seguido un diseño de investigación de **tipo descriptivo-explicativo**, pues, se ha tratado de descomponer un problema jurídico en sus diversos aspectos, estableciendo relaciones y niveles que ofrecen una imagen de funcionamiento de una norma o institución jurídica (Witker, 1991); se inquirirá sobre la situación jurídica dentro de un determinado contexto actual (Behar, 2008), la causa o factor de estudio se produce de manera espontánea, sin intervención del investigador (Zenteno Trejo & Osorno Sánchez, 2015). El presente trabajo de investigación, ha tenido como objeto de estudio los fenómenos interpretativos que forman parte de

determinados practicas sociales que se realizan de manera espontánea. Hay que aclarar que, como quiera la finalidad de los trabajos de investigación en la disciplina jurídica se encuentran dirigidas a servir en la praxis, los resultados del presente trabajo tienen como objetivo influir en el fenómeno interpretativo estudiado.

3.3 Población y muestra:

❖ **Población:**

- ✓ **Universo físico:** No cuenta con delimitación geográfica por tratarse de una investigación de tipo cualitativa.
- ✓ **Universo social:** Se ha tomado como referencia los principales estudios que se han realizado sobre la teoría de los principios y la teoría de las penas.
- ✓ **Universo temporal.** No tiene una delimitación temporal, se han tomado ideas que se han engendrado en diversas épocas del desarrollo humano.

❖ **Muestra:**

- ✓ **Tipo:** No probabilístico.
- ✓ **Técnica muestral.** Intencional.
- ✓ **Marco muestral.** Teoría general del derecho y Doctrina penal.
- ✓ **Tamaño muestral.** No cuenta con tamaño muestral.
- ✓ **Unidad de análisis.** El principio constitucional de resocialización.

3.4 Técnicas e instrumento(s) de recolección de datos:

Para la recopilación de la información se han usado las siguientes técnicas e instrumentos de la investigación dogmática:

TÉCNICAS DE RECOLECCIÓN	INSTRUMENTOS DE RECOLECCIÓN
Documentales de fichaje	Fichas de resumen
Documentales de fichaje	Fichas textuales
Documentales de fichaje	Fichas bibliográficas
Documentales de fichaje	Fichas de análisis
Análisis de contenido	Fichas de análisis de contenido

Witker (1991), indica que existen cuatro razones para justificar la necesidad del uso de las fichas: **1) razón psicológica** pues, la memoria como actividad mental compleja tiene grados diversos de capacidad para recordar con exactitud, fidelidad y prontitud; **2) razón cultural** dado que, exige al estudioso y al investigador la mayor fiabilidad en su plan de búsqueda del material científico para formular una hipótesis, defender o rechazar una tesis, discutir un dato, criticar una conclusión, sustentar una comparación, motivar una sugerencia, actualizar un planteamiento; **3) razón técnica** ya que, atiende a la sistematización del acopio del material bibliográfico, que se concreta en tres operaciones: a) primero, organización del fichaje general de los libros seleccionados para realizar un determinado trabajo, b) segundo, la ordenación del fichaje específico del material extraído de aquellos libros para desarrollar los argumentos que integran la unidad temática del trabajo;

y, c) finalmente, la utilización de dos fichajes para documentar la personalización del contenido asimilado de las fuentes estudiadas o simplemente consultadas en algunos de sus puntos; y, 4) **razón pedagógica** que se refiere al hábito de trabajar con fichas; si se adquiere en el aprendizaje universitario, se transforma en hábito permanente durante toda la labor de la vida profesional.

3.5 Plan de procesamiento y análisis de datos:

En el presente trabajo de investigación, el plan de procesamiento y análisis de datos se ha realizado siguiendo el procedimiento propuesto por Witker Velásquez (2011), lo que se detalla a continuación:

a) Identificación de fuentes y selección de materiales jurídicos:

En primer lugar, fueron identificados las fuentes jurídicas y de ellas fueron extraídos una selección de materiales jurídicos, que lógicamente han estado vinculados al esquema provisional que surgió a partir de la formulación de la hipótesis de la presente investigación.

b) Organización de la información:

Al concluir la recopilación y registro de la información jurídica se procedió a organizarla. La técnica documental recomienda cinco pasos que fueron realizados en el presente trabajo de investigación:

- 1) Formar un fichero.
- 2) Comparar las fichas.
- 3) Seleccionar las fichas.

4) Ordenar las fichas.

5) Analizar críticamente las fichas.

Los pasos precedentes tuvieron por objeto insertar cada ficha de trabajo en los diversos capítulos que integraron el boceto inicial de la presente investigación, a fin de evaluarse la cantidad de material con relación a cada capítulo de la tesis. Para ello fue necesario la utilización del fichero o folders (carpetas) por cada capítulo, a fin de repartir el material recogido y ponderar la modificación de la redacción inicial; esto por cuanto, es frecuente que la información recogida altere en parte el proyecto inicial.

❖ **Redacción de los capítulos:**

Completada esta tarea de selección y distribución de las fichas de trabajo, se empezó con la redacción escrita de los capítulos, evaluando críticamente el material que se había recopilado; esto con el propósito de dar sentido interpretativo a la disposición constitucional que fue objeto de estudio y corroborar la hipótesis que fue planteada en su oportunidad.

❖ **Técnicas de validación de hipótesis:**

A efectos de validar la hipótesis se hará uso de la argumentación jurídica. Como indica Vigo (2017), el proceso de argumentar, que concluirá como resultado en una argumentación, consiste en un razonamiento donde a partir de ciertos enunciados, premisas o juicios que se justifican con argumentos o razones, se obtiene mediante la respectiva inferencia, una respuesta acerca de un problema o pregunta que no es evidente. De igual forma, según la definición ofrecida por MacCormick (2010) la

argumentación es la actividad de formular argumentos a favor o en contra de algo; esto se puede hacer en contextos especulativos o prácticos. Continúa afirmando este autor que, en cuestiones puramente especulativas, se aducen argumentos a favor o en contra de una creencia sobre lo que se considera verdadero, mientras que, en contextos prácticos, se aducen argumentos que pueden ser, o razones en contra o a favor de hacer algo, o razones para sostener una opinión sobre lo que debe, podría o puede hacerse. Sobre la importancia de la argumentación jurídica, señala que, esta “se ha erigido actualmente como una pieza esencial en la explicación del fenómeno jurídico, ya que todo acto de los poderes públicos o de los particulares, exige una amplia justificación frente a la sociedad” (Romero Martínez, 2019, p.2); lo que puede ampliarse al ámbito académico puesto toda investigación se encuentra obligada a dar razones para apoyar cada uno de sus planteamientos.

CAPÍTULO IV

RESULTADOS Y DISCUSIÓN

4.1 Presentación de los resultados:

El abordaje de la disposición normativa que se encuentra prevista en el artículo 139.22 de la Constitución Política del Perú de 1993 desde la perspectiva de la teoría de los principios, nos permitió obtener los siguientes resultados:

- Ha ocurrido una positivización de la teoría de la prevención especial positiva como teoría constitucional de la pena.
- El artículo 139.22 de la Constitución puede ser considerado como una norma jurídica que tiene propiedades de principio y no de una regla.
- El artículo 139.22 de la Constitución establece que la resocialización del condenado debe ser considerado como un valor constitucional, por tanto, es susceptible de ponderación por los legisladores y jueces.
- La contienda de las teorías de la pena puede concebirse como un conflicto de valores, siempre que las demás teorías (además de la prevención especial positiva) puedan ser fundamentadas como valores constitucionales.
- Se puede absolver las principales críticas que la prevención especial positiva ha recibido, habiendo sido cuestionada, principalmente, como ilegítima e ineficaz. Su estructura de principio, ofrece la posibilidad de ponderarla con aquellos valores que usualmente han sido usadas como

baremo de medición de legitimidad constitucional; y, posibilita que el mandato se realice en la mayor medida posible, ergo, su precedencia condicionada no implica su ineficacia.

4.2 Prueba de Hipótesis:

a) Positivización de la prevención especial positiva

A partir de nuestros fundamentos teóricos que han sido desarrollados en el Capítulo II, podemos argumentar que estamos ante un fenómeno que bien puede denominarse positivización de la teoría de la prevención especial positiva. Vale decir, nuestro constituyente, en el artículo 139.22 de la Constitución Política del Perú de 1993, ha visto por conveniente decantarse por una específica teoría de la pena. No resulta difícil arribar a este resultado si tenemos en consideración que nuestro constituyente ha establecido que la pena debe reeducar, resocializar y rehabilitar al condenado, ideas que coinciden con lo que líneas más arriba hemos denominado teoría de la prevención especial positiva.

Indican, autores contemporáneos como MacCormick (2010) que, en el proceso de la argumentación en contextos especulativos o prácticos, se pueden hallar tanto razones sustantivas como razones autoritativas. Las primeras, principalmente se desarrollan en contexto no institucionales las que además pueden ser divididas en razones de objetivo (argumentos teleológicos) y razones de lo correcto (argumentos deontológicos). Por el contrario, las razones autoritativas se dan principalmente en escenarios institucionales: el hecho de que una acción de cierta clase sea requerida de acuerdo con alguna decisión o mandato o instrucción expedida por alguien en un escenario apropiado puede contar como un argumento a favor de actuar de

conformidad con este requerimiento. Tal razón, que consideramos como tal en virtud de la autoridad de su fuente, es una razón autoritativa.

Con base a ello diremos que, el constituyente ha irrumpido en la interminable discusión de las teorías de la pena y establecido, en base a su autoridad, que la pena tiene fines especialmente resocializantes. Por tanto, desde el momento de su positivización, la idea de la resocialización tiene capacidad para vincular las decisiones de los legisladores (leyes) y los jueces (sentencias y otras decisiones que atañen a la ejecución de la pena). La positivización trae como consecuencia ineludible la creación de una norma jurídica, pues las normas, principalmente, tienen su fuente en las decisiones de las autoridades políticas (Aguiló Regla, 2000).

Como indica Sieckmann (2015) el concepto de norma jurídica es uno de los más centrales de la jurisprudencia; la estructura y las propiedades de las normas jurídicas se reflejan en el derecho mismo; a pesar de ello, no es claro lo que ha de entenderse por norma jurídica pues existen diversas interpretaciones acerca de lo que constituye el carácter jurídico de una norma. Empero, el presente trabajo no pretende exponer, menos participar en tal discusión ya que excedería los límites de la investigación; es por lo que, partimos adhiriéndonos a la teoría semántica de la norma jurídica, según el cual, “las normas son el contenido de enunciados que expresan lo que es obligatorio, prohibido o permitido, o lo que al menos se puede expresar de esa manera” (Sieckmann, 2015, p. 896). Por tanto, para la teoría semántica de la norma jurídica, la norma jurídica es producto de un acto de interpretación de enunciados o disposiciones normativas. Como bien ha indicado Lifante Vidal (2018), el punto de partida común para la mayoría de las teorías de la interpretación jurídica radica en la consideración del Derecho como un fenómeno

de tipo lingüístico; vale decir, el Derecho opera necesariamente a partir de la comunicación de una serie de pautas de comportamiento, lo que no significa que todo el Derecho pueda ser reducido a lenguaje, ni siquiera el que las normas puedan ser identificadas con su mera formulación lingüística, pero sí que el atender al aspecto lingüístico del fenómeno jurídico es de gran importancia para una adecuada comprensión del mismo.

Resumiendo, podríamos afirmar que las normas jurídicas son el producto o el resultado de una actividad de interpretativa. Como bien indica Guastini (2014), cuando se habla de interpretar un texto, o un discurso, interpretar significa atribuir significado a algún fragmento del lenguaje; en el ámbito del derecho, los objetos materia de interpretación serán los textos o documentos normativos. Ergo, la teoría de la prevención especial positiva que se encuentra positivizada en la Constitución, puede ser objeto de interpretación; y el producto, vendría a ser lo que en teoría general del derecho se denomina norma jurídica.

b) La resocialización es una norma principio:

Hemos establecido que el artículo 139.22 de la Constitución ha positivizado la teoría de la prevención especial como teoría constitucional de la pena; por tanto, la resocialización se ha convertido en una norma jurídica. Ahora bien, si partimos de la clasificación realizada por los postpositivistas, las normas jurídicas pueden ser de dos tipos: reglas y principios. En tal entendido, en este apartado, corresponde establecer si la citada disposición constitucional debe ser considerada como una regla o un principio. Para este propósito, nos serviremos de los desarrollos teóricos que han sido desarrollado principalmente por Dworkin, Alexy, Atienza y Ruiz

Manero. Los primeros por cuanto los teóricos de la filosofía jurídica contemporánea consideran que el “paralelismo entre reglas y los principios está delineado en su esencia en los trabajos de estos dos autores” (Bernal Pulido, 2014, p. 728) y los últimos –que han desarrollado una obra común–, por cuanto a criterio adoptado en esta investigación, han estudiado a profundidad el tema como se ha expuesto en el marco teórico del presente trabajo.

Como Bernal Pulido (2014) diremos que, es cierto que las reglas y principios desempeñan una misma función: son normas jurídicas que regulan la conducta humana y se utilizan para construir y fundamentar las decisiones jurisdiccionales, pero entre estos dos tipos de elementos jurídicos median considerables diferencias. A criterio de este autor, Dworkin, establece dos criterios de distinción: el primero de **carácter lógico** y el segundo, el **criterio de peso específico o importancia**. Según el primer criterio las reglas son aplicable por completo o no son aplicables, mientras que los principios no establecen con claridad cuáles son las circunstancias de la realidad antes las cuales deben ser aplicados, ni cuáles son sus excepciones, así como tampoco determinan las consecuencias jurídicas que deben producirse tras su aplicación. Por otro lado, según el segundo criterio, los principios tendrían una dimensión que nos disponen las reglas: la dimensión del peso, en virtud del cual, el juez puede construir y fundamentar jurídicamente las soluciones para los casos concretos en las cuales concurren diversos principios que entran en conflicto; el juez debe tener en consideración la importancia relativa de cada uno.

Si aplicamos estos dos criterios en la evaluación del artículo 139.22 de nuestra Constitución, deberíamos concluir que estamos frente una norma principio; ergo,

nuestro ordenamiento constitucional contiene un principio de resocialización. Los argumentos que sustentan tal conclusión serían los siguientes:

CRITERIOS:	FUNDAMENTOS:
LÓGICO	La disposición constitucional materia de análisis no establece un supuesto de hecho ni una consecuencia jurídica. El artículo 122.39, no establece con claridad, cuáles serían los casos en que debería operar la reeducación, rehabilitación y reincorporación del condenado en la sociedad, ni establece las consecuencias jurídicas que deben producirse tras su aplicación. Esta disposición constitucional, por el contrario, parece establecer un objetivo social pero tampoco establece los supuestos fácticos, ni los medios para efectuarlo, pero tampoco indicado los grados o niveles de realización.
PESO	Como consecuencia, el legislador y el juez, pueden encontrar que, en ciertas circunstancias que requieran de su decisión, no solo confluyan razones que apoyen la idea de resocialización, reeducación o rehabilitación del condenado a la sociedad, sino otras igualmente válidas desde el punto de vista constitucional como la proporcionalidad de la reacción estatal frente al ilícito penal, garantizar que el condenado no vuelva a cometer el mismo delito por medio del aseguramiento preventivo, etc. Que, en un supuesto específico, una de las razones venza a las demás, no significa que se ha realizado un juicio de valor absoluto sobre la subordinación de un principio sobre otro, sino solamente un juicio relativo.

