

**UNIVERSIDAD PRIVADA DE TACNA
FACULTAD DE DERECHO Y CIENCIAS POLÍTICAS
ESCUELA PROFESIONAL DE DERECHO**



**“La severidad de la Política Criminal como expresión
del Derecho Penal del Enemigo, y el paradigma del
Estado Constitucional, en Tacna-2015”**

TESIS

Presentada por:

Bach. María José Febres Espinoza

Para optar el Título Profesional de:

ABOGADO

TACNA- PERÚ

2016

Dedicado a mis padres, abuelito, tía; y a
las personas que confían en mí.

ÍNDICE

CAPITULO I

Pág.

1.1.	PLANTEAMIENTO DEL PROBLEMA	1
1.2.	JUSTIFICACIÓN	3
1.3.	IMPORTANCIA	4
1.4.	ANTECEDENTES DE LA INVESTIGACIÓN	6
1.5.	PREGUNTAS	7
1.6.	OBJETIVOS GENERALES Y ESPECÍFICOS	8

CAPÍTULO II

DERECHO PENAL DEL ENEMIGO

2.1.	Fundamentos Filosóficos del Derecho Penal del Enemigo	9
2.1.1.	Teoría de los Sistemas	9
2.1.2.	Teoría Funcionalista de La Pena	17
2.2.	El Funcionalismo Penal	22
2.2.1.	Dentro del funcionalismo penal existen dos tipos de funcionalismo	22
a)	Funcionalismo teleológico	23
b)	Funcionalismo estratégico	24
	a.1.ESCUELAS PENODOGMÁTICAS	25
	a.1.1 Tesis Absoluta	25
a)	Retribucionismo	25
b)	Expecionismo	27
	b.1.2. Tesis Relativas	28
	a) Prevención general	28
	b) Prevención especial	29
2.2.2.	Teoría de la unión	33
2.2.3.	Fines de la Pena el Pleno Jurisdiccional N° 00033-2007-PI/TC	35
2.3.	ANTECEDENTES HISTÓRICOS FILOSÓFICOS DEL DERECHO PENAL DEL ENEMIGO	38

2.3.1.	Santo Tomas De Aquino	38
2.3.2.	Thomas Hobbes	38
2.3.3.	Jean-Jacques Rousseau	40
2.3.4.	Immanuel Kant	40
2.3.5.	Johann Gottlieb Fichte	41
2.4.	DEFINICIÓN DE DERECHO PENAL DEL ENEMIGO	41
2.4.1.	DESCOMPOSICIÓN DE CIUDADANO A ENEMIGO	43
2.5.	DIFERENCIA ENTRE DERECHO PENAL DEL ENEMIGO Y DERECHO PENAL DEL CIUDADANO	45
2.5.1.	DERECHO PENAL DEL CIUDADANO	45
2.5.2.	DERECHO PENAL DEL ENEMIGO	47
2.6.	PARTICULARIDADES TÍPICAS DEL DERECHO PENAL DEL ENEMIGO	48
2.7.	CRÍTICAS AL DERECHO PENAL DEL ENEMIGO	51
2.7.1.	Carácter histórico relativo de los contenidos Materiales de los ordenes ético-sociales como obstáculo al etiquetamiento y exclusión de individuos como “enemigos”	52
2.7.2.	El descubrimiento histórico de la dignidad humana como límite absoluto del poder y como condición de admisibilidad de un orden social como Derecho	54

CAPÍTULO III

NEOCONSTITUCIONALISMO

3.1.	CONSTITUCIONALISMO MODERNO	56
3.1.1	ORIGEN DEL CONSTITUCIONALISMO	57
3.1.2	ORIGEN DEL NEOCONSTITUCIONALISMO	59
3.1.3	DEFINICIÓN DEL NEOCONSTITUCIONALISMO	61
3.1.4	CLASES DE NEOCONSTITUCIONALISMO	62
3.2.	PRINCIPALES ASPECTOS DEL NEOCONSTITUCIONALISMO	66
3.3.	CARACTERÍSTICAS DEL NEOCONSTITUCIONALISMO SEGÚN PRIETO SANCHÍS	77
3.4.	CONSTITUCIONALIZACION DEL ORDENAMIENTO JURÍDICO	79
3.5.	PONDERACIÓN	85
3.5.1.	DEFINICIÓN	85
3.5.2.	CASO SOBRE PONDERACIÓN	86