Por su parte Alexy, “ha propuesto una diferenciación entre los principios y las reglas que afina, complementa y modifica los criterios de Dworkin” (Bernal Pulido, 2014, p. 731). Como indica Bernal Pulido (2014), Alexy no está de acuerdo con el primer criterio de distinción de Dworkin, pues a consideración de este último autor, esto conduciría a afirmar que existe únicamente una diferencia grado que consistiría en que los principios serían más generales y abstractos que las reglas. Empero,

Alexy, estaría de acuerdo con el segundo criterio de distinción. De acuerdo con esta diferencia, las reglas serían “normas que contienen determinaciones en el ámbito de lo fáctica y jurídicamente posible” y que “solo pueden ser cumplidas o no”; los principios, en cambio, serían “mandatos de optimización”, que pueden ser cumplidos en diversos grados y “que ordenan que se realice algo en la mayor medida posible, en relación con las posibilidades jurídicas y fácticas”. Por tanto, si nos adherimos a la propuesta de Alexy, la distinción sería cualitativa de carácter lógico y no solo una diferencia de grado.

Entonces, según Alexy, que una norma jurídica sea una regla o un principio “se determina se determinan de manera interpretativa, en razón de la manera como haya de ser aplicada y también -un aspecto conexo- de la forma como hayan de resolverse las colisiones o conflictos en que se vea implicada” (Bernal Pulido, 2014, p. 733). En ese sentido, continúa Bernal Pulido (2014), las reglas entendidas como mandatos definitivos se aplicarían según el método de la subsunción; por el contrario, las normas principios que pueden ser entendidos como mandatos de optimización se aplicarán mediante la ponderación, pues ellas ordenan ser realizados en la mayor medida posible, teniendo en cuenta las posibilidades jurídicas y fácticas, que dependen de las razones que juegan en sentido contrario.

De ahí que podemos colegir que, el fin de resocialización de la pena que se encuentra prevista en el artículo 139.22 de la Constitución, es una norma-principio, debido a que no contiene un mandato definitivo sino un mandato de optimización. Entonces, la indicada disposición constitucional ordena que el condenado sea resocializado (rehabilitado y reinsertado a la sociedad) en la mayor medida posible, teniendo en cuenta las posibilidades jurídicas y fácticas, que va a depender de cada

caso concreto y las razones que juegan en sentido contrario. Esto se hace evidente si tenemos en consideración que, en caso de conflictos normativos –por ejemplo, el conflicto entre la resocialización contra la prevención general positiva–, no puede ser resuelto mediante el método de la subsunción sino mediante la ponderación que implica que, la precedencia del principio de resocialización o del principio que jugaba en sentido contrario no significa la invalidez de principio precedido. Ahora bien, siguiendo la concepción de Alexy, argumentaremos que, como resultado de la ponderación surgirá una regla que, justamente, expresa esta relación de precedencia que se encuentra condicionada por las circunstancias del caso. Basta echar un vistazo a las disposiciones normativas del Código Penal, Código Procesal Penal o las decisiones jurisdiccionales para verificar que, efectivamente, cada regla contenida en ellas, constituye –o debería contener– un balance que a su turno ha realizado el juez o el legislador entre el principio de resocialización y otros valores constitucionales.

Dworkin también presenta una distinción categorial en el interior de los principios, entre: **i)** los *principios propiamente*, que son entendidos como triunfos sobre la mayoría, en esencia, los derechos individuales; y **ii)** las *políticas*, entendidos como objetivos sociales o de gobierno. Esto tiene sentido si afirmamos como Prieto Sanchis (1985) que, efectivamente, en el mundo jurídico organizado es preciso mantener a vigorosa caracterización de los derechos fundamentales, de modo que no queden al albur de las decisiones políticas del momento, y para ello debe encontrarse un procedimiento de garantía capaz de controlar las directrices de gobierno y que, a su vez, no suscite recelos de politización. Tal como indica Rodríguez Puerto (2017), Dworkin contrapone estándares que presentan ideales de

reforma social, económica o política y exigencia de la justicia, la equidad o alguna otra dimensión de la moral; sobre el particular Habermas (1998) ha insistido en indicar que el referido autor entiende los derechos subjetivos como triunfos en una especie de juego en el que los individuos defienden sus justificadas pretensiones frente al riesgo de verlas sobrepujadas por fines colectivos. Esta distinción dworkiniana, resulta útil para la presente investigación pues permite afirmar que el principio de resocialización, a su vez, puede ser clasificado como una política, en contraposición a los principios propiamente dichos. Esto por cuanto, nuestro constituyente, a través de la indicada disposición constitucional ha dispuesto que la resocialización de un condenado constituye una finalidad útil para la comunidad pues mediante ella se pretende evitar la comisión de delitos posteriores. Por lo mismo, aun cuando la persecución de la resocialización del condenado sea un objetivo socialmente deseable, esto no puede realizarse en detrimento de los derechos subjetivos. Ergo, si esta tesis de Dworkin es correcta, la resocialización alcance sus límites en los derechos fundamentales.

Esta idea guarda relación con la tesis de Atienza y Ruiz Manero. Como se ha expuesto anteriormente, los citados autores, tomando como criterio, los intereses y relaciones de poder existentes en la sociedad, diferencian entre directrices y principios; vale decir, los primeros, promueven activamente determinados intereses sociales que exigen realizar una ponderación para establecer las finalidades al menos relativamente incompatibles, mientras que los segundos, constituyen límites a la persecución de los intereses sociales. En tal sentido los objetivos socialmente deseables para la comunidad (directrices) pueden ser diversos y generalmente obedecen a la decisión de la mayoría, pero su consecución se encuentra limitada

por determinados valores que se entienden esenciales para la protección de las personas (principios). Esta idea es una constante en la cultura occidental actual, por ejemplo, autores como Zagrebelsky y Marcenò (2018) afirman que, el moderno Estado Constitucional incorpora tanto fines como principios; uno y otros se encuentran en tensión; su equilibrio es inestable y está expuesto a un riesgo doble, opuesto: renunciar a los fines, lo que significa remover jurídicamente las normas que los prescriben, degradándolos a simples aspiraciones éticas; o, renunciar a los principios, para dar libre curso a la obtención de los fines, es decir, a políticas de potencia. Por tanto, concluyen indicando que, el Estado constitucional es aquel en el que el respeto de los principios condiciona los fines, y en el que los fines orientan a los principios; los bienes constitucionales funcionan contemporáneamente como principios y como fines, en los que la justeza de los fines no justifica por sí misma los medios, y en los que la legitimidad de los medios no justifica su uso para todo fin.

Por tanto, resulta pertinente afirmar que, el principio de resocialización puede ser considerada como una directriz o fin social debido a que los argumentos en que se apoya no están referidas a las ideas de justicia o alguna prevalencia de derechos subjetivos reconocidos frente a la mayoría; sino que, al contrario, viene formulado como un objetivo social que el estado pretende perseguir según la posibilidades fácticas y jurídicas. Empero, la consecución de este objetivo debe realizarse de tal forma que no infrinja los derechos individuales pues, como señalar Dworkin y otros autores anteriormente señalados, estos actúan como límites frente a la mayoría, que no se pueden transgredir aunque resulten útiles para la sociedad. Ergo, la pretensión estatal de alcanzar la resocialización del condenado en detrimento de los derechos

subjetivos como la dignidad, la vida, la salud, la autonomía individual u otros derechos subjetivos de las personas; simplemente, no resulta inadmisibles.

Por último, siguiendo la clasificación propuesta por Atienza y Ruiz Manero, resulta útil afirmar que, desde el enfoque funcional, la resocialización puede ser considerado como un principio explícito, pues contiene razones independientes del contenido (debido a su fuente), pero también contiene razones no perentorias (pueden ser excluidos, por otros principios); ergo ofrece al legislador y a los jueces, razones de primer orden. Por este motivo, es y debe ser tomada en cuenta como una razón adicional en la tarea deliberativa del legislador y del juez, pues este principio goza de un apoyo autoritativo que emana de su positivización en la Constitución; aun así, tal cualidad no excluye la posibilidad de ser precedido por otros principios o valores constitucionales dado que también constituye una razón perentoria. Todos estos argumentos que han sido desarrollados en este apartado nos permiten concluir que existen razones suficientes para considerar que el artículo 139.22 de la Constitución contiene un principio que ordena o manda que la resocialización del condenado se realice en la mayor medida posible, atendiendo a las posibilidades fácticas y jurídicas del caso concreto; así también, el citado principio puede ser considerado como una política, fin o directriz, pues persigue un objetivo útil o deseable desde el punto de vista de la sociedad; y, como un principio explícito, por cuanto contiene razones independientes de su contenido y razones perentorias.

Finalmente, otra vez haciendo uso la clasificación de Atienza y Ruiz Manero, podemos argumentar que, el principio resocialización, desde el punto de vista estructural, puede ser clasificado como una “norma programática”, toda vez que, tiene una configuración abierta, tanto en sus condiciones de aplicación como en el

modelo de conducta prescrito. Las condiciones de aplicación no han sido establecidas por el constituyente, vale decir, no se han precisado el conjunto de propiedades que los casos concretos deben reunir para efectos de adecuarse en la norma; sufre un alto grado de indeterminación respecto al supuesto de hecho que la estructura de toda norma exige. De igual forma, en cuanto al modelo de conducta prescrito, la disposición constitucional, está redactada de manera abierta, de tal forma que no existe una prohibición, permisión u obligación, sino que exige la consecución de un objetivo (reeducación, rehabilitación y reincorporación del condenado), sin que se hayan explicitado las acciones que se deban seguir para lograr tal estado de cosas. Por ello, su interpretación y aplicación, necesariamente, debe realizarse mediante la ponderación.

c) La resocialización es un valor constitucional:

Como se ha indicado líneas arriba, siguiendo la teoría de Alexy, indicaremos que la característica fundamental de los principios es que estos pueden ser aplicados mediante la ponderación. La diferenciación entre las reglas y los principios “resulta del hecho de que el carácter de los principios tiene una relación de implicación con el más importante principio del derecho constitucional material: el principio de proporcionalidad, y viceversa, el principio de proporcionalidad implica el carácter de los principios” (Alexy, 2011, p. 2). Entonces, como indica Bernal Pulido (2013), la ponderación es la forma en que se aplican los principios jurídicos, es decir, las normas que tienen la estructura de mandatos de optimización; estas no determinan exactamente lo que debe hacerse, sino que ordena que algo se realizado en la mayor medida posible, dentro de las posibilidades jurídicas y reales existentes; ahora bien, las posibilidades jurídicas están determinadas por los principios y reglas opuestas,

y las posibilidades reales se derivan de enunciados fácticos. Ergo, la ponderación y el principio de proporcionalidad vendrían a ser las dos caras de una misma moneda, aunque, en estricto, es posible encontrar una relación entre la parte (ponderación) y el todo (principio de proporcionalidad); en otras palabras, “la ponderación puede considerarse como un parte del principio de proporcionalidad” (Alexy, 2014, p. 45).

Empero, que los principios sean aplicables mediante el método de la significa también que estos pueden deben ser entendidos como valores sociales; pues, los valores son susceptibles de ponderación (Habermas, 1998). La referencia al mundo social, presupone, la “totalidad de las relaciones interpersonales que son reconocidas por los integrantes como legítimas” (Habermas, 1992, p. 81). Ahora bien, los valores más importantes de una sociedad, por lo general, se encuentran plasmadas en la Constitución. La “constitución es el marco arquitectónico jurídicamente organizado de la sociedad” (Calderón, 1999/2000, p. 45); y, como indica Sánchez Gil (2015), las normas jurídicas tienen indefectiblemente un contenido material que obliga a inclinar la voluntad y la conducta humana hacia determinados objetos, y así, su contenido es expresión de una norma pública inspirada en determinados juicios de valor respecto de una “*estado social deseable*”; su creación supone el anhelo de una determinada voluntad para lograr ciertos objetivos o salvaguardar determinadas situaciones que se traducen en mandatos a la conducta humana, idóneos para alcanzar estos fines. “Es propio de todo Derecho Constitucional ejercer una acción, no solamente normativa, sino a la vez motivadora. Lo segundo presupone una expresión de ideas de valor y la existencia de una mentalidad conforme a estas” (Schambeck, 1993, p. 260).

Conforme ha explicado Alexy (2002), el concepto de valor es utilizado de manera muy diferentes, tanto en el lenguaje ordinario, como en el filosófico especializado y en lenguajes especializados de las diferentes ciencias particulares. En lo concerniente a la teoría del derecho, como la teoría alexyana lo sugiere, podemos afirmar que, prácticamente, existe una equiparación estructural, entre un valor y un principio. Sostiene Alexy (2004):

“El comportamiento de colisión de los principios pone claramente de manifiesto que entre principios y valores existe una amplia coincidencia estructural. (...). Toda colisión de principios puede ser presentada como una colisión de valores y toda colisión de valores como una colisión de principios. La única diferencia reside en el hecho de que en las colisiones de principios de lo que se trata es de qué ha de ser en definitiva lo debido mientras que en la solución de una colisión de valores a lo que se responde es, en definitiva, qué es lo mejor. Una pauta que dice qué es lo debido, es decir, qué es lo ordenado, prohibido o permitido, tiene un carácter deontológico. En cambio, si dice qué es bueno o malo o mejor o peor, tiene un status axiológico. Por lo tanto, principios y valores son lo mismo, una vez con ropaje deontológico y otra con ropaje axiológico” (p. 164).

Esta tesis, es muy reconocida y ha sido acogida, por poner un ejemplo, en la jurisprudencia de la Corte Constitucional colombiana, que “ha considerado tanto a los valores como a los principios, criterios de interpretación de la ley, así como normas jurídicas que determinan la validez de las restantes del ordenamiento jurídico” (Estrada Vélez, 2011, p. 67); aunque algunos autores señalan que “los

valores no son idénticos a los principios ni en su estructura ni en su función y la técnica de los conceptos jurídicos indeterminados es muestra insuficiente para realizar la interpretación de valores y principios” (Freixes & Remotti, 1992, p. 97). Además, señala Estrada Vélez (2011) que, confundir o emplear principios y valores como sinónimos es fusionar con alguna ligereza dos mundos que si bien están relacionados (de manera contingente o necesaria, elección que corresponde a cada individuo), son claramente diferenciables; confundir principios y valores es tratar de extender la polaridad de los valores a los principios; dado que, si para una teoría objetivista los valores se pueden jerarquizar, los principios, al ser concreción de ellos deberían conservar la misma jerarquía, asunto no compatible con la naturaleza del derecho.