3.6.	DERECHOS FUNDAMENTALES	88
	3.6.1. DEFINICIÓN	88
3.7.	TEORÍA DE LOS DERECHOS FUNDAMENTALES	90
	3.7.1. SURGIMIENTO DE LOS DERECHOS FUNDAMENTALES	90
	3.7.2. FUNDAMENTOS HISTÓRICOS	92
	3.7.3. MODELOS HISTÓRICOS DE FUNDAMENTACION DE LOS DERECHOS FUNDAMENTALES	94
3.8.	TEORÍA LIBERAL DE LOS DERECHOS FUNDAMENTALES	98
	3.8.1. TESIS BÁSICA DE LA TEORÍA LIBERAL DE LOS DERECHOS FUNDAMENTALES	98
	3.8.1.1. FUNDAMENTOS FILOSÓFICOS DE LA TEORÍA LIBERAL	99
	a) Locke	100
	b) Kant	101
3.9.	NEOCONSTITUCIONALISMO EN EL PERÚ	102
3.10.	CRÍTICA AL NEOCONSTITUCIONALISMO	104
3.11.	CONSECUENCIAS DEL NEOCONSTITUCIONALISMO	111
3.12.	ESTADO CONSTITUCIONAL	114
	3.12.1. DEFINICIÓN	115
	3.12.2. CARACTERÍSTICAS	116
	3.12.3. LA DIGNIDAD HUMANA	121
	3.12.3.1. DEFINICION	121
3.13.	FUNDAMENTOS JURÍDICOS DEL ESTADO CONSTITUCIONAL DE DERECHO	123
	a) Supremacía de la Constitución	123
	b) Jerarquía de las Normas Jurídicas	126
	c) Inviolabilidad de la Constitución	128
3.14.	CARACTERÍSTICAS DEL ESTADO CONSTITUCIONAL PERUANO	130
3.15.	LA UNIVERSALIDAD Y SUS ENEMIGOS	133
3.16.	EL ESTADO CONSTITUCIONAL COMO EXPRESION DE LAS TRANSFORMACIONES ACTUALES DE LOS ORDENAMIENTOS JURÍDICOS DEMOCRÁTICOS	134
3.17.	DERECHO PENAL DEL ENEMIGO DENTRO DE UN ESTADO CONSTITUCIONAL	137

CAPITULO IV

DELITOS CONTRA LA VIDA EL CUERPO Y LA SALUD Y DELITOS CONTRA EL PATRIMONIO

4.1.	DELITO CONTRA LA VIDA, EL CUERPO Y LA SALUD (HOMICIDIO)	139
	4.1.1 CONCEPTUALIZACIÓN SEGÚN EL CÓDIGO PENAL PERUANO	139
	4.1.1.1. TIPICIDAD OBJETIVA	139
	4.1.1.2. BIEN JURÍDICO PROTEGIDO	140
	4.1.1.3. AGRAVANTES DEL DELITO DE HOMICIDIO	141
	4.1.2. DELITO DE FEMINICIDIO	141
	4.1.3. DELITO DE SICARIATO	144
4.2.	ANTECEDENTES NORMATIVOS DEL DELITO DE HOMICIDIO EN LA LEGISLACIÓN PERUANA	145
4.3.	MODIFICACIONES SIGNIFICATIVAS EN LA PENA DEL DELITO DE HOMICIDIO	145
4.4.	DELITO CONTRA EL PATRIMONIO (ROBO)	152
	4.4.1 CONCEPTUALIZACIÓN SEGÚN EL CÓDIGO PENAL PERUANO	152
	4.4.2 TIPICIDAD OBJETIVA	152
	4.4.3 BIEN JURÍDICO PROTEGIDO	153
	4.4.4 CIRCUNSTANCIAS AGRAVANTES	154
4.5	ANTECEDENTES NORMATIVOS DEL DELITO DE ROBO EN LA LEGISLACIÓN PERUANA	156
4.6	MODIFICACIONES SIGNIFICATIVAS EN LA PENA DEL DELITO DE ROBO AGRAVADO	159

CAPÍTULO V

BENEFICIOS PENITENCIARIOS

5.1.	NATURALEZA JURÍDICA DE LOS BENEFICIOS PENITENCIARIOS	172
5.2.	EVOLUCIÓN HISTÓRICA	172
5.3.	DEFINICIÓN	175
5.4.	CLASES	176
	5.4.1. SEMI LIBERTAD	177
	5.4.1.1. DEFINICIÓN	177
	5.4.1.2. Principales Modificaciones al texto del artículo sobre el beneficio de	

	Semi Libertad en el Código de Ejecución Penal Peruano	177
5.4.2.	LIBERTAD CONDICIONAL	178
5.4.2.1.	DEFINICIÓN	178
5.5.	REDENCIÓN DE LA PENA POR TRABAJO	179
5.6.	REDENCIÓN DE LA PENA POR EDUCACIÓN	179
5.7.	TRATAMIENTO PENITENCIARIO CON CRITERIOS DISCRIMINATORIOS	186
5.8.	DELITOS QUE NO GOZAN DE BENEFICIOS PENITENCIARIOS	187
5.9.	SUPRESIÓN DE BENEFICIOS PENITENCIARIOS	189
5.10.	POLÍTICA RESOCIALIZADORA	195
5.10.1.	DEFINICIÓN	195
5.10.2.	LA CIENCIA PENITENCIARIA	196
5.10.3.	POLÍTICA RESOCIALIZADORA EN EL PERÚ	197