A pesar de indicada discrepancia, a efectos de convalidar la hipótesis de esta investigación, se partirá del axioma de que, si bien los valores y principios pueden tener algunas características particulares; como bien ha indicado Alexy, estas peculiaridades obedecen, únicamente, al uso de un ropaje distinta, ya sea, deóntico o axiológico. Hay oportunidades -dependiendo del contexto de la argumentación-, en que los valores pueden convertirse en principios y viceversa. “Sin importar los términos en que se encuentren redactadas las disposiciones jurídicas, cada una de ellas supone uno o varios principios, entendidos en el sentido normativo, que manda la realización irrestricta en lo posible de un valor” (Sánchez Gil, 2015, p. 646); y, a su vez, “tales normas de principio dan origen y justificación a la disposición jurídica correspondiente, y a su vez, suponen un juicio axiológico en virtud del cual el legislador reconoció el valor de un determinado objetivo o situación” (Sánchez Gil, 2015, p. 646). En todo caso, como indica Alexy (2002) la diferencia entre principios

y valores se reduce así a un punto; lo que en el modelo de los valores es *prima facie* lo mejor es, en el modelo de los principios, *prima facie* debido; y lo que en el modelo de los valores es definitivamente lo mejor es, en el modelo de los principios definitivamente debido. “Así pues, los principios y los valores se diferencian sólo en virtud de su carácter deontológico y axiológico respectivamente” (Alexy, 2002, p. 147). Si bien en el derecho, de lo que se trata es de lo debido; empero, no existen inconvenientes para trasladar de la constatación de lo que es lo mejor desde el punto de vista constitucional, a la constatación de que es debida, iusconstitucionalmente.

Como consecuencia de lo anterior, podemos concluir argumentando que, el principio constitucional de resocialización también constituye un valor; una finalidad que nuestra sociedad, a través de sus representantes, ha catalogado como un objetivo valioso o deseable. Para nuestra constituyente resulta más valioso, o es mejor, que el condenado, no solamente cumpla la pena sino que durante su ejecución, el mismo sea resocializado, rehabilitado o reinsertado en la sociedad, con el fin ulterior de evitar que cometa, nuevos ilícitos penales. Como principio, es decir con ropaje deontológico, la resocialización es debido por tanto obligatorio; y, como valor, es decir con ropaje axiológico, la resocialización es entendido como valioso o bueno. Empero, como ya se indicó, esto supone que en cada decisión legislativa o judicial, la resocialización sea pesada con otros principios que contienen razones que van en sentido contrario.

Este conflicto de valores o principios, de manera necesaria, debe resolverse mediante el principio de proporcionalidad que, “aparece como un conjunto articulado de tres subprincipios: idoneidad, necesidad y proporcionalidad en sentido estricto” (Bernal Pulido, 2013, p. 51), dentro de esta tripartición, como también ya

referimos, la ponderación podría identificarse con la proporcionalidad en sentido estricto. Siguiendo a Bernal Pulido (2010) podemos afirmar que:

“cada uno de estos subprincipios expresa una exigencia que toda intervención en los derechos fundamentales debe cumplir. Tales exigencias pueden ser enunciadas de la siguiente manera: **1.** Según el subprincipio de idoneidad, toda intervención en los derechos fundamentales debe ser adecuada para contribuir a la obtención de un fin constitucionalmente legítimo. Se trata, entonces, de dos exigencias: la legitimidad constitucional del objetivo y la adecuación de la medida examinada. En cuanto a la primera exigencia, para que una medida no sea legítima, debe ser claro que no busque proteger ningún derecho fundamental, ni otro bien jurídico relevante. Por su parte, de acuerdo con la segunda exigencia, para que dicha medida no carezca de idoneidad, debe tener algún tipo de relación fáctica con el objetivo que se propone; es decir, debe contribuir de alguna manera a la protección de otro derecho o de otro bien jurídico relevante. **2.** De acuerdo con el subprincipio de necesidad, toda medida de intervención en los derechos fundamentales debe ser la más benigna con el derecho intervenido, entre todas aquellas que revisten por lo menos la misma idoneidad para contribuir a alcanzar el objetivo propuesto. Se trata, los medios alternativos disponibles, comparación en la cual se analiza: **(1)** la idoneidad equivalente o mayor del medio alternativo; y, **(2)** el menor grado en que éste intervenga en el derecho fundamental. **3.** En fin, conforme al

principio de proporcionalidad en sentido estricto, la importancia de los objetivos perseguidos por toda intervención en los derechos fundamentales debe guardar una adecuada relación con el significado del derecho intervenido. En otros términos, las ventajas que se obtienen mediante la intervención en el derecho fundamental deben compensar los sacrificios que ésta implica para sus titulares y para la sociedad en general. Se trata, entonces, de la comparación entre dos intensidades o grados, el de la realización del fin de la medida examinada y el de la afectación del derecho fundamental. Mediante esta comparación, por ejemplo, se prohíbe que una afectación intensa de la libertad o de otro derecho fundamental sea correlativa tan sólo a una protección mínima o leve de otro derecho o bien jurídico” (pp. 10-11).

d) De la contienda de las teorías de la pena al conflicto de valores:

Como hemos explicitado en los acápites anteriores, existen razones suficientes para considerar que el principio de resocialización también puede ser concebido como un valor constitucional. Empero, a fin de validar parte de la hipótesis de investigación, resulta indispensable demostrar que, las demás teorías de la pena, también pueden concebirse como valores, además, estas deben tener amparo constitucional. Esto, resultaría especialmente útil para asentir que, la contienda de las teorías de la pena que no ha encontrado solución a nivel teórico-dogmático, puedan ser trasladados como conflicto de valores que pueden ser resueltos mediante la ponderación. Para realizar esta tarea, debemos establecer una diferenciación entre el *fundamento* y *fin* de la pena. Para ello, nos serviremos del constructo de Ferrajoli,

autor que tiene el gran mérito de haber clarificado este aspecto bastante enredado y confuso.

Según Ferrajoli (1995), la pregunta: *¿por qué castigar?*, puede ser entendida con sentidos dos distintos: **a)** el de porque existe la pena, o bien porque se castiga; y, **b)** el de porque debe existir la pena, o bien por qué se debe castigar. En el primer sentido, el problema del *porqué* de la pena es un problema científico, o bien empírico; admite respuestas de carácter historiográfico o sociológico formuladas en forma de proposiciones asertivas, verificables y falsificables; susceptibles de ser creídas como verdaderas o falsas. En el segundo sentido el problema es, en cambio, uno de naturaleza filosófica -más precisamente de filosofía moral o política- que admite respuestas de carácter ético-político expresadas en forma de proposiciones normativas las que, sin ser verdaderas ni falsas, son aceptables o inaceptables en cuanto axiológicamente válidas o inválidas. Por tanto, resultará conveniente utilizar dos palabras distintas para designar estos significados del porqué: la palabra *función* para indicar los usos descriptivos y la palabra *fin* para indicar los usos normativos. Emplearé, siguiendo al antes indicado autor, correlativamente dos palabras distintas para designar el diverso estatuto epistemológico de las respuestas admitidas por las clases de cuestiones: diré que son *teorías explicativas* o *explicaciones* las respuestas a las cuestiones históricas o sociológicas sobre la función (o las funciones) que de hecho cumplen el derecho penal y las penas, mientras son *doctrinas axiológicas* o de *justificación* las respuestas a las cuestiones ético-filosóficas sobre el fin (o los fines) que ellas deberían perseguir.

A la dicotomía, *función* y *fin* de la pena que ha sido construida por Ferrajoli, en esta investigación, agregaremos una segunda distinción: *finalidad* y *fundamento*.

Estaremos ante teorías sobre el *fundamento*, cuando el intento de la justificación del castigo, reposa en la calidad intrínseca del castigo, en correspondencia con la *ética deontológica o principista*. De otro lado, las teorías sobre la *finalidad* pretenden justificar la pena basándose en su utilidad, los resultados o consecuencias, en correspondencia con la *ética consecuencialista*. Ambas categorías formulan proposiciones normativas, no susceptibles de corroboración empírica, vale decir, son doctrinas de justificación de la pena. Para hacer esta diferenciación se parte de la distinción entre éticas deontológicas y éticas consecuencialista. Como sugiere De Zan (2004), para una ética principista y deontológica como la de Kant, la moralidad de los actos humanos se juzga por su intención o la calidad intrínseca del propio acto, por el apego a los principios y al deber moral, independientemente de cualquier especulación sobre las ventajas o desventajas de obrar de esa manera; en cambio, as éticas consecuencialistas, como el utilitarismo, sostiene en cambio que el punto decisivo para valorar las acciones está en sus resultados, o en sus consecuencias, en el bien o el mal que producen objetivamente. La distinción corriente en la filosofía analítica entre éticas deontológicas en sentido restringido y éticas consecuencialistas, representa dos orientaciones (rivalas o complementarias, según los autores), las cuales se ubican ambas dentro de la ética normativa.

Habiéndose realizado estas distinciones, podemos catalogar cada una de las teorías de la pena, como teorías de la *función* o del *fin* de la pena; y, dentro de esta última, como teorías sobre el *fundamento* o *finalidad*. Bajo este presupuesto, las teorías absolutas o retribucionistas deben ser consideradas únicamente como teorías del fin. Sus proposiciones, no son asertivas, en el sentido de que no pueden ser objeto de corroboración empírica, sino que son susceptibles de ser consideradas

como válidas o inválidas, en base a consideraciones de tipo axiológico. Además, serían teorías sobre el fundamento de la pena, ya que el castigo no es valorado por sus consecuencias o su utilidad social, sino por la cualidad del castigo mismo, que es evaluado como algo positivo, vale decir, en virtud de su característica intrínseca que vendría a ser la compensación de la culpabilidad o el merecimiento. Esto es válido si concebimos estas teorías, como afirma Cordini (2014) como una respuesta al delito perpetrado; la sanción es en este sentido necesaria, en la medida en que con ella no es perseguida ninguna finalidad social situada en el futuro; su legitimidad yace en el propio autor (como persona futura) y en el hecho pasado por él cometido; la medida se corresponde con la severidad del hecho, o sea, con la severidad del ilícito culpable y al mismo tiempo, con la culpabilidad del autor. Bajo la clasificación antes referida, entrarían las cuatro tesis retribucionistas. Según Cordini (2014), estas serían: **i)** aquellos que entienden que todos los criminales y sólo los criminales deben ser castigados; **ii)** aquellos que proponen que la penal al criminal debe servir como retribución al crimen cometido; **iii)** los que afirman que, el grado de la pena debería ser proporcional al crimen, lo que significa que la relación de los delitos entre sí debería corresponder a la relación de las penas entre sí; y, **iv)** los que sustentan que, el grado de la pena debe ser equivalente al delito cometido, esta tesis es conocida como *ius talionis*.

Respecto a las teorías de la prevención positiva, Roxin (2015) indica que, sus defensores pregonan que, el efecto de la pena se aprecia en el fortalecimiento de la conciencia jurídica de la población en general; se distingue, a su vez, entre el efecto de aprendizaje conseguido por medio de la función pública del sistema de justicia penal -al que Jakobs inicialmente enfatizó de modo especial como práctica en la

fidelidad al Derecho; el efecto de confianza, que ocurre cuando el ciudadano observa que el Derecho se impone; y el efecto de pacificación, que aparece cuando la consciencia jurídica general se tranquiliza a causa de la sanción aplicada en contra del quebrantamiento del derecho y considera resuelto al conflicto con el autor del delito. Por su parte, refiere Almeida Ruivo (2018), en el campo de las teorías de la prevención general negativa una de las primeras teorizaciones, defendidas hasta la actualidad, es la doctrina de la coacción psicológica que concibe la finalidad de amenaza de la pena, literalmente como elemento de intimidación del eventual autor del delito; la redacción legal del ilícito penal y la asociación a él de una pena desestimulan -en virtud de la amenaza de pena- a aquellos interesados en practicar el hecho descrito. Ergo, las teorías de la prevención general son teorías del fin de la pena, ofrecen justificaciones cuya corrección debe establecerse según su validez normativa; empero, también pueden presentarse como teorías de la función, debido a que también ofrecen aserciones, proposiciones fácticas que pueden ser objeto de verificación empírica: aprendizaje, confianza, participación e intimidación. No obstante, como ha indicado recientemente Miró Linares (2017) existe una deficiente fundamentación empírica de estas teorías, lo que se manifiesta en la inexistencia de estudios de tipo científico para corroborar sus aseveraciones. Finalmente, debemos precisar que las teorías de prevención general (positiva y negativa) no ofrecen fundamento de la pena, debido a que para la justificación del castigo no recurren al valor intrínseco del mal, pero si una finalidad, es decir, una justificación apelando a la utilidad social o las consecuencias.

Finalmente, como indica Durán (2015), la prevención especial positiva, sería aquella a través de la cual se tiende a evitar la recaída del autor en el delito haciendo

que la pena desarrolle respecto de él una función admonitoria o resocializadora; la admonitoria o amonestante, cumpliría con la finalidad de evitar la reiteración del delito por parte del sujeto, dándole a la pena una función de aviso, advertencia o llamada de atención al delincuente para que se abstenga de delinquir en el futuro; mientras que, la función resocializadora pretende un tratamiento individualizado científicamente, hacer del autor una persona con la intención y la capacidad de vivir respetando la ley penal, así como de subvenir a sus necesidades. En la prevención especial negativa, en cambio, se trata de evitar que el autor exprese su mayor o menor peligrosidad en sus relaciones sociales; por ello, debe utilizarse aquí la pena inocuidadora o de eliminación, que produce sus efectos especialmente respecto de aquellos condenados que no necesitan ser resocializados, delincuentes accidentales o coyunturales, y sobre aquellos que no pueden ser resocializados (habituales y delincuentes por convicción); en resumen, estaríamos frente a penas inocuidadoras que, a su vez, puede ser temporal o definitiva. Ergo, las teorías de la prevención especial, también deben ser catalogadas como teorías del fin porque ofrecen justificaciones cuya corrección deberá demostrarse en un discurso normativo. Pero también, estas pueden presentarse como teorías de la función debido a que ofrecen proposiciones fácticas que pueden ser objeto de verificación empírica, por ejemplo, el grado de reincidencia, la eficacia de determinados métodos de inocuidación de peligros, etc. Finalmente, cabe señalar que las teorías de la prevención especial no ofrecen fundamento de la pena (la justificación de la pena no se realiza en virtud de la corrección moral del propio castigo) pero sí una finalidad; es decir, una justificación apelando a la utilidad social o las consecuencias (resocialización o inocuidación del delincuente).

En las consideraciones precedentes se ha demostrado que todas las teorías de la pena pueden ser concebidos como teorías normativas o teorías del fin de la pena. Entonces, también es posible argüir que a cada una de estas teorías, de manera directa o indirecta, propugna que determinados estados o circunstancias deben ser consideradas como buenas, ya sea por su corrección moral o su utilidad social; es decir, justifican determinados valores. En ese entendido, las teorías retribucionistas o absolutas, se encuentran más vinculados a valores como la justicia, el principio de proporcionalidad (equivalencia entre hecho punible y la sanción) y el principio de culpabilidad (responsabilidad personal y subjetiva). Por su parte, todas las teorías relativas o de prevención, se encuentran ligadas a la protección de determinados bienes de la comunidad que usualmente han tenido de denominación de bienes jurídicos-penales; en otras palabras, mediante la prevención de delitos, propugnan la protección de la seguridad de los referidos bienes. Cabe agregar que, estas teorías aun cuando tengan este común denominador, se diferenciarán a partir de los medios a utilizar para la prevención de ilícitos penales, en su caso será la intimidación, aprendizaje, confianza y pacificación social, resocialización o inocuización.