CAPITULO VI

POLÍTICA CRIMINAL

6.1.	CONCEPTO	201
6.2.	ESCUELAS DOGMÁTICAS DE LA POLÍTICA CRIMINAL	202
6.3.	MODERNO DERECHO PENAL	205
6.4.	MÉTODO POLÍTICO –CRIMINAL	210
6.5.	LA EXPANSIÓN DEL DERECHO PENAL	214
6.5.1.	EL DERECHO PENAL SIMBÓLICO	214
6.5.2.	LA SOCIEDAD DE RIESGOS	215
6.6.	LA PREVENCIÓN DEL DELITO EN UN ESTADO SOCIAL Y DEMOCRÁTICO DE DERECHO	216
	a) Modelos Teóricos de previsión del delito	216
	a.1. El modelo Clásico	216
	a.2. El modelo Neoclásico	217
	a.3. El modelo situacional como modelo prevencionista	218
	b) Bases de una moderna política criminal	218
6.7.	POLÍTICA CRIMINAL INTERNACIONAL	224
	A) Corte Penal Internacional	224
	1. Objetivos	225
	2. Competencia	225
	3. Crímenes de Competencia de la Corte	226
6.8.	DERECHO PENAL ABIERTO	234

CAPÍTULO VII

DERECHO COMPARADO

7.1. CASO COLOMBIA	236
7.1.1. ESTADO CONSTITUCIONAL COLOMBIANO	236
7.1.2. REVISIÓN DEL CÓDIGO PENAL COLOMBIANO	237
7.1.3. DELITO DE ROBO EN EL CÓDIGO PENAL COLOMBIANO	240
7.1.4. REVISIÓN DEL CÓDIGO PENITENCIARIO Y CARCELARIO DE COLOMBIA	241

CAPÍTULO VIII

HIPÓTESIS Y OPERACIONALIZACIÓN DE VARIABLES

8.1. HIPÓTESIS GENERAL	245
8.2. HIPOTESIS ESPECÍFICAS	245

CAPÍTULO IX

MARCO METODOLÓGICO

9.1. TIPO DE INVESTIGACIÓN	247
9.2. NIVEL DE INVESTIGACIÓN	247
9.3. DETERMINACIÓN METODOLÓGICA	248
9.4. POBLACIÓN – MUESTRA	248
b.2. CRITERIOS DE EXCLUSIÓN E INCLUSIÓN DE LA MUESTRA	249
b.2.1. CRITERIO DE INCLUSIÓN	249
d.2.2. CRITERIO DE EXCLUSIÓN	249
9.5. TÉCNICAS E INSTRUMENTOS DE INVESTIGACIÓN, PROCESAMIENTO DE DATOS Y ANÁLISIS DE DATOS	249
9.5.1. TÉCNICAS	249
9.5.2. INSTRUMENTOS	250
9.6. PROCESAMIENTO Y ANÁLISIS DE DATOS	250

CAPÍTULO X

SUBCAPÍTULO I

PRESENTACION, ANÁLISIS E INTERPRETACION DE LOS RESULTADOS

10.1. DESCRIPCION DEL TRABAJO DE CAMPO	252
10.1.1. FASES DEL PLANTEAMIENTO DE LA INVESTIGACIÓN	252
10.1.1.2. MÉTODO PARA EL RECUENTO	252
10.1.1.3. PRESENTACIÓN DE DATOS	252
10.2. ANÁLISIS DE DATOS	253
10.2.1. ANÁLISIS CUANTITATIVO	253
10.2.2. ANÁLISIS CUALITATIVO	253
10.2.3. SÍNTESIS	253
10.2. RESULTADO DE LA VARIABLE INDEPENDIENTE	
CUADRO N° 01	254
CUADRO N° 02	256
CUADRO N° 03	258
CUADRO N° 04	260
CUADRO N° 05	262
CUADRO N° 06	264
CUADRO N° 07	266
CUADRO N° 08	268
CUADRO N° 09	270
CUADRO N° 10	272
CUADRO N° 11	274
CUADRO N° 12	276
CUADRO N° 13	278
CUADRO N° 14	280
10.3. ENTREVISTA A FISCALES Y JUECES ESPECIALIZADO EN LO PENAL SOBRE SU PERCEPCION SOBRE LA PROBLEMÁTICA DE LA INVESTIGACIÓN	282

SUBCAPÍTULO II VERIFICACIÓN Y/O CONTRASTACIÓN DE HIPÓTESIS

- | | |
|---------------------------------|-----|
| 1. PRIMERA HIPÓTESIS ESPECÍFICA | 283 |
| 2. SEGUNDA HIPOTESIS ESPECÍFICA | 284 |
| 3. HIPOTESIS GENERAL | 285 |

CONCLUSIONES

RECOMENDACIONES

BIBLIOGRAFÍA

WEBGRAFÍA

ANEXOS

INTRODUCCIÓN

Toda persona que integra una sociedad debe gozar libremente de todos los derechos fundamentales que la asisten, es así que el Estado como ente rector y protector de la persona, vela por el cumplimiento de estos derechos y su dignidad como ser humano. Cuando las personas atentan contra la sociedad, o tienen conductas antijurídicas, el Estado sanciona a estas personas con penas, las cuales buscan que la persona tenga una lección por su mal comportamiento en la sociedad.