Para finalizar, diremos también que cada una de las teorías arriba indicadas, ofrecen argumentos que coinciden con determinados principios que se encuentran reconocidos explícita o implícitamente en la Constitución. Resulta evidente que el principio de justicia, específicamente, los principios de proporcionalidad de la pena y culpabilidad, tienen relevancia constitucional, habiendo sido reconocidos como principios implícitos por el Tribunal Constitucional del Perú (Caro John & Huamán Castellares, 2016); y, la prevención de los delitos, puede reconducirse al artículo 44 de la Constitución Política de 1993, que prevé como deber primordial del Estado,

garantizar la vigencia de los derechos humanos -recuérdese que la lesión de estos derechos se encuentran amenazadas con penas- y proteger a la población de las amenazas contra su seguridad. Por tanto, en contextos prácticos, principalmente en la deliberación legislativa y judicial, los valores que subyacen a todas estas teorías pueden ser objeto de ponderación.

e) Absolución a las críticas a la prevención especial positiva:

En este acápite, finalmente, debemos determinar si las principales críticas que se han realizado a la teoría de la prevención especial positiva pueden ser absueltas. La teoría de la prevención especial positiva, que ha sido constitucionalizada o positivizada en nuestra Constitución, ha sido cuestionada desde distintos frentes. Desde el garantismo, Ferrajoli (1995) afirma que, las teorías que las teorías que propugnan: “(...) la enmienda, aun en las variantes más edificantes y puestas al día de la *reeducción, resocialización, rehabilitación o recuperación social* del reo, contradicen irremediablemente el principio de la libertad y la autonomía de la conciencia” (p. 272). Argumenta el citado autor, que, en todo caso, aun sin llegar a estas arquitecturas, cualquier tratamiento penal dirigido a la alteración coactiva de la persona adulta con fines de recuperación o de integración social no lesiona sólo la dignidad del sujeto tratado, sino también uno de los principios fundamentales del estado democrático de derecho, el igual respeto de las diferencias y la tolerancia de cualquier subjetividad humana, aun la más perversa y enemiga, tanto más si está recluida o de cualquier otro modo sometida al poder punitivo. En la medida en que es realizable -continúa-, el fin de la corrección coactiva de la persona es por consiguiente una finalidad moralmente inaceptable como justificación externa de la

pena, violando el primer derecho de cada hombre que es la libertad de ser uno mismo y de seguir siendo como es.

Por su parte, desde el denominado realismo jurídico penal latinoamericano, Zaffaroni (1993) ha arremetido contra esta teoría en los términos siguientes:

“la ejecución penal no resocializa ni cumple ninguna de las funciones «re» que se la han inventado («re»-socialización, personalización, individuación, educación, inserción, etc.), que todo eso es mentira y que pretender enseñarle a un hombre a vivir en sociedad mediante el encierro es, como dice Carlos Elbert, algo tan absurdo como pretender entrenar a alguien para jugar fútbol dentro de un ascensor” (p. 43).

Desde la dogmática penal del funcionalismo-normativismo, Lesch (1999), ha afirmado que, hoy en día se puede afirmar con perfecto derecho que la teoría de la prevención especial positiva ha dado pruebas de ser una utopía, ya sea porque faltan los medios necesarios para alcanzar los objetivos que ella predica, ya sea porque no existen hasta hoy criterios efectivos para la resocialización de delincuentes, ya sea precisamente porque la sociedad no es lo suficientemente madura para la idea de la resocialización. Por su parte, critica Jakobs (1998),

“... una breve consideración de las estadísticas de reincidencia desde finales del siglo pasado hasta el día de hoy enseña que -al menos en el Derecho penal de adultos- no existe una relación positiva entre la pena de las características que son habituales y algún tipo de efecto

preventivo especial, prescindiendo del mero efecto de aseguramiento respecto de aquel que está encerrado en la cárcel” (p. 14).

Y, en su oportunidad, Roxin (2016), ha sentenciado:

“... el descrédito de la prevención especial se debe, sobre todo, a que la idea de configurar la privación de la libertad como una ejecución resocializadora de pena, hasta ahora no ha tenido éxito destacable. Por todas partes se ve un cuadro similar: falta de dinero, así como también, a menudo, la voluntad de gastarlo en esfuerzos costosos de resocialización. Y tampoco ha podido desarrollarse hasta ahora un programa realmente eficiente y fácil de manejar. Es así como, bajo la frase *nothing works*, se ha propagado la resignación y un escepticismo generalizado frente a la prevención especial” (p. 84).

La lista anterior no es exhaustiva, pero constituye una muestra de una opinión casi generalizada, siendo los puntos preferidos de ataque, la legitimidad e ineficacia de la resocialización. Se cuestiona, hasta qué punto puede ser legítimo que, en un Estado Constitucional y Democrático, respetuoso de la autonomía personal y la dignidad, se adiestre a sus súbditos, incluso, se los coacte para que internalizasen determinados valores con el único propósito de evitar la delincuencia; y, se pone en cuestión la existencia de una institución inútil, desde el punto de vista pedagógico o de resocialización, como es la prisión y el sistema penal completo. En resumen, se cuestiona su invalidez ética o inmoralidad (legitimidad política o moral) y la ineptitud de los programas resocializantes (ineficacia). Para precisar, la cuestión de la legitimidad moral, en el ámbito del derecho contemporáneo, incumbe también su

juridicidad, atendiendo a la constitucionalización de los otrora derechos naturales, lo que ha dado lugar a la validez sustancial del derecho que ha complementado la validez meramente formal (Ferrajoli, 2013a); los derechos humanos, a pesar de su contenido moral, tiene forma de derechos subjetivos exigibles (Habermas, 2010).

Ahora bien, si partimos de las premisas anteriormente establecidas, el artículo 139.22 de la Constitución, debería contener un principio que ordena o manda que la resocialización del condenado se realice en la mayor medida posible, según las posibilidades fácticas y jurídicas. En tal sentido, su interpretación y aplicación, debe realizarse mediante la aplicación del principio de proporcionalidad que consta de tres subprincipios. Conforme con la teoría de Alexy (2006), los subprincipios de idoneidad y de necesidad conciernen a la optimización relacionada con aquello que es fácticamente posible; estos dos principios expresan la idea del óptimo de Pareto. El tercer subprincipio, la proporcionalidad en el sentido estricto, está referido a la optimización de las posibilidades jurídicas que están esencialmente definidas por principios contrapuestos; la ponderación no es más que la optimización relativa a principios contrapuestos y se puede expresar mediante la ley de la ponderación que puede ser formulada como la siguiente regla: “cuando mayor sea el grado de insatisfacción o de detrimento de un derecho o de un principio, mayor debe ser la importancia de satisfacer otro”.

Según Alexy (2009), la ley de ponderación puede descomponerse en tres pasos. Primero debe constatar el grado de incumplimiento o perjuicio de un principio. Segundo, debe comprobarse la importancia de la realización del principio contrario. En un tercer paso, finalmente, debe averiguarse si la importancia de la realización del principio contrario justifica el perjuicio o incumplimiento del otro. La fórmula

del peso viene a ser la estructura formal de la ponderación (ver cuadro de pág. 31) y, en esencia, expresa, conforme ha explicitado Bernal Pulido (2003), el peso del principio *Pi* en relación con el principio *Pj*, en las circunstancias del caso concreto, resulta del cociente entre el producto de la afectación del principio *Pi* en concreto, su peso abstracto y la seguridad de las premisas empíricas relativas a su afectación, por una parte, y el producto de la afectación del principio *Pj* en concreto, su peso abstracto y la seguridad de las premisas empíricas relativas a su afectación, por otra.

Si la teoría antes explicada, es aplicada a la interpretación del artículo 139.22 de nuestra Constitución, tendremos que el mandato de resocialización, es un valor realizable en determinados grados o medidas. En un primer momento, en el ámbito de lo fácticamente posible, el mandato de resocialización puede ser restringido por otros valores constitucionales que estimulen medidas idóneas para alcanzar fines constitucionalmente legítimos pero contrarias a la prevención especial positiva; además que, sean medidas necesarias en cuenta no existan medios alternativos o menos lesivas a la restricción. Empero, la prevención especial positiva, también puede actuar como una razón que fundamente la adopción de decisiones cuyo contenido pueden resultar contraria a otros valores constitucionales, en cuenta tales medidas también sean idóneas y necesarias para alcanzar la resocialización.

En consecuencia, los principios de idoneidad y necesidad, pueden usarse como criterios para establecer los niveles de eficacia del mandato de resocialización. Esto por cuanto, desde la teoría de los principios, no se admiten medidas que: **i)** no sean idóneos para alcanzar la resocialización de los condenados, piénsese, a modo de ejemplo, en medidas (legislativas o judiciales) que tienen por objeto otorgar penas suspendidas a reincidentes o los problemas relativos al escaso presupuesto que el

Estado dedica para los programas penitenciarios; y, **ii**) no sean necesarias para alcanzar la resocialización de los condenados, las medidas que aunque sean idóneas para la resocialización, puedan ser demasiado lesivas para los derechos de los condenados, como podría ser, por ejemplo, la intervención médica sin autorización, cuando se puede realizar con el asentimiento del titular del derecho y previo orientación profesional. Estas ideas, valoradas en su conjunto, demuestran que, del hecho de que determinadas medidas resocializantes no pueden ser alcanzadas por encontrar limitaciones de naturaleza fáctica, no se puede colegir que todos los programas de la prevención especial positiva son ineficaces. El mandato de resocialización, como todo principio, únicamente ordena que esto se realice en diferentes grados, pudiendo no alcanzarse en múltiples casos.

Finalmente, el método de la ponderación (proporcionalidad en sentido estricto), servirá como criterio para establecer la legitimidad constitucional de la prevención especial positiva. Como se ha explicitado más arriba, el carácter de principio o valor constitucional otorga a la prevención especial positiva, la aptitud de servir como una razón o argumento para la implementación de medidas que tengan por objetivo la resocialización del condenado, en la deliberación legislativa y jurisdiccional. No obstante, estas razones son perentorias por cuanto puede ser precedidas por otros valores o principios constitucionales. Ergo, lo que demuestra esta circunstancia no es la legitimidad del mandato de resocialización sino únicamente su capacidad de preceder o ser precedido en un eventual conflicto constitucional con otros principios o valores. Ahora bien, si partimos del axioma de que, la ponderación es un método racional, los conflictos constitucionales entre el mandato de resocialización y otros valores tales como la dignidad, la proporcionalidad, la culpabilidad o la seguridad,

pueden ser resueltos racionalmente. Como resultado de esta resolución de conflictos ocurrirá, en múltiples casos, que los argumentos que fundamentan el mandato de resocialización sean vencidos por otras razones de mayor peso; no obstante, esto no significa que sea ilegítima desde el punto de vista constitucional, debido a que tal característica es propia de todo valor constitucional, incluso aquellos que gozan de la más alta jerarquía.

4.3 Discusión:

a) El aspecto fáctico y el aspecto normativo de la pena:

Como se ha explicitado en un apartado del punto referido a la prueba de nuestra hipótesis, la pena o el castigo estatal, puede ser abordada a través de proposiciones empíricas susceptibles de ser calificadas como verdaderas o falsas o a través de proposiciones normativas susceptibles de justificadas axiológicamente. Si bien la pena es un artefacto social por excelencia, su existencia no se reduce a lo simbólico, dado que, es posible hallar su correlato ontológico. Esto es así por cuanto el castigo se materializa a través del dolor que consiste en la afectación material que la libertad, el patrimonio y otros derechos del condenado. Estos derechos afectados por la pena, si bien, constructos jurídicos, poseen una dimensión ontológica que pueden ser objeto de descripción, explicación, observación o medición; lo mismo que, su afectación.

Este planteamiento trae aparejada algunas consecuencias que merecen ser explicitadas con mayor detenimiento. La imposición de una pena, puede generar, en el ámbito fenomenológico, un sinnúmero de consecuencias, por ejemplo, puede ocurrir que, produzca sufrimiento del condenado o sus parientes, desamparo de sus

dependientes, satisfacción de la víctima, goce de sus enemigos, descontento social, resocialización del condenado, temor en eventuales delincuentes, etc.; la lista puede ser interminable. Empero -y esto debe quedar claro- no todas estas consecuencias, son relevantes para el derecho penal, aunque sí podrían ser de interés de otras disciplinas científicas, como la criminología, la psicología, la sociología, etc.

Cada uno de estos efectos podría ser objeto de descripción empírica, por cuanto están sujetos a las leyes de la causalidad. Según Bunge (1997), el principio de causalidad es sólo una parte del principio de determinación. Según Pérez Barbera (2007), Bunge, defiende, para el mundo físico, la tesis determinista que denomina determinismo general, una teoría ontológica cuyos componentes necesarios y suficientes son: el principio genético o principio de productividad, según el cual nada puede surgir de la nada ni convertirse en nada; y el principio de legalidad, según el cual nada sucede en forma incondicional ni completamente irregular, o sea, de modo arbitrario. Entiende que ambos principios pueden ser fundidos en uno solo, que se podría resumir en: “todo es determinado según leyes por alguna otra cosa”, que puede llamarse el principio de determinación, el cual constituye un supuesto filosófico de la ciencia; ergo, se encuentra sometida a las leyes de la causalidad. Entonces, las leyes causales pueden explicar todos los efectos que puede producir la imposición del castigo; empero, la misma, no puede establecer, cual es el efecto que la pena *debe* producir.

Algunas de las teorías de la pena, como ya se ha explicitado, han pretendido justificar el castigo estatal, describiendo los efectos de su imposición; todas, susceptibles de ser corroboradas empíricamente. Empero, si tales planteamientos fuesen correctos, la justificación de la pena, dependería, en absoluto, de algún

descubrimiento que pueda hacer la ciencia sobre el impacto verificable del castigo en la realidad material o social. En consecuencia, tendríamos una macroteoría de la pena, capaz de englobar a todas explicaciones causales; o, varias teorías de la pena apoyadas, de manera exclusiva, en determinados descubrimientos. Entonces, en última instancia, la teoría de la pena dependería de las corroboraciones fáctica o descubrimientos científicos.

Por esta razón, estos planteamientos deben ser considerados como inviables. Estas teorías terminarían confundiendo dos planos distintos: el “ser” y el “deber” ser de la pena, lo que supondría una falacia ideológica que como indica Ferrajoli (2013b) vendrían a ser “las doctrinas o concepciones que confunden el deber ser con el ser en virtud de la indebida deducción, contraria a la ley de Hume, de tesis asertivas a partir de tesis prescriptivas o viceversa” (p. 76). En resumidas cuentas, se infringiría la ley de Hume, según el cual, no se pueden extraer consecuencias normativas a partir de premisas puramente empíricas (falacia naturalista). Entonces, no se puede dar por justificada una práctica social como es la pena, a partir de algún descubrimiento de una relación causal; dado que, como indica Moulines (1991), es posible interpretar la ley de Hume en el sentido de que existe un abismo lógico -y epistemológico- infranqueable entre las constataciones de hecho y los juicios morales, entre el dominio de lo fácticamente contrastable y lo éticamente valorable, entre el ser y el deber ser:

“Constatamos el hecho: “Luis estranguló a su mujer”. ¿Qué podemos inferir de ahí? Sin duda podemos inferir, ya sea deductiva o inductivamente, una serie de cosas. Ante todo: “La mujer de Luis fue estrangulada por este”. Pero también nos está permitido hacer

algunas inferencias más interesantes, como, por ejemplo: “La mujer de Luis ya no vive”, o incluso: “Es probable que Luis no se mostrara especialmente cariñoso con su mujer en el momento anterior a la muerte de ésta”. Ahora bien, la advertencia que Hume nos quiere hacer es que jamás podremos inferir de la constatación de partida. Ni deductiva ni inductivamente, una afirmación del tipo: “Luis es un malvado”, ni tampoco “Luis debe ser castigado” (Moulines, 1991, p. 26).