Cuando el Estado peruano al querer proteger a las personas que integran la sociedad, de los malos elementos o sujetos que delinquen; crea políticas, medidas criminales severas, para corregir esos comportamientos que atentan contra los demás ciudadanos que integran la sociedad, en busca de esta pacificación por parte del Estado peruano, se le pasa la mano, o suele ser muy severo para proteger esos bienes jurídicos públicos y de las personas; estas políticas severas se ven reflejadas claramente en el aumento de penas en los delitos de mayor incidencia en nuestro país, cabe decir Delitos contra el patrimonio (robo) y delitos contra la vida, el cuerpo y la salud (homicidio), asimismo la tipificación de nuevas figuras delictivas, como es el feminicidio y sicariato, y en cuanto a las políticas resocializadoras o lo que se comprende con Derecho Penitenciario, la disminución de beneficios penitenciarios para determinados delitos.

Es así que el Estado peruano, al encontrarse en una disyuntiva entre los derechos de los ciudadanos y los “enemigos” que atentan contra la sociedad de manera reiterada o cometiendo delitos atroces, deben ponderar qué derechos fundamentales deben proteger con mayor ahínco.

Bajo esta perspectiva sabemos que el Estado peruano ha optado un modelo jurídico o tendencia jurídica denominada Neoconstitucionalismo o Constitucionalismo moderno, por la cual nuestro Estado es considerado un Estado Constitucional, repercutiendo esta situación en todos los ámbitos del Derecho peruano. Ya que esta nueva tendencia viene con características propias, resaltando la presencia de la Constitución como un Ente supremo, la primacía de los derechos fundamentales sobre las normas, etc.

Es por eso que realiza la presente investigación, puesto que al ser el Perú un “Estado Constitucional”, de manera formal, más no material, puesto que cumple con las características de dicho Estado, se supondría que se debe velar y respetar los derechos fundamentales de las personas, pero en la realidad, básicamente al aumentar las penas de los delitos de robo, homicidio; disminuir beneficios penitenciarios, se aprecia claramente esbozos de Derecho Penal del enemigo, por el cual las personas dejan de ser ciudadanos para convertirse en enemigos de la sociedad y por eso ser cruelmente castigados y no tener ninguna garantía ni respeto de sus derechos.

El objetivo de la presente investigación es probar que realmente dentro de nuestro mal llamado “Estado Constitucional Peruano”, se están violando derechos constitucionales, al tener dentro del ordenamiento jurídico penal, las características de Derecho Penal del Enemigo; ya que no sólo basta que el Estado peruano se propugne o autodenomine “Constitucional” de manera formal, ya que en la práctica en el ámbito penal, se trata a los delincuentes y sentenciados como verdaderos enemigos del Perú.

La metodología empleada dentro de esta investigación, corresponde el tipo de investigación básica o pura por tener un fin eminentemente teórico, asimismo la fuente de investigación puede clasificarse en documental o bibliográfica, ya que la información se ha obtenido a través de libros, revistas o documentos creados por estudiosos del derecho; en cuanto al ámbito en el que se

desarrollada la presente investigación es Dogmática, ya que se trabajó con la dogmática jurídica. En lo que corresponde al nivel de la investigación es descriptiva al haberse analizado y examinado las características más importantes que existen en los delitos contra la vida, el cuerpo y la salud (homicidio); delitos contra el patrimonio (robo) y beneficios penitenciarios, que a través de su modificaciones y agravamiento de penas, respectivamente, han ido identificado rasgos característicos del Derecho Penal del Enemigo, existiendo una colisión con nuestra tendencia Neoconstitucionalista que ha optado el Estado Peruano. Finalmente la metodología empleada por el origen de los datos es documental, dado que se hizo una indagación especialmente a través del examen, análisis y estudio de fuentes documentales, como con la Constitución Política del Estado, Código Penal, Código de procedimiento Penales, Libros, entrevistas, artículo, entre otros.

El marco teórico de esta investigación, parte con el tema de Derecho Penal del Enemigo que fue un término incorporado por Gunther Jakobs; asimismo se desarrollan en la presente investigación los fundamentos filosóficos del Derecho Penal del Enemigo, pasando por la Teoría de los Sistema desarrollada por Niklas Luhmann, asimismo por la Teoría Funcionalista de la Pena, no podemos dejar de lado la definición de Derecho Penal del Enemigo, la descomposición de Ciudadano a enemigo y claro está el Derecho Penal del Enemigo y el Derecho penal del Ciudadano, etc.

Continuando con el desarrollo de la investigación el otro tema analizado es el Neoconstitucionalismo o también llamado Constitucionalismo Moderno, del cual se toman la evolución histórica que tiene esta tendencia, las características del Neoconstitucionalismo, asimismo el Origen dentro del marco histórico y filosófico de este nuevo modelo, las características que lo envuelven, sin dejar de lado las críticas que existen dentro de ésta nueva tendencia neoconstitucionalista, también en este capítulo se puede apreciar el desarrollo del tema derechos fundamentales y sus respectivas teorías, al

encontrarse plenamente ligado con el Neoconstitucionalismo; asimismo el tema Estado Constitucional al ser parte o característica del Constitucionalismo moderno, se ha considerado para el desarrollo de la presente investigación.

Se ha considerado dentro de un capítulo los Delitos contra la vida, el cuerpo y la salud, así también los delitos contra el patrimonio, tomando en cuenta el delito de homicidio y de robo; de los cuales sea disgregado su tipificación dentro del Ordenamiento jurídico peruano, así como el bien jurídico protegido, la tipicidad objetiva; y primordialmente se ha considerado las modificaciones que existen en estos delitos, para poder así determinar cuál ha sido el aumento de las penas en relación con años anteriores, para poder verificar que las políticas criminales del Estado Peruano han ido en aumento en relación al incrementos de las penas en los mencionados delitos.

Se tomó en cuenta en el capítulo V de la presente investigación los Beneficios Penitenciarios, claramente los que corresponde a nuestra legislación peruana, es así que se resalta tanto la naturaleza jurídica como la evolución histórica que data de nuestra legislación peruana, asimismo las modificaciones que existen en el beneficios de semi libertad y liberación condicional, de igual manera el tema de redención de la pena por trabajo o estudio, también considerados en el presente capítulo.

Correspondiente al capítulo VI el tema de la Política Criminal, pasando desde su conceptualización, características, escuelas dogmáticas de la política criminal, como es el funcionalismo, de igual manera los temas relacionados con el Moderno Derecho penal, el Método Político-Criminal, el Derecho penal Simbólico y la Sociedad de Riesgos, nos dan una nueva perspectiva de la política criminal que opta cada Estado para que su sistema jurídico penal sea eficiente y pueda proteger a los ciudadanos.

Finalmente el tema desarrollado correspondiente al capítulo VII corresponde a Derecho Comparado, que en la presente investigación se realizó la

comparación con el Estado Colombiano, principalmente en el Código Penitenciario y Carcelario de Colombia, así como su Código Penal y Constitución Política, puesto que tiene gran similitud con el caso peruano en cuanto al régimen penitenciario y las penas en determinados delitos, al igual de ser un Estado Constitucional y tener marcadas los rasgos de Derecho Penal del Enemigo en su legislación penal.

CAPÍTULO I

1.1. PLANTEAMIENTO DEL PROBLEMA

En la actualidad en todas partes del orbe se está viviendo climas tensos de lucha contra la criminalidad organizada, terrorismo, bandas criminales, tratos de personas, etc; es así que de un tiempo a esta parte las sociedades que son víctimas de esta criminalidad, optan por cambiar sus mecanismos y políticas contra el crimen en general, basándose en la modificación de los tipos penales (agravación de penas y creación de nuevas figuras delictivas) para poder frenar este clima de inseguridad que viven. Bajo esta premisa es que se ve una aplicación del Derecho Penal del Enemigo, el cual tiene como antecedentes los postulados de Niklas Luhmann en su Teoría de Sistemas, basado en la (acción y reacción), es así que en el ámbito jurídico Gunther Jakobs tomó esta perspectiva, sobre las (acciones) que tiene la persona, pues es ésta quien al tener contacto social (interacción con las demás personas), por su propia naturaleza, su comportamiento se vuelve impredecible, es así que esa imprevisibilidad puede llegar a atentar a la sociedad (al cometer delitos); es por esto que Jakobs explica que el Derecho Penal busca garantizar la expectativa (cumplimiento de la norma), y que al existir el incumplimiento de la misma, no será por error de la expectativa (por el simple cumplimiento) sino será responsabilidad de la propia persona, teniendo plena conciencia de que la está cumpliendo (acatamiento de la norma jurídica).

Bajo esta concepción Jakobs desarrolla su análisis penal denominándolo Derecho Penal del Enemigo, el cual se expresa que al existir el incumplimiento de esas expectativas (infracción de la norma) se pone de manifiesto la responsabilidad por parte del infractor, y que a través de la pena se mantiene el cumplimiento de la norma por parte de los otros individuos; asimismo debe existir el adelantamiento de la punibilidad, esto quiere decir, que se deben crear penas “ejemplares” para los individuos que atentan contra la sociedad, pierden su status de ciudadanos para convertirse en enemigos; al suceder esto dejan de ser personas para sólo convertirse en enemigos, y que al perder éste status han incumplido el contrato de

sumisión que tienen con el Estado, para lo cual deben ser castigados con penas severas, porque ponen en riesgo la permanencia de la sociedad en el tiempo; es así que se tiene como consecuencia que estos enemigos no deben gozar de ningún tipo de garantías ni seguridades, estamos hablando de una criminalidad cautelar que retirará a estos enemigos de la sociedad.