Si esto es así, cualquier teoría que intente justificar la pena, únicamente en la constatación de la producción de una determinada consecuencia o algún efecto en la sociedad o en los individuos; debe ser rechazada por incurrir en la indicada falacia ideológica. Entonces, una teoría de la pena que no adolezca de la indicada falacia, debe basarse en argumentos normativos susceptibles de justificación, acerca de su validez o invalidez, desde el punto de vista axiológico; deben contener, en palabras de Habermas (1992), una pretensión de corrección normativa, susceptibles de fundamentación y de crítica, un saber que está referido al mundo social común, encarnada en acciones reguladas por normas. Entonces, para que una teoría de la pena no incurra en tal error, debe ser eminentemente argumentativa o justificativa. Vale aclarar, empero, que si bien las constataciones empíricas, no sean suficientes para justificar el castigo estatal, no significa que éstas sean totalmente irrelevantes; esto es así, porque las teorías de la pena, especialmente las consecuencialistas, deben partir de premisas empíricamente constatables.

A manera de ejemplo, la teoría de la prevención general negativa, no podría ser considerada como una teoría de justificación, sí es que el objetivo atribuido a la

sanción penal (la intimidación), fuese de imposible consecución o corroboración. Pero, para ser tomada en cuenta como teoría de la justificación de la pena, además, debería contar con argumentos que respalden su coherencia con determinados valores, como, por ejemplo, la dignidad humana. Esto es así, debido a que los individuos no actúan, únicamente en un mundo social (simbólico), normativo o valorativo, sino también se orientan en un mundo natural-real; las valoraciones siempre versan sobre hechos empíricamente demostrado o demostrables. Por esta razón, una teoría que pretenda justificar el castigo, a través del establecimiento de objetivos sociales que, de antemano, son imposible de alcanzar o demostrar, debe ser rechazada, por cuanto el hecho susceptible de valoración sería inexistente o, al menos, indemostrable. Hasta este punto, podemos concluir argumentando que, es cierto que planos del ser y del deber ser son inconfundibles; empero, también existe interdependencia entre una y otra dimensión, dado que, lo normativo presupone lo fáctico.

Lo vertido en el acápite precedente tiene importancia para la reconstrucción del mandato de resocialización. El principio de la prevención especial positiva, como teoría de la pena, también tiene una dimensión fáctica y una dimensión normativa. Ahora bien, si este análisis es abordado desde la óptica de la teoría de los principios, resultará conveniente relacionar la primera dimensión con las posibilidades fácticas para la optimización del mandato de resocialización y la segunda dimensión, con las posibilidades jurídicas. Entonces, en las líneas que siguen, primero, se pretende demostrar que las posibilidades fácticas del mandato de resocialización, dependen exclusivamente de la realizabilidad de sus programas; y, en segundo lugar, que las posibilidades jurídicas dependerán, también de manera exclusiva de la ponderación

con otros valores constitucionales. En este último punto, además, se pretende identificar los principales valores, mandatos o derechos constitucionales con los cuales el principio de prevención especial positiva podría enfrentarse en un eventual asunto conflictivo y cuáles serían los eventuales resultados de la ponderación.

b) Posibilidades fácticas para optimizar el mandato de resocialización:

Como se ha indicado en el marco teórico de la presente investigación, la teoría de la prevención especial positiva ha sido vinculada con la vigencia del Estado Social; consiguientemente, con los derechos sociales que exigen, en concreto, prestaciones de parte del Estado. Como indica Bernal Pulido (2014), en teoría política, la tarea primordial Estado Social sería de incluir a todos los miembros de la comunidad en los diferentes subsistemas sociales: el mercado, la educación, la cultura, la política; se le reclamó una activa labor dirigida a generar las condiciones materiales adecuadas para que los habitantes de su ámbito territorial pudiesen ejercer las libertades; se le exigió una actitud previsiva para hacer frente a los riesgos que fustigaban a las clases más desaventajadas y un diligente socorro ante las vapuleantes situaciones de emergencia; pero ante todo, se hizo al Estado responsable de la subsistencia, de la procura existencial de cada ser humano, y de la equitativa distribución de la riqueza, aun cuando todo esto entrañara concederle una autorización para intervenir en el mercado y para limitar la autonomía privada.

Cabe señalar que, el Estado Social también cambió también la concepción de persona, pues modela un prototipo de individuo al que corresponde determinados atributos que deben ser garantizados por los derechos fundamentales; en resumen, la persona se define por antonomasia como un sujeto titular de ciertas necesidades

básicas, que deben ser cubiertas por el Estado (Bernal Pulido, 2014). Entonces, para definir a la persona, según esta concepción política, “solo puede ser fundamental el concepto de necesidad” (Tugendhat, 1997, p. 335) que, el Estado, se encuentra en la obligación de satisfacer a través de la constitucionalización de los derechos de acción positiva del Estado. Estos comprenden una diversidad de derechos, pero existe un común denominador, todos “requieren de una acción positiva. Con el objeto de no conculcarlos, no basta con que el estado se abstenga de interferir en los ámbitos que protegen, especialmente la vida, la libertad y la propiedad. El Estado debe hacer algo” (Alexy, 2007, p. 50); por tanto, “son mandatos de proteger, apoyar, etc.” (Alexy, 2007, p. 54). En ese marco de ideas, el principio de prevención especial positiva se configura como un mandato que tiene por objeto apoyar que el condenado sea resocializado, una expectativa dirigida al Estado para que ofrezca mecanismos que permitan su inclusión en el tejido social.

Ahora bien, como es sabido, el propósito de la presente investigación, no es discutir si el mandato de resocialización, constituye o no, un derecho prestacional. Incluso, podemos afirmar que esta cuestión resulta secundaria atendiendo a que, ya se ha establecido que estamos frente a un principio, ergo, su rango constitucional se encuentra fundamentada y su interpretación-aplicación, se realiza de la misma manera que cualquier derecho constitucional, mediante la ponderación. Por tanto, la discusión antes indicada sería irrelevante para los fines del presente trabajo. La importancia radica, al contrario, en concebir el mandato de resocialización con una exigencia de prestación estatal propia de un Estado Social, pero esta idea, resulta obvia en virtud a los argumentos vertidos en acápites anteriores y debido a que la Constitución vigente, establece en su artículo 43 que, la República del Perú es un

Estado de tipo democrático y “social”. Entonces, resulta claro que el mandato de resocialización constituye una exigencia propia de un Estado Social que lo obliga a prestar servicios y adoptar políticas que permitan que el condenado sea incluido en el sistema social, de tal forma que en el futuro no vuelva a cometer ilícitos penales. Como una exigencia de tipo prestacional, es un mandato cuya satisfacción requiere de un hacer de parte del Estado; ergo, tiene una “estructura alternativa o disyuntiva” (Alexy, 2007, p. 55), pues se puede realizar mediante la adopción de variadas medidas, pero que no cualquier acto de apoyo o protección, cumplirá con tal exigencia constitucional.

Desde esta perspectiva, el mandato de resocialización, procura ser satisfecho -y de hecho sucede así- a través de diversos mecanismos: **a)** primero, tenemos las medidas de naturaleza pedagógicas, educativas o símiles, que tengan la capacidad de dotar al condenado de ciertos conocimientos, oficios, técnicas o habilidades que le permitan, en su futura vida en libertad, realizar actividades económicas-sociales que no guarden relación con la conducta criminal por el que fue condenado; en este caso, el Estado ofrece alternativas a la conducta criminal; **b)** segundo, el apoyo de tipo económico-social que va dirigida principalmente a los individuos provenientes de comunidades con mayor índice de criminalidad; no cabe duda que la violencia y el delito tienen como uno de sus principales fuentes, problemas de tipo económico-social como el desempleo, la pobreza, el alcoholismo, drogadicción, etc., que se hacen más patentes, como en las sociedad latinoamericanas como han explicado Blackwell y Duarte (s.f.); y, **c)** finalmente, como tercer punto, se pueden considerar las medias que tienen por objeto someter al condenado a medidas que tienen por objetivo transformar, modificar o cambiar su personalidad, esto puede suceder

mediante el uso de la coacción (física o psicológica) o el uso de técnicas como la intervención médica. Además, cabe agregar, es usual que las legislaciones regulen que tales medidas sean consideradas como incentivos para la reducción del tiempo de la ejecución de la pena.

Ahora bien, estas prestaciones, principalmente, se evalúan en dos momentos perfectamente distinguibles, a saber: **i)** en un primer instante, en la deliberación y decisión legislativa; vale decir, en el instante de la aprobación de leyes penales (ya sean sustantivas y de ejecución), que procuran la resocialización del condenado, por ejemplo, la regulación de los beneficios penitenciarios que tienen por finalidad promover que el condenado participe “en actividades laborales, educativas, y los servicios psicológicos, legales y sociales (...), así como (...) actividades que los propios internos implementan” (Ministerio de Justicia y Derechos Humanos, s.f., p. 21) para fomentar la reinserción social; y, **ii)** segundo, al momento de emisión de decisiones jurisdiccionales que resuelven pretensiones tan variadas e instadas por distintos sujetos procesales, asuntos como la imposición de una sanción penal, el otorgamiento de un beneficio penitenciario, el control jurisdiccional de la ejecución de la pena, etc. Claro está que, para que el principio de resocialización, se realice en la medida exigida por la Constitución, las prestaciones estatales deben cumplir con las exigencias derivadas del principio de proporcionalidad, específicamente, los subprincipios de idoneidad y necesidad -principalmente el primero- que exige que los programas o prestaciones estatales sean mínimamente eficientes o de posible consecución desde el punto de vista fáctico.

En consecuencia, las pretensiones claramente irracionales o absurdas, como las que procuran la erradicación completa del delito mediante la resocialización (u otras

medidas) y a partir de estos argumentos formulan críticas sobre la ineficacia de la prevención especial positiva; deben ser simplemente rechazadas por cuanto el fin antes indicado resulta totalmente irrealizable. El delito resulta ser un elemento consustancial a la sociedad; la conducta desviada ha acompañado a la sociedad a lo largo de su historia y los conocimientos empíricos provenientes de la Criminología, parecen indicar que esto seguirá hasta un futuro no definido, atendiendo a las causas tan complejas del delito y el propio procedimiento de criminalización (Scimé, 1999; Elbert, 1998; García-Pablos de Molina, 2014; Zaffaroni, 2011). De igual manera, aquellas prestaciones estatales que no tienen sustento empírico, no son medidas idóneas para optimizar el mandato de resocialización. En este punto, cabe resaltar que, no todos los condenados requerirán de medidas símiles para alcanzar los objetivos de la prevención especial positiva; incluso, como sugiere Jakobs (1997), existen condenados por delitos graves que no necesitan adaptación social o solo escasamente; piénsese, a manera de ejemplo, los asesinos del nacional socialismo que actuaron condicionados por la coyuntura pero con posterioridad han llevado una vida pacífica; autores en situaciones conflictivas cuya repetición es improbable; y, condenados por delitos cuya tipificación ha obedecido a una coyuntura política. Ergo, también sería inidóneas, las prestaciones estatales que sean inapropiadas para alcanzar la resocialización del condenado, en cada caso concreto y aquellas que no tienen un fundamento o sustento empírico razonable. Finalmente, no superan el test de idoneidad, las medidas que no pueden ser realizables por razones vinculadas al presupuesto del Estado; al respecto, Alexy (2007) afirma que los fondos públicos se encuentran disponibles de forma limitada. Existe una posibilidad plausible de evitarse muchos delitos y, de esta forma, interferencias en la libertad de los

condenados, si por ejemplo, cada condenado - delinciente potencial, recibiera un respaldo financiero por parte del Estado o se haga beneficiario de un programa conformado por un gran número de profesionales que realicen un seguimiento pormenorizado de la vida en libertad del condenado; no obstante, esto sugeriría un gasto público que el Estado no se encuentra en posibilidades de costear, situación que se hace más dificultosa en las sociedades de los países en vía de desarrollo como el nuestro. Por tanto, el presupuesto estatal también constituye un límite fáctico para la realización del mandato de resocialización. Cabe señalar que, Alexy (2007) considera que este aspecto debe tomarse en cuenta en el momento de la ponderación, pues los derechos prestacionales ocasionalmente entran en conflicto con el principio de capacidad financiera del Estado; no obstante, en este trabajo de investigación, no se comparte este criterio debido a que tal circunstancia, en economías no desarrolladas como la nuestra, más bien, se presentan limitaciones insalvables, además que, agregar este principio en el momento de la ponderación, hace mas dificultosa la operación, lo que ha sido objeto de múltiples críticas a la teoría alexyana (Portocarrero Quispe, 2016).

Estando a la exposición de tales premisas, terminaré este acápite, argumentado que, no será consideradas como idóneas para alcanzar la realización u optimización del mandato de resocialización: 1) Las prestaciones o medidas que tengan objetivos irrealizables, como la erradicación del delito, total o en gran medida, mediante la prevención especial positiva. En tal entendido el mandato de resocialización debe asumir un papel más modesto, pues la conducta desviada o delictiva no ha sido ni será objeto de supresión; en tal sentido, la resocialización debe ser entendido más bien como una oferta estatal al condenado y para aseverar su eficacia se requerirá

grados más o menos razonables de concretización. Incluso el ofrecimiento de las prestaciones estatales ya indica un cierto grado de eficacia (realización mínima), mientras que la prevención de los delitos, vendría a ser el grado de realización en mayor medida. **2)** Las prestaciones o medidas que carecen de un sustento empírico o tengan una fundamentación exigua. En ese sentido, la prestación o medida debe tener un mínimo de sustento teórico-científico. Disímiles delitos, se derivan de diferentes causas; por tanto, si lo que se pretende es que el individuo no vuelva a delinquir, la prestación o medida estatal, debe estar acorde con la particularidad de cada caso concreto; en resumen, una medida será eficaz en la medida en que sus resultados sean predecibles y esto se puede obtener, únicamente, si se conoce las circunstancias en que produce la conducta criminal. **3)** Finalmente, las pretensiones o medidas si bien realizables no pueden ser concretizadas por la limitada capacidad presupuestaria del Estado.