En especie de contraposición a éste análisis, tenemos una nueva tendencia en el Derecho, la cual corresponde al Neoconstitucionalismo, que tiene fundamento el Constitucionalismo que surgió en los siglos XVII y XVIII consecuencia de las Revoluciones Francesa y Americana; el Neoconstitucionalismo o nuevo Constitucionalismo surge en el siglo XIX y tiene como base una Constitución material, orgánica y procedimental; como una norma suprema que es fuente de toda producción jurídica, que está compuesta por principios los cuales deben ser cumplidos, respetados y garantizados; esto se dará dentro de un Estado Constitucional de Derecho o un Estado Constitucional, término que fue desarrollado por Zagrebelsky haciendo una diferenciación entre Estado Legislativo y Estado Constitucional; diferenciando reglas de principios.

Es así que, bajo esta perspectiva del Neoconstitucionalismo se ve inspirado en la fundamental importancia de la Constitución, el rol del juez como un sujeto activo dentro del orden jurídico pero en base a que la discrecionalidad judicial se encuentra controlada para que exista por parte del juez un rol justificatorio (ponderación de principios) y no solo la aplicación de la ley (subsunción).

Nuestro país está apuntando a esta nueva tendencia que es el Neoconstitucionalismo, es así que el control constitucional y la primacía de la Constitución por sobre todas las normas y el cumplimiento de las garantías constitucionales que en ella reposan, pretenden hacer un Estado constitucional. Pero existe una disyuntiva, pues si bien nuestro país es parte de esta nueva tendencia de primacía de los derechos fundamentales, existe una tendencia al Derecho Penal del Enemigo en nuestro ordenamiento jurídico que se encuentra vigente; ya que al existir un clima de inseguridad de la sociedad como consecuencia de la criminalidad apremiante, el Estado opta por la modificación de las penas de los delitos, las nuevas conductas delictivas hacen que se creen nuevas figuras

delictivas para poder frenarlas, entonces existe una colisión entre este Neoconstitucionalismo formal, y el Derecho Penal del Enemigo que se encuentra implícito en todas las medidas y políticas que realiza el Estado para frenar la criminalidad en nuestro país.

Es así que en nuestro Estado, a través de la implementación políticas criminales con un transfondo en el que se aplica el Derecho Penal del Enemigo, porque se ve en la realidad que a través de la imposición de penas más severas para los delitos contra el patrimonio, contra la vida el cuerpo y la salud; como un ente de represión para la comisión de estas figuras delictivas; explícitamente el Derecho Penal del Enemigo se encuentra en nuestro orden normativo a través de la labor que realizan nuestros legisladores que modifican los tipos penales y penas viéndose plasmado esto en la modificación de los artículos de delitos contra el patrimonio, delitos contra la vida, el cuerpo y la salud, disminución de los beneficios penitenciarios, creación de agravantes para estos mismos delitos o nuevas figuras delictivas (feminicidio y sicariato); todo esto como medidas de prevención y coerción que el Estado peruano está optando como parte de la lucha contra la criminalidad en el Perú, siendo expresión concreta y fehaciente del Derecho Penal del Enemigo, colisionando con los derechos fundamentales de las personas que es postulado del Neoconstitucionalismo.

1.2. JUSTIFICACIÓN

La presente investigación se justifica en base a que el Perú es un país que se encuentra adoptando los fundamentos del Neoconstitucionalismo, una preponderancia de los principios sobre las normas, además de que al estar bajo esta tendencia, se denomina al Estado un “Estado Constitucional”. Estamos hablando de la actualidad en el Derecho de las posiciones que se toman como marcos de políticas estatales, bajo el cumplimiento de los derechos fundamentales, primacía de la Constitución sobre otras normas, etc.

Por otro lado el Derecho Penal del Enemigo tiene como característica fundamental el adelantamiento de la punibilidad y la pérdida del status de ciudadano para convertirse en el enemigo, el cual no debe gozar de ninguna protección por parte del Estado, garantías constitucionales, beneficios penitenciarios, etc. Todo esto a

consecuencia de su conducta en contra del ordenamiento jurídico, cuando se habla de un enemigo no se habla de una persona que ha contravenido la ley una vez y por un delito menor, sino todo lo contrario, un enemigo es aquel que atenta contra la seguridad de la sociedad, cometiendo delitos de manera reincidente, con la aplicación de agravantes a esa conducta delictiva.

Ahora dentro del presente trabajo veremos cómo se ven inmersos tanto el Neoconstitucionalismo y el Derecho Penal del Enemigo dentro del ordenamiento jurídico peruano, específicamente en cuanto a los beneficios penitenciarios, delitos contra el patrimonio (robo), delitos contra la vida el cuerpo y la salud (homicidio), en donde nuestro país ha tomado medidas drásticas para combatir la delincuencia, puesto que son delitos de gran incidencia en nuestro país; es así que al aumento de la criminalidad dentro del Perú (Estado constitucional) las medidas legislativas, coercitivas se van asemejando al análisis penal dado por Gunther Jakobs (Derecho Penal del Enemigo).

El Perú así como diversos países de Latinoamérica, luchan constantemente contra el crimen; ya que como cualquier Estado busca la protección de la sociedad, dándole seguridad jurídica para que no atenten contra sus bienes jurídicos; bajo esta postura existe un dilema, ya que al prodigarnos estar bajo la tendencia del Neoconstitucionalismo, hablando de una Constitución material de observancia y protección de los derechos fundamentales, nuestro Estado necesita protegerse, necesita proteger a la sociedad, protegerse como Estado con políticas criminales severas (Derecho Penal del Enemigo) que puedan frenar las delincuencia desmesurada.

1.3. IMPORTANCIA

Sobre la importancia de esta investigación, al ser esta descriptiva entre el Derecho Penal del Enemigo y el Neoconstitucionalismo y como se ve éste último dentro del paradigma del Estado constitucional, vemos que con la agravación de penas para los delitos contra el patrimonio y la vida el cuerpo y la salud, disminución de los beneficios penitenciarios y la tipificación de nuevas figuras delictivas; todas estas son medidas que se encuentran claramente vinculadas con lo que significa el

Derecho Penal del Enemigo; entonces estamos hablando que nuestro país se encuentra en el marco del Neoconstitucionalismo, bajo la premisa de la preponderancia de los derechos fundamentales y de la Constitución Política del Estado, sin embargo existe dentro de su ordenamiento jurídico una tendencia al Derecho Penal del Enemigo.

Al considerar esto cierto nos damos cuenta que nuestro Estado hace totalmente todo lo contrario, ya que la agravación de penas, control de la criminalidad, disminución de beneficios penitenciarios, sí estaría atentando directamente contra los derechos fundamentales de las personas, ya que dentro de las características que propugna el Derecho Penal del Enemigo es que el ciudadano infractor reincidente y avezado deja de serlo para convertirse en enemigo de la sociedad y por ende no debe gozar de ningún tipo de protección, ni respeto de derechos y mucho menos ser considerado una persona integrante de la sociedad; con todas las medidas que adopta el Estado peruano, realmente se ve concretado el Derecho Penal del Enemigo que en la realidad así se ve plasmado a través de lo mencionado líneas arriba; siendo importante el tema que se está planteando en la presente investigación, por su relevancia actual.

1.4. **ANTECEDENTES DE LA INVESTIGACIÓN**

- Se ha verificado la existencia de una tesis doctoral, que se encuentra en línea de la Universidad Carlos III de Madrid- España, titulada Modernas tendencias en el Derecho Penitenciario. Las propuestas del “*Derecho penitenciario mínimo*”, el “*Derecho penitenciario del enemigo*” y las reformas del 2003 en el ordenamiento jurídico-penitenciario español. El autor es Roy Alexander Murillo Rodríguez.
- De la misma manera se ha encontrado una tesis para optar el grado de licenciado en Ciencias Jurídicas, que se encuentra en línea de la Universidad de Chile, titulada DERECHO PENAL DEL ENEMIGO: ¿EVOLUCIÓN O PRIMITIVISMO DEL DERECHO PENAL? Concepto doctrinal y jurídico, individualización y características del sujeto al que se le denomina Enemigo. La autora es Natalia Andrea Bravo Peña.

1.5. PREGUNTAS

PREGUNTA PRINCIPAL

El problema que será objeto de la presente investigación, lo sintetizo en la siguiente pregunta:

¿Los agravantes de las penas en los Delitos Contra el Patrimonio y la vida, el cuerpo y la salud, la tipificación de nuevas figuras delictivas, la limitación de los beneficios penitenciarios (la severidad de Política Criminal como expresión del Derecho Penal del Enemigo) colisionan con el paradigma del Estado Constitucional?

PREGUNTAS SECUNDARIAS

A partir de la pregunta principal, se plantea las siguientes preguntas secundarias:

- A) ¿Los Agravantes de las penas como política criminal en Delitos Contra el patrimonio y la vida, el cuerpo y la salud son expresión del Derecho Penal del Enemigo?

- B) ¿La reducción de los beneficios penitenciarios como política criminal son expresión del Derecho Penal del Enemigo?

1.6. **OBJETIVOS GENERALES Y ESPECÍFICOS**

OBJETIVO GENERAL

Analizar si los agravantes de las penas de los delitos de robo y homicidio; la tipificación de nuevas figuras delictivas (sicariato y feminicidio), la disminución de beneficios penitenciarios, colisiona con el Paradigma del Estado Constitucional.

OBJETIVOS ESPECÍFICOS

1. Demostrar que la Política Criminal al agravar las penas en Delitos Contra el patrimonio (robo) y la vida, el cuerpo y la salud (homicidio) son expresión del Derecho Penal del Enemigo.
2. Establecer si la Política Criminal sobre reducción de los beneficios penitenciarios son expresión del Derecho Penal del Enemigo.