En resumen, las críticas a la prevención especial positiva, referidas a su falta de eficacia, no tienen en consideración que la resocialización se realiza en diversos grados o medidas, desde el mismo ofrecimiento de la prestación estatal hasta la prevención del delito mediante la readaptación social. Así tampoco tienen en cuenta que, las medidas o prestaciones estatales no han sido eficaces, principalmente, por cuanto la legislación penal no ha tenido ni tiene en cuenta, de manera seria, los conocimientos científicos sobre la criminalidad; ergo, tales críticas deben dirigirse o redirigirse contra la política criminal estatal y no a la disposición constitucional. Finalmente, no tienen en cuenta que, el mandato de resocialización no es realizada en mayor medida por la limitada capacidad financiera del Estado; por tanto, se espera que el progreso económico esperado haga que los programas estatales sean

más factibles. En consecuencia, ninguna de estas críticas es suficiente para alegar que argumentar, de manera seria, el fracaso de la idea de resocialización.

c) Posibilidades jurídicas para optimizar el mandato de resocialización:

Antes de evaluar las posibilidades jurídicas para la optimización del mandato de resocialización debemos analizar su contenido. Como se ha indicado en las líneas precedentes, el presenta trabajo de investigación, se ha adherido a la concepción semántica de las normas jurídicas. El punto de partida de este modelo, constituye la distinción entre norma y enunciado normativo. La relación de enunciado normativo y norma se corresponde con la correspondencia entre enunciado proposicional y proposición, con la diferencia de que, con respecto a estos últimos, tiene sentido decir que son verdaderos o falsos, mientras que, de las normas o de los enunciados normativos se expresa algo que es ordenado, prohibido, etc. (enunciados deónticos). En resumen, puede decirse que con los enunciados proposicionales se expresa que algo “es el caso”, mientras que, con los enunciados normativos que algo “debe ser el caso”. Entonces, el numeral 22) del artículo 139° de la Constitución Política del Perú de 1993, debería contener un enunciado normativo y una norma propiamente dicha. Se propone la siguiente reconstrucción:

ENUNCIADO NORMATIVO	NORMA JURÍDICA
<p><i>“Son principios y derechos de la función jurisdiccional: (...) 22. El principio de que el régimen penitenciario tiene por objeto la reeducación, rehabilitación y reincorporación del penado en la sociedad”</i></p>	<p><i>“El régimen penitenciario y la pena, en general, deben tener por objeto la reeducación, rehabilitación y reincorporación del penado en la sociedad”.</i></p>

Como se puede advertir, el enunciado normativo que ha sido previsto en la Constitución puede ser convertido en una norma, al agregarse un enunciado deóntico, que en este caso ha sido representado por el término “*debe*”, lo que lo convierte en una norma que contiene un mandato. Además, hemos ampliado al campo semántico de la disposición, atribuyendo el fin de resocialización a todas las penas y no meramente al régimen penitenciario propio de las penas privativas de libertad. No obstante, esto no se ha realizado de manera arbitraria, por el contrario, obedece a dos razones: **i. Razones de tipo autoritativo.** El Tribunal Constitucional, en diversas sentencias, ha interpretado esta disposición en el sentido de que, el constituyente se ha decantado por la teoría de la prevención especial positiva de la pena. El argumento es el siguiente: “Al margen de la ardua polémica sobre el tema de los fines de la pena, es claro que nuestro ordenamiento ha constitucionalizado la denominada teoría de la función de prevención especial positiva, al consagrar el principio según el cual, el régimen penitenciario tiene por objeto la reeducación, rehabilitación y reincorporación del penado a la sociedad, en armonía con el artículo 10.3 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, que señala que el régimen penitenciario consistirá en un tratamiento cuya finalidad esencial será la reforma y la readaptación social de los penados” (Cfr. Exp. N° 0019-2005-AI/TC).

ii. Razones de tipo justificativo -teórico. La pena privativa de la libertad es la pena contemporánea por antonomasia, esto teniendo en cuenta, en primero orden, su gravedad (afecta la libertad ambulatoria pero también otros derechos, como la salud, la integridad física y psicológica, la libertad de expresión, la intimidad, etc.); y, en segundo lugar, su importancia (el legislador ha establecido esta pena para casi

todos los delitos tipificados en el Código Penal). Ergo, la justificación de la pena privativa de libertad implica la justificación de la pena misma.

Entonces, existe un mandato de resocialización que sirve como finalidad de todo nuestro régimen punitivo, pero todavía no hemos resuelto el problema de la semántica de esta norma; solo así estaremos en la capacidad de establecer si la prevención especial positiva puede o está en conflicto con otros valores o derechos constitucionales. Ahora bien, cuando hacemos referencia a la semántica del principio de resocialización nos estamos refiriendo al significado del mandato. Esto responde a las interrogantes: *¿qué significa reeducar, rehabilitar y reincorporar?*, o dicho de forma más simple: *¿qué significa resocializar?*. Una respuesta muy acertada, parece ser la ofrecida por Muñoz Conde (1985), cuando señala que: “de un modo u otro, todas estas expresiones coinciden en asignar a la ejecución de las penas y medidas penales privativas de libertad una misma función primordial: una función reeducadora y correctora del delincuente” (p. 93). El referido autor también señala que, la resocialización, supone un proceso de interacción y comunicación entre el individuo y la sociedad que no puede ser determinado unilateralmente, ni por el individuo ni por la sociedad. En ese sentido, el individuo no puede determinar unilateralmente un proceso de interacción social, porque por la propia naturaleza de sus condicionamientos sociales está obligado al intercambio y a la comunicación con sus semejantes, es decir a la convivencia. Pero tampoco las normas sociales pueden determinar unilateralmente el proceso interactivo sin contar con la voluntad del individuo afectado por ese proceso, porque las normas sociales no son algo inmutable y permanente sino el resultado de una correlación de fuerzas sometidas a influencias mutables.

Desde estas premisas, diremos que el mandato de resocialización, comprende todas las prestaciones u programas estatales que tienen como objetivo conservar, las relaciones de interdependencia que existe entre el individuo y la sociedad. El individuo no puede ignorar la convivencia social, por este motivo, el contacto con sus semejantes es inevitable; no obstante, la sociedad tampoco puede socavar la autonomía del individuo. Entonces, el mandato de resocialización debe procurar que el condenado adecue su comportamiento a las exigencias provenientes de las normas jurídico-penales (respeto externo), pero no puede obligar la interiorización de los valores subyacentes a estas (fidelidad). Esta última idea permite rechazar lo que la doctrina ha venido a denominar los “programas máximos” “que pretenden una fuerte incidencia en la personalidad del sujeto, en su escala de valores y en su actitud ética” (Mir Puig, 2006, p. 69) propia de “posiciones conservadoras y antiliberales, que entienden que toda intervención resocializadora, para ser realmente eficaz, debe buscar la aceptación del sistema vigente y sus valores” (De la Cuesta Arzamendi, 2017, p. 300). En sentido contrario, la resocialización, en el presente trabajo, tiene mayor afinidad a los “programas mínimos” “que se limitan a perseguir que el sujeto sea capaz de respetar externamente las leyes” (Mir Puig, 2006. P. 69); que proponen “que la intervención resocializadora debe perseguir un fin más modesto y más acomodado a las funciones atribuidas al Derecho Penal: la adecuación del comportamiento externo de los delincuentes a lo jurídicamente posible, al marco de la legalidad” (De la Cuesta Arzamendi, 1993, pp. 12-13). En resumen, resocializar significará la utilización de cualquier medio, en tanto haga posible que el condenado pueda mostrar un respecto externo a la legalidad sin que ello implique la interiorización de los valores subyacentes a las normas. Vale

señalar que, la construcción de este significado del mandato de resocialización, se ha realizado prescindiéndose de las exigencias provenientes de otros principios constitucionales -esto se evaluará en el momento de la ponderación-, más bien, se ha tenido en cuenta la definición propiamente teórica del derecho que se remonta a autores clásicos como Hobbes y Kant que distinguen entre el deber moral y el deber legal. En palabras de Habermas (2010), estos dos aspectos se pueden diferenciar pues el primero esta referido a la conciencia individual o fuero interno, mientras que al segundo incumbe la coerción externa.

Ahora bien, como todo principio, la prevención especial positiva servirá como una razón que procurará que las medidas estatales que estén relacionadas con la imposición de una pena, procuren que el condenado sea resocializado. No obstante, no serán las únicas razones, pues la deliberación legislativa y jurisdiccional, admite la concurrencia de otras razones de peso que pueden sugerir que la decisión tome un sentido contrario, ergo, que no satisfaga la resocialización del condenado. La siguiente lista, no es exhaustiva, pero servirá para demostrar que el principio de resocialización puede entrar en conflicto con otros principios constitucionales.

Primero, con el principio de **dignidad humana** que se encuentra recogida, de manera explícita, en el artículo 1 de la Constitución Política del Perú. Al respecto, siguiendo a la definición de Alexy (2014b), se puede argumentar que, la dignidad humana conecta elementos descriptivos (cualquiera que satisfaga las condiciones de inteligencia, sentimiento y conciencia) y normativos que constituyen: **a)** el derecho a ser tomado en serio como persona en cuanto persona y **b)** la posesión de derechos humanos. Por tanto, en el momento de la ponderación, el principio de dignidad humana, exigirá que: **a)** las medidas estatales traten al condenado como

una persona y no como un objeto perteneciente al reino de los objetos (prohibición de cosificación), ni siquiera en aras de la prevención del delito; ergo, la medida destinada a la resocialización, por ejemplo, requerirá del consentimiento del condenado y el deber de información de parte del Estado; y, **b)** las penas conserven, en la medida de lo posible, los derechos y libertades de los condenados que no sean afectados por la pena (por ejemplo, la pena privativa de libertad no supone la afectación a la salud, la integridad personal del condenado o la libertad de expresión); por tanto, las medidas destinadas a la reinserción del delincuente, no pueden significar una restricción de derechos no involucrados por el castigo.

Segundo, con el principio de **libre desarrollo de la personalidad** que está previsto en el artículo 2.1 de la Constitución Política del Perú. Según el Tribunal Constitucional del Perú, este derecho garantiza una libertad general de actuación del ser humano en relación con cada esfera de desarrollo de la personalidad. Estas esferas serían como una especie de parcelas de libertad natural en determinados ámbitos de la vida, que se encuentran vinculados al concepto de persona como ser espiritual, dotada de autonomía y dignidad, y en su condición de miembro de una comunidad de seres libres (Cfr. Exp. N° 00032-2010-PI/TC). Como se puede advertir, esta definición, guarda estrecha relación con la dignidad humana, incluso podemos decir que, se remite a ella; ergo, consideramos que las consideraciones vertidas en el párrafo anterior son suficientes para demostrar las razones que apoyarían también a este principio en una eventual ponderación con la resocialización.

Tercero, con el principio de **proporcionalidad de las penas** que, si bien no tiene un reconocimiento constitucional expreso, según el Tribunal Constitucional

del Perú, estamos frente a un principio implícito, de rango constitucional, derivado del principio de legalidad penal reconocido en el artículo 2.24 de la citada norma fundamental. Según el Tribunal, este principio exige que el juez penal, determine la pena a la luz de la personalidad y de la dimensión del daño causado por la conducta delictiva de tal forma que, ninguna de las finalidades preventivas de la pena puede justificar que se exceda con la medida de la culpabilidad del agente (Cfr. Exp. 01010-2012-PHC-TC). Cabe indicar que, el citado principio también se encuentra vinculado con el de **culpabilidad** que exige, “por un lado, que la pena requiera indispensablemente la existe de la culpabilidad (...) y, por otro, que la pena no deba resultar desproporcionada en relación a la culpabilidad (culpabilidad como límite de la punibilidad)” (Jescheck, 1995, p. 26). Este principio, guarda coherencia con los postulados de las teorías absolutas que exigen que la pena sea una respuesta justa al hecho delictivo. Entonces, en la ponderación, este principio exigirá que: **a)** en la criminalización primaria, las penas respondan a la gravedad del hecho; ergo, en principio, las penas indeterminadas, perpetuas, de corta duración y de muerte, pueden resultar proporcionales, pero evidentemente afectarían la realización del principio de resocialización; **b)** los beneficios penitenciarios y la sustitución de las penas mas graves sean más difíciles de conceder, aspecto que también impediría la resocialización; **c)** al momento de la graduación de la pena, solo se tenga en cuenta la gravedad del hecho; no obstante, la resocialización, exige que también se tengan en cuenta aspectos como la edad del agente, condición económica, habitualidad y reincidencia, etc.

En cuarto lugar, con el principio de **forma democrática de gobierno** que se encuentra reconocido en el artículo 43 de la Constitución Política del Perú que

supone que, el poder político se ejerce en representación de todos los ciudadanos; pues, el gobierno de la mayoría presupone la existencia de una minoría y su respeto (Kelsen, 1934). Ergo, el citado principio, exigirá que las medidas destinadas a la resocialización sean además adecuadas para promocionar la participación política de los condenados, principalmente en la política criminal. Esto haría posible la revisión de las normas jurídico-penales en un proceso deliberativo, sobre todo en delitos cuya tipificación ha obedecido al “carácter tendencialmente populista y punitivo” (Cigüela Sola, 2020, p. 211) de nuestra actual política criminal, pues la democracia supone que la decisión política sea el resultado de un diálogo Estado-ciudadano, mas no, producto de una imposición unilateral.

Finalmente, la resocialización puede entrar en conflicto con el principio de **seguridad** que se encuentra reconocida en el artículo 44 de la Constitución Política del Perú. Como se puede apreciar de su contenido, este principio-directriz, obliga al Estado, garantizar la seguridad de los ciudadanos; vale decir, que sus derechos no sean objeto de amenazas. El Tribunal Constitucional, en diversas sentencias (Cfr. Exp. N° 0019-2005-AI/TC), ha indicado que este es el principio constitucional que fundamenta los fines preventivos de la pena, aunque no ha sabido fundamentar las razones. En el presente trabajo de investigación, se comparte la postura del Tribunal Constitucional, pero esta idea es sustentada a partir de la categoría de “libertad social” que, como sugiere Cigüela Sola (2020), se encuentra referida a las condiciones socio-institucionales de reconocimiento recíproco entre las personas, la libertad institucionalizada, las expectativas normativas condensadas en la ley penal o, dicho en otros términos, las condiciones institucionales que posibilitan la existencia del derecho mismo. Por tanto, el delito no solo afecta la personalidad de

la víctima, sino también y, sobre todo, es un atentado contra el derecho en cuanto derecho. Este principio, por tanto, ordena que el delito en cuanto lesión al orden institucionalizado, requiere ser objeto de prevención en la mayor medida posible que hasta cierto modo sería compatible con la resocialización. No obstante, tal idea, también da lugar a la legitimación de las demás teorías relativas de la pena debido a que estas, como ya fue analizada líneas arriba, postulan que el castigo penal debe prevenir el delito, mediante el uso de diversos mecanismos. En tal orden de ideas, la **prevención general negativa** exigirá que la seguridad de los ciudadanos, sea garantizada mediante la intimidación, por ejemplo, penas más altas, propuesta que como hemos indicado más arriba haría más difícil la resocialización. Por su parte, la **prevención especial positiva**, exigirá que la seguridad se garantice mediante el aprendizaje, confianza y/o pacificación de la generalidad, motivo por el cual, en determinados contextos también exigirán la imposición de penas que dificulten la resocialización. Finalmente, la **prevención especial negativa**, exigirá que sea el aseguramiento de los peligros el medio para garantizar la seguridad, por tanto, en contraposición a la resocialización procurará que determinados sujetos catalogados como peligrosos (o no resocializables) sean inocuizados, inutilizados, arrinconados, marcados incluso expulsados de la sociedad. Para concluir, es preciso indicar que, cada uno de estos conflictos puede ser materia de resolución mediante el método de la ponderación, motivo por el cual, el eterno conflicto entre las teorías de la pena puede finalmente resuelto, de manera racional.