CAPÍTULO II

DERECHO PENAL DEL ENEMIGO

2.1 Fundamentos Filosóficos del Derecho Penal del Enemigo

2.1.1 Teoría de los Sistemas

Esta teoría fue creada por el Sociólogo alemán Niklas Luhmann, “el cual desarrollo dicha teoría para que pueda adaptarse a la sociedad a través de 3 sistemas (social, psicológico y orgánico), es así que entiendes a la sociedad como un sistema de comunicaciones. La sociedad está compuesta por seres humanos que son parte de un sistema y están entorno del sistema social; es así que Niklas Luhmann destaca las comunicaciones como unidades constituyentes de los sistemas sociales”¹

Así también desarrolla que cada sistema es autopoietico, es decir que el mismo sistema constituye o construye sus propios elementos de lo que consta; siendo esto una idea fundamental del Constructivismo.

Esta teoría de los sistemas sociales solucionan el dilema que propone el postulado de la autopoiesis de poder adecuarse al entorno para poder existir. Asimismo plantea que las observaciones son la operación específica para los sistemas de los sentidos. La presente teoría busca comprender el comportamiento organizacional considerando sus metas y procesos, y la relación con el medio ambiente al cual debe adaptarse.

Dentro de los elementos intrínsecos de la teoría de los sistemas sociales tenemos, el caos la temporalidad, contingencia, oposición a la tendencia natural del equilibrio y los elementos inherentes están vinculados con las pretensiones fundamentales.

Es así que Niklas Luhmann nos dice que se pueden cambiar las estructuras de los sistemas siempre y cuando se respeten el espacio de las personas que integran la sociedad, es así que se puede segmentar problemas sociales

¹ Niklas Luhmann: Documentales sobre teoría y riesgo ecológico; publicado el 20 de abril del 2015, entrevista realizada por Ulrich Boehm, [archivo en video] Web Youtube. Recuperado de <<https://www.youtube.com/watch?v=AyOAnGUUfdc>>; Página web consultada el día 20 de junio del 2015.

(en sistemas) y aproximarse a teorías que abordan un fenómeno desde distintos niveles.

Dentro de esta misma teoría podemos entender que las decisiones de una personas sean buenas o malas dentro de su concepción ética y moral, generan una modificación o cambio en el sistema al que pertenecen, así que cada persona conoce cuales son los límites de un sistema y debe saber si su actuar está bien o mal. La presente teoría de sistemas sociales se adecua a la sociedad, porque descubre o discute las consecuencias de ciertos supuestos externos en el campo de la política, economía, etc; de una sociedad.

Para poder entender los niveles dentro de la teoría de los sistemas tenemos:



Fuente: Teoría de los Sistemas Sociales, Niklas Luhmann Pág. 27

En este esquema se representa los niveles dentro de un sistema general, que parte desde los sistemas, se subdivide en máquinas, organismos, sistemas sociales y sistemas psíquicos; es así que dentro del sistema que es más relevante están los sistemas sociales de los cuales se desprende las interacciones, organizaciones y sociedades.

Para el campo de investigación dentro de los sistemas sociales es de importancia la subdivisión correspondiente a sociedades que es en donde se ven los cambios que existen dentro de un sistema a través de la interacción de las personas u de otros factores externos que la irritan.

Podemos entender que Luhmann realiza una diferenciación entre sistemas los cuales corresponden:

*“El primero se reproduce gracias a la vida, el segundo lo hace vía la conciencia y el tercero se perpetúa a través de la comunicación. El interés de Luhmann se centra en este último, en la medida en que las sociedades modernas se caracterizan por una diferenciación de sus sistemas en subsistemas, entre los cuales figuran los subsistemas político, económico, artístico, religioso o educativo. Cada uno es autopoietico y no se trata de una estructura o un conjunto ordenado de elementos determinados. El sistema está cerrado por sus propias operaciones y su entorno solo le afecta en la medida en que lo ha determinado”.*²

Claramente se ha podido disgregar lo que para Luhmann son los sistemas sociales, de una manera más sencilla, puesto que la diferenciación que realiza éste estudioso en cuanto a los sistemas, separándolos en sistemas de vida (o de organismos), sistemas sociales y sistemas psicológicos, y cada uno con una esencia distinta; ya que el primero corresponde a la vida, el segundo a comunicación y el ultimo a la conciencia. Y así a su vez entender que de estos subsistemas que se encuentran dentro de los sistemas sociales existen el político, económico, religioso, artístico; se encuentran en una situación de autopoiesis ya que son sistemas cerrados que se autodeterminan y que presentan elementos determinados, pero que a pesar de ser cerrados en sus operaciones o funcionamiento, su entorno o medio ambiente los afecta sólo en medida de su determinación o dependiendo el nexo que se tenga.

² URTEAGA, Eguski; “La Teoría de sistemas de Niklas Luhmann”. Universidad del País Vasco, Departamento de Sociología 1. Artículo en Formato PDF, Revista Contrastes, revista internacional de Filosofía, Departamento de Filosofía de la Universidad de Málaga- España; Volúmen XV