CONCLUSIONES

1. La teoría de los principios que se ha desarrollado principalmente en la filosofía o teoría del derecho, resulta ser útil para la reconstrucción y mejor comprensión del principio de resocialización recogida en el artículo 139.22 de la Constitución, norma que vendría a ser el resultado de la positivización de la teoría de la prevención especial positiva como finalidad constitucional de la pena. Desde esta perspectiva, la resocialización sería una norma-principio que ordena que el condenado sea reeducado, resocializado y reinsertado en la sociedad de manera que no vuelva a cometer delitos; no obstante, esta finalidad no constituye un mandato definitivo, sino que como mandato de optimización debe realizarse según las posibilidades fácticas y jurídicas del caso concreto. De esta forma, se puede responder y hacer frente a las principales críticas que se han formulado contra la resocialización: ineficacia e ilegitimidad. El principio de proporcionalidad permite optimizar el mandato de resocialización en diferentes medidas; en tal sentido, los subprincipios de idoneidad y necesidad serían criterios para evaluar su eficacia dado que están relacionados con la realización de la prevención especial positiva según las posibilidades fácticas; mientras que, la ponderación, está relacionado con el problema de su legitimidad pues sirve como método para la resolución de eventuales conflictos con otros principios y valores constitucionales.
2. Los aspectos fácticos que posibilitan la optimización del principio de resocialización son variados y complejos, empero, en el presente trabajo se ha resaltado que, no serán consideradas como medidas idóneas para alcanzar

la finalidad de la prevención especial positiva: i) las prestaciones estatales que tengan objetivos irrealizables, ii) las medidas de carecen de sustento empírico o tengan una fundamentación científica exigua; y, iii) aquellas medidas que si bien realizables fácticamente no pueden ser realizables por la limitada capacidad presupuestaria del Estado. Del mismo modo, la resocialización está supeditada al principio de necesidad que, no obstante, en el presente trabajo no ha tenido la misma relevancia que el subprincipio de idoneidad. Estas circunstancias se evaluarán en dos momentos, a decir, en la deliberación legislativa y en el momento de la emisión de una decisión jurisdiccional.

3. El mandato de resocialización también se encuentra limitada por otros principios y valores constitucionales, explícitos e implícitos, que actúan como factores que posibilitan su optimización desde el punto de vista jurídico. Entre estos, se han analizado: i) el principio de la dignidad que tiene reconocimiento constitucional, sirve como fundamento de otros tantos derechos y tiene exigencias que pueden condicionar la aplicación de la resocialización; ii) el derecho al libre desarrollo de la personalidad, que se encuentra íntimamente relacionada con la dignidad; iii) el principio de la proporcionalidad de las penas que, al estar relacionado con la teoría de la absoluta de la pena, puede ofrecer razones que podrían afectar la resocialización; iii) el principio de forma democrática de gobierno que exige el respecto de las minorías y el fomento del diálogo Estado- condenado, por tanto también condiciona las exigencias de resocialización; iv) y el principio de seguridad, vía por el cual se legitiman las demás teorías preventivas de

la pena (prevención general positiva y negativa y prevención especial negativa). No obstante, este conflicto puede ser solucionado mediante el método de la ponderación que resulta ser un procedimiento racional, situación que ofrece también una solución a la contienda de las teorías de la pena que se han tornado irresolubles por varios siglos en el ámbito del Derecho Penal.

RECOMENDACIONES

1. Los jueces y legisladores, como órganos competentes para la concretización del principio de resocialización deben evaluar, mediante los subprincipios de proporcionalidad, las medidas mas racionales para la optimización de la prevención especial positiva, rechazando aquellas medidas que no sean idóneas y necesarias, además de ponderar los principios constitucionales que ofrecen soluciones contrarias.
2. Los jueces deben expresar las razones o motivos por las cuales, dentro de sus pronunciamientos, no tienen en cuenta las exigencias normativas del principio de resocialización, atendiendo a que la referida norma-principio tiene reconocimiento constitucional, por tanto, es directamente aplicable en la resolución de casos prácticos.

REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS

- Aarnio A. (1989). Sobre la legitimidad del derecho: un punto de vista conceptual. *Ratio Iuris* (2), pp. 97-105.
- Adorno, T. & Horkheimer, M. (1998). *Dialéctica de la ilustración. Fragmentos filosóficos* (3a ed.). Madrid, España: Trota.
- Aguiló Regla, J. (2000). *Teoría general de las fuentes del Derecho* (1a ed.). Barcelona, España: Ariel Derecho.
- Alcácer Guirao, R. (2004). *Los fines del derecho penal. Una aproximación desde la filosofía política* (1a ed.). Bogotá, Colombia: Universidad Externado de Colombia.
- Alchourron, C.E. & Bulygin, E. (2012). *Sistemas normativos. Introducción a la metodología de las ciencias jurídicas* (2a ed.). Buenos Aires, Argentina: Astrea.
- Alcócer Povis, E. (2018). *Introducción al Derecho Penal Parte General* (1a ed.). Lima, Perú: Jurista Editores.
- Alcócer Povis, E. (2018). *La Reincidencia como agravante de la pena. Consideraciones dogmáticas y de política criminal* (1a ed.). Lima, Perú: Jurista.
- Alexy, R. (2002). *Teoría de los derechos fundamentales* (2a. ed.). Madrid, España: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales.

- Alexy, R. (2003). *Tres escritos sobre los derechos fundamentales y la teoría de los principios* (1a ed.). Bogotá, Colombia: Universidad Externado de Colombia.
- Alexy, R. (2004). *El concepto y la validez del derecho* (2a ed.). Barcelona, España: Gedisa.
- Alexy, R. (2006). Ponderación, control de constitucionalidad y representación. En Andrés Ibáñez, P. & Alexy, R. *Jueces y ponderación argumentativa* (pp. 1-18). México: Universidad Autónoma de México.
- Alexy, R. (2007). Sobre los derechos constitucionales a la protección. En García Manrique, R. (Editor). *Derechos sociales y Ponderación* (pp. 45-84). Madrid, España: Fundación Coloquio Jurídico Europeo.
- Alexy, R. (2009). Derechos fundamentales, ponderación y racionalidad. *Revista Iberoamericana de Derecho Constitucional*, (11), pp. 3-14.
- Alexy, R. (2011). La fórmula del peso. En, Carbonell, M. (Coord.). *Argumentación Jurídica. El juicio de ponderación y el principio de proporcionalidad* (pp. 1-26). México: Porrúa.
- Alexy, R. (2014). De la ponderación y la subsunción. Una comparación estructural. En, Montealegre Lynett, E., Bautista Pizarro, N. & Vergara Peña, L.F. (Compiladores). *La ponderación en el derecho. Evolución de una teoría, aspectos críticos y ámbitos de aplicación en el derecho alemán* (pp. 39-62). Bogotá, Colombia: Universidad Externado de Colombia.
- Alexy, R. (2014b). La dignidad humana y el juicio de proporcionalidad. *Parlamento y Constitución*, (16), pp. 9-27.

- Almeido Ruivo, M. (2018). El fundamento y las finalidades de la pena criminal. La imprecisión de las doctrinas absolutas y relativas. *Gaceta Penal & Procesal Penal* (113), pp. 289-309.
- Anitua, G. I. (2015). Justificación del castigo. En, Fabra Zamora, J. L. & Spector E. *Enciclopedia de filosofía y teoría del derecho. Volumen Tres* (pp. 2109-2141). México: Instituto de Investigaciones Jurídicas.
- Atienza, M. & Ruiz Manero, J. (1996). *Las piezas del Derecho. Teoría de los enunciados jurídicos* (1a ed.). Barcelona, España: Ariel S.A.
- Ávila, H. (2011). *Teoría de los principios* (9a ed.). Madrid, España: Marcial Pons.
- Bacigalupo, E. (1999). *Derecho Penal. Parte General* (2a ed.). Buenos Aires, Argentina: Hammurabi.
- Behar Rivero, D. S. (2008). *Metodología de la investigación* (1a ed.). Lima, Perú: Editorial Shalom.
- Bernal Pulido, C. (2003). Estructura y límites de la ponderación. *Doxa, Cuadernos de Filosofía del Derecho*, (26), pp. 5-33.
- Bernal Pulido, C. (2010). La ponderación en el derecho constitucional de los Estados Unidos y de Hispanoamérica. Una introducción a “El derecho constitucional en la era de la ponderación de Alexander Aleinikoff”. En, Aleinikoff, A. *El derecho constitucional en la era de la ponderación* (pp. 1-18). Lima, Perú: Palestra.

- Bernal Pulido, C. (2013). *El Derecho de los Derechos. Escritos sobre la aplicación de derechos fundamentales* (1a ed.). Bogotá, Colombia: Universidad Externado de Colombia.
- Bernal Pulido, C. (2014). *El principio de proporcionalidad y los derechos fundamentales. El principio de proporcionalidad como criterio para determinar el contenido de los derechos fundamentales vinculante para el legislador* (4a ed.). Bogotá, Colombia: Universidad Externado de Colombia.
- Blackwell, A. & Duarte, P. (s.f.). Violencia, crimen y exclusión social. En, Organización de los Estado Americanos. *Desigualdad e inclusión social en la Américas* (pp. 119-144).
- Bobbio, N. (2002). *Teoría General del Derecho* (2a ed.). Bogotá, Colombia: Editorial Temis S.A.
- Bunge, M. (1997). *La causalidad. El principio de causalidad en la ciencia moderna* (1a ed.). Buenos Aires, Argentina: Editorial Sudamericana.
- Bunge, M. (2005). *Diccionario de Filosofía* (3a ed.). Buenos Aires, Argentina: Siglo XXI Editores.
- Calderón, M. R. (1999/2000). Los valores en la Constitución Argentina. *Revista Telemática de Filosofía del Derecho* (3), pp. 41-56.
- Calsamiglia A. (1995). Ensayo sobre Dworkin. En Dworkin, R. *Los derechos en serio* (pp. 7-27). Barcelona, España: Ariel Derecho

- Cancio Meliá, M. & Feijoo Sánchez, B. (2006). “¿Prevenir riesgos o confirmar las normas? La teoría funcional de la pena de Günther Jakobs. Estudio Preliminar”. En Jakobs, G. *La pena estatal: significado y finalidad* (pp. 15-81). Madrid, España: Civitas.
- Caro John, J. A. & Huamán Castellares, D. O. (2016). *El Sistema Penal en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional* (1a ed.). Lima, Perú: Ediciones El Centro.
- Cigüela Sola, J. (2020). Reconocimiento, delito y pena: de Hegel a Honneth. *Política criminal*, 15 (29), pp. 202-229.
- Cordini, N.S. (2014). La finalidad de la pena es, según Kant, ¿puramente retributiva? *Revista de Derecho de la Pontificia Universidad Católica de Valparaíso*, (43), pp. 674-675.
- Courtis, C. (2006). El juego de los juristas. Ensayo de caracterización de la investigación dogmática. En Courtis, C. (Editor). *Observar la ley. Ensayo sobre metodología de la investigación jurídica* (pp. 83-103). Bogotá, Colombi: Universidad Católica de Colombia.
- De la Cuesta Arzamendi, J. L. (1993). La resocialización: objeto de la intervención penitenciaria. *Papers de estudis i formació* (12), pp. 12-13.
- De la Cuesta Arzamendi, J.L. (2017). Vigencia y actualidad del principio de resocialización. En, Silva Sánchez, J.M.; Queralt Jiménez, J.J; Corcoy Bidasolo, M. & Castiñeira Palou, M.T. (Coord.). *Estudios de Derechos Penal*.

- Homenaje al profesor SANTIAGO MIR PUIG* (pp. 299-308)). Buenos Aires, Argentina: B de F.
- De Zan (2004). *La ética, los derechos y la justicia* (1a ed.). Montevideo, Uruguay: Konrad -Adenauer- Stiftung.
- Duran Migliardi, M. (2015). Constitución Penal y Teoría de la pena: apuntes sobre una relación necesaria y propuesta para un posible contenido desde la prevención especial. *Dikaion* (24), pp. 282-306.
- Durkheim, E. (1971). *Escritos selectos. Introducción y selección de Anthony Giddens* (1a ed.). Buenos Aires, Argentina: Nueva Visión.
- Dworkin, R. (1977). *¿Es el derecho un sistema de reglas?* (1a ed.). México: Instituto de Investigaciones Filosóficas – UNAM.
- Dworkin, R. (1989). *Los derechos en serio* (2a ed.). Barcelona, España: Ariel Derecho.
- Elbert, C.A. (1998). *Manual básico de criminología* (1a ed.). Buenos Aires, Argentina: Eudeba.
- Estrada Vélez, S. (2011). La noción de principios y valores en la jurisprudencia de la Corte Constitucional. *Revista de la Facultad de Derecho y Ciencias Políticas*, 41 (114), pp. 41-76.
- Feijoo Sánchez, B. (2006). Prevención general positiva. Una reflexión a la teoría de la pena de Günther Jakobs. *Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales*, LIX, pp. 111-134.

- Ferrajoli, L. (1995). *Derecho y Razón. Teoría del Garantismo Penal* (1a ed.). Madrid, España: Trotta.
- Ferrajoli, L. (1995). El derecho penal mínimo. En, Bustos Ramírez, J. (Director). *Prevención y Teoría de la pena* (pp. 25-48). Santiago, Chile: Editorial Jurídica ConoSur Ltda.
- Ferrajoli, L. (2013a). *Garantismo, una discusión sobre derecho y democracia* (1a ed.). Madrid, España: Trotta.
- Ferrajoli, L. (2013b). *Principia iuris. Teoría del derecho y de la democracia. 1. Teoría del derecho* (1a ed.). Madrid, España: Trotta.
- Ferrajoli, L. (2014). *La democracia a través de los derechos. El constitucionalismo garantista como modelo teórico y como proyecto teórico* (1a ed.). Madrid, España: Trotta.
- Feuerbach, P. (2015). *La ley penal y su aplicación* (14a ed.). Lima, Perú: Instituto Pacífico.
- Freixes Sanjuán, T. & Remotti Carbonell, J.C. (1992). Los valores y principios en la interpretación constitucional. *Revista Española de Derecho Constitucional*, 12 (35), pp. 97-109.
- García Cavero, P. (2012). *Derecho Penal Parte General* (2a ed.). Lima, Perú: Jurista Editores.
- García-Pablado de Molina, A. (2014). *Tratado de Criminología* (1a ed.). Valencia, España: Tirant Lo Blanch.

- Guastini, R. (2014). *Interpretar y argumentar* (1a ed.). Madrid, España: Centro de Estudios Constitucionales.
- Habermas, J. (1992). *Teoría de la acción comunicativa, I. Racionalidad de la acción y racionalidad social* (1a ed.). Madrid, España: Taurus.
- Habermas, J. (1998). *Facticidad y Validez. Sobre el derecho y el Estado democrático de derecho en término de teoría del discurso* (4a ed.). Madrid, España: Trotta.
- Habermas, J. (2010). Concepto de dignidad humana y utopía realista de los derechos humanos. *Diánoia LV*, (64), pp. 3-25.
- Hart H.L.A. (1962). *Derecho, libertad y moralidad. Las conferencias Harry Camp en la Universidad de Stanford* (1a ed.). Madrid, España: Dykinson.
- Hart H.L.A. (2009). *El Concepto del Derecho* (3a ed.). Buenos Aires, Argentina: Abeledo-Perrot.
- Hartmann R. (1959). *La estructura del valor. Fundamentos de la axiología científica* (1a ed.). México: Fondo de Cultura Económica.
- Hegel, G. (1968) *Filosofía del Derecho* (5a ed.). Buenos Aires, Argentina: Claridad.
- Hernández Sapiere, R.; Fernández-Collado, C. & Baptista Lucio, P. (2006). *Metodología de la investigación* (4a ed.). México: The McGraw-Hill companies.

- Hernández-Sampiere R., & Mendoza Torres C.P. (2018). *Metodología de la investigación. Las rutas cuantitativa, cualitativa y mixta* (1a ed.). México: McGraw Education.
- Hormazábal, H. (1992). *Bien jurídico y estado social y democrático de derecho (el objeto protegido por la norma penal)* (2a ed.). Santiago, Chile: Editorial Jurídica Cono-Sur Ltda.
- Jakobs, G. (1997). *Derecho Penal. Parte General. Fundamentos y teoría de la imputación* (2a ed.). Madrid, España: Marcial Pons.
- Jakobs, G. (1998). *Sobre la teoría de la pena* (1a ed.). Bogotá, Colombia: Universidad Externado de Colombia.
- Jakobs, G. (2015). *El lado comunicativo y el lado silencioso del Derecho Penal* (1a ed.). Lima, Perú: Editores del Centro.
- Jescheck, H. (1995). El principio de culpabilidad como fundamento y límite de la punibilidad en el derecho alemán y español. *EGUZKILORE. Cuaderno del Instituto Vasco de Criminología San Sebastián*, (19), pp. 25-38.
- Jescheck, H. & Weigend, T. (2014). *Tratado de Derecho Penal Parte General. Volumen I* (5a ed.). Lima, Perú: Instituto Pacífico.
- Kant, I. (2005). *La Metafísica de las costumbres* (4a ed.). Madrid, España: Tecnos.
- Kelsen, H. (1934). *Esencia y valor de la democracia* (2a ed.). Barcelona, España: Editorial Labor S.A.

- Lafont, C. (1993). *La razón como lenguaje. Una revisión del giro lingüístico en la filosofía del lenguaje alemana* (1a ed.). Madrid, España: Visor Dis S.A.
- Lesch, H. (1999). *La función de la pena* (1a ed.). Madrid, España: Dykinson.
- Lifante Vidal, I. (2018). *Argumentación e interpretación jurídica. Escepticismo, intencionalismo y constructivismo* (1a ed.). Valencia, España: Tirant lo Blanch.
- Liszt, F. (1994). *La idea del fin en el derecho penal* (1a ed.). México: Instituto de Investigaciones Jurídicas UNAM.
- Lombroso, C. (1909). *Los criminales* (1a ed.). Barcelona, España: Centro Editorial Presa.
- MacCormick (2010). Argumentación e interpretación en el derecho. *DOXA, Cuadernos de Filosofía del Derecho* (33), pp. 67-78.
- Mañalich, J. (2015). *Retribucionismo consecuencialista como programa de ideología punitiva. Una defensa de la teoría de la retribución de Ernest Beling*. InDret, Revista para el análisis del derecho (2), pp. 1-32. Recuperado de: <https://indret.com/wp-content/themes/indret/pdf/1126.pdf>
- Maurach, R. (1994). *Derecho Penal Parte General* (7a Ed.). Buenos Aires, Argentina: Astrea.
- Meini Méndez, I. (2013). La pena: función y presupuestos. *Revista de la Facultad de Derecho PUCP* (71), pp. 141-167.

- Ministerio de Justicia y Derechos Humanos (s.f.). *Manual de beneficios penitenciarios y de lineamientos del modelo penal acusatorio* (1a ed.). Lima, Perú: Ministerio de Justicia y Derechos Humanos.
- Mir Puig, S. (2006). *Estado, pena y delito* (1a ed.). Buenos Aires, Argentina: B de F.
- Mir Puig, S. (2011). *Derecho Penal. Parte General* (9a ed.). Buenos Aires, Argentina: B de F.
- Miró Linares, F. (2017). La función de la pena ante “el paso empírico” del derecho penal. *Revista General del Derecho Penal* (27).
- Moreso, J.J. & Vilajosana, J.M. (2004). *Introducción a la teoría del derecho* (9a ed.). Madrid, España: Marcial Pons.
- Moulines, U. (1991). Hechos y valores: falacias y metafalacias. Un ejercicio integracionista. *Isegoría*, (3), pp. 26-42.
- Muñoz Conde, F. (2003). *Edmund Mezger y el Derecho Penal de su tiempo. Estudios sobre el Derecho Penal en el Nacionalsocialismo*. (4a ed.). Valencia, España: Tirant To Blach.
- Muñoz Conde, F. (1985). *Derecho Penal y Control Social* (1a ed.). Madrid, España: Fundación Universitaria de Jerez.
- Otto, H. (2017). *Manual de Derecho Penal. Teoría General del Derecho Penal* (7a Ed.). Barcelona, España: Atelier.
- Parsons, T. (1976). *El sistema social* (2a ed.). Madrid, España: Grefol S.A.

- Pérez Barberá, G. (2007). Infracción punible de deberes de tolerancia: el problema de la causalidad. Acerca del trabajo de Jesús-María Silva Sánchez: Derecho de necesidad y deberes de tolerancia. *Revista Discusiones*, (7), pp. 79-111.
- Pierre Matus, J. (2011). Presentación. En J. Pierre-Matus (Dir.), *Beccaria 250 años después* (pp. 1-12). Buenos Aires, Argentina: B de F.
- Platón (1985). *Diálogos I* (1ª ed.). Madrid, España: Gredos S.A.
- Polaino-Orts, M. (2006). *Derecho penal del enemigo. Desmitificación de un concepto* (1a ed.). Lima, Perú: Grijley.
- Portocarrero Quispe, J.A. (2009). Sobre la distinción entre reglas y principios. En, Castillo Córdova, L. et al. *Pautas para interpretar la Constitución y los derechos fundamentales* (pp. 103-120). Lima, Perú: Gaceta Jurídica.
- Portocarrero Quispe, J.A. (2016). *Ponderación y discrecionalidad. Un debate en torno al concepto y sentido de los principios formales en la interpretación constitucional* (1a ed.). Bogotá, Colombia: Universidad Externado de Colombia.
- Prieto Sanchis, L. (1985). Teoría del derecho y filosofía política en Ronald Dworkin. *Revista Española de Derecho Constitucional* (14), pp. 353-357.
- Rodríguez Puerto, M.J. (2017). Ronald Dworkin y la creación judicial del derecho. Una reflexión breve. En, Hernández, C.A. (Editor). *Dworkin sobre el derecho internacional* (pp.107-134). Bogotá, Colombia: Universidad Libre.

- Romero Martínez, J.M. (2019). *Argumentación jurídica y sus criterios de evaluación. Nuevas propuestas* (1a ed.). México: Universidad Autónoma de México.
- Roxin, C. (1976). *Problemas básicos del Derecho Penal* (1a ed.). Madrid, España: Reus S.A.
- Roxin, C. (1997). *Derecho Penal Parte General. Tomo I. Fundamentos. La estructura del delito* (2a ed.). Madrid, España: Civitas.
- Roxin, C. (2015). Prevención, desaprobación y responsabilidad: acerca de la más reciente discusión sobre los fines de la pena. *Revista de Derecho Penal y Criminología*, 5 (6), pp. 3-16.
- Roxin, C. (2016). *La teoría del Delito en la discusión actual. Tomo I* (1a ed.). Lima, Perú: Grijley.
- Sánchez Gil, R. (2015). Valores constitucionales. En, Carbonell M. et al. *Estado constitucional, derechos humanos justicia y vida universitaria. Estudios en homenaje a Jorge Carpizo. Estado Constitucional. Tomo IV. Volumen 2* (pp. 637-660), México: Universidad Nacional Autónoma de México.
- Schambeck, H. (1993). Valores y principios fundamentales en el derecho constitucional de la posguerra. *Persona y Derecho: Revista de fundamentación de las Instituciones Jurídicas y de Derechos Humanos* (28), pp. 258-279.
- Scimé, S. F. (1999). *Criminología. Causas y cosas del delito* (1a ed.). Buenos Aires, Argentina: Ediciones Jurídicas.

- Shapiro, S. J. (2002). El debate Hart-Dworkin: Una breve guía para perplejos. En Melero de la Torre, M. C. (Editor). *Dworkin y sus críticos. El debate sobre el imperio de la ley* (pp. 143-194). Valencia, España: Tirant lo Blach.
- Sieckmann, J. (2015). Norma Jurídica. En, Fabra Zamora, J.L., & Spector, E. *Enciclopedia de filosofía y teoría del derecho. Volumen Dos* (pp. 895-945). México: Instituto de Investigaciones Jurídicas.
- Sierra Bravo R. (2001). *Técnicas de investigación social. Teoría y ejercicios* (14a ed.). Madrid, España: Paraninfo, Thomson Learning.
- Silva Sánchez, J. M. (1992). *Aproximación al derecho penal contemporáneo* (1a ed.). Madrid, España: J. M. Bosch Editor, S.A.
- Sotelo, I. (2012). *El estado social. Antecedentes, origen, desarrollo y declive* (1a ed.). Madrid, España: Trotta.
- Stratenwerth, G. (2017). *Derecho penal. Parte general I. El hecho punible* (4ª ed.). Buenos Aires, Argentina: Hammurabi.
- Tungendhat, E. (1997). *Lecciones de ética* (1a ed.). Barcelona, España: Gedisa.
- Vara Horna, A. (2015). *7 pasos para elaborar una Tesis* (1ª ed.). Lima, Perú: Macro.
- Viciano Pastor, R. & Martínez Dalmau, R. (2018). Crisis del Estado Social en Europa y dificultades para la generación del constitucionalismo social en América Latina. En, Tornero Cruzatt, Y. & Gaspar Chirinos, A. (pp. 538-

- 602). *Lecciones de Filosofía del Derecho. Cartografía comparada de la crítica europea*. Lima, Perú: Idemsa.
- Vigo, R.L. (2017). *La interpretación (argumentación) jurídica en el Estado de Derecho Constitucional* (1a ed.). México: Tirant to blanch.
- Welzel, H. (1956). *Derecho Penal. Parte General* (1a ed.). Buenos Aires, Argentina: Roque Depalma Editor.
- Wessels, J., Beulke, W., & Satzger, H. (2018). *Derecho Penal. Parte General. El delito y su estructura* (1ª ed.). Lima, Perú: Instituto Pacífico.
- Witker Velásquez J. (2011). *La Investigación Jurídica. Bases para la tesis de grado en Derecho* (2a ed.). México: Universidad Autónoma de México.
- Witker, J. (1991). *Como elaborar una tesis en derecho* (1a ed.). Madrid, España: Civitas.
- Witker, J., & Larios (1997). *Metodología Jurídica* (1a ed.). México: Universidad Autónoma de México.
- Zaffaroni, E.R. (1993). *Hacia un realismo jurídico penal marginal* (1a ed.). Buenos Aires, Argentina: Monte Ávila Latinoamérica.
- Zaffaroni, E.R. (2011). *La palabra de los muertos. Conferencias de criminología cautelar* (1ª ed.). Buenos Aires, Argentina: Ediar.
- Zagrebelsky, G., & Marcenó, V. (2018). *Justicia constitucional. Vol. 1. Historia, principios e interpretaciones* (1a ed.). Puno, Perú: Zela.

Zenteno Trejo, B. Y., & Osorno Sánchez, A. (2015). *Elementos para el diseño de investigaciones jurídicas. Una perspectiva multidimensional* (1a ed.). México: Benemérita Universidad Autónoma de Puebla.



ANEXO DE MATRIZ DE CONSISTENCIA

TITULO: EL PRINCIPIO DEMOCRÁTICO Y LOS FINES DE LA PENA EN LA CONSITUCIÓN POLÍTICA DE 1993

PROBLEMAS	OBJETIVOS	HIPÓTESIS	VARIABLES
<p>GENERAL:</p> <p>¿Qué importancia tiene la teoría de los principios para la reconstrucción del principio de resocialización recogida en el artículo 139.22 de la Constitución peruana de 1993, que ha sido cuestionada como ilegítima e ineficaz?</p> <p>ESPECÍFICOS:</p> <p>¿Qué aspectos jurídicos se debe tener en cuenta para lograr que el principio de resocialización se realice en la mayor medida posible?</p> <p>¿Qué aspectos fácticos se debe tener en cuenta para lograr que el principio de resocialización se realice en la mayor medida posible?</p>	<p>GENERAL:</p> <p>Comprender la importancia de la teoría de los principios para la reconstrucción del principio de resocialización recogida en el artículo 139.22 de la Constitución peruana de 1993 que ha sido cuestionada como ilegítima e ineficaz.</p> <p>ESPECÍFICOS:</p> <p>Evaluar los aspectos jurídicos que deben tenerse en cuenta para lograr que el principio de resocialización se realice en la mayor medida posible.</p> <p>Evaluar los aspectos fácticos que deben tenerse en cuenta para lograr que el principio de resocialización se realice en la mayor medida posible.</p>	<p>La positivización de la teoría de la prevención especial positiva en el artículo 139.22 de la Constitución, posibilita concebirla como un norma-principio. Esto trae aparejada la idea de la resocialización como un valor constitucional explícito, susceptible de ponderación con otros valores también constitucionales (principios y derechos) en tres diferentes momentos: criminalización primaria, imposición de penas y ejecución de estas. A partir de esta premisa, podemos arribar a dos tesis fundamentales: i) el conflicto de la resocialización y otras teorías de la pena, puede concebirse como conflicto entre valores, esto es provechoso porque la teoría de los principios ofrece una solución al conflicto entre valores, lo que no ha ocurrido con la contienda entre teorías de la pena; y, ii) la resocialización puede ser rescatada de sus más importantes críticas, ilegitimidad e ineficacia; se afirmarí su legitimidad por cuanto su acusado conflicto con otros valores constitucionales puede ser objeto de resolución mediante el método de la ponderación; y, eficaz, pues como todo principio (directriz), ordena que el objetivo social (resocialización) se realice en la mayor medida posible, según las posibilidades fácticas y jurídicas de cada caso concreto.</p>	<p>Variable independiente:</p> <p>(X) Teorías de los principios.</p> <p>Variable dependiente:</p> <p>(Y) Teoría de la prevención especial positiva.</p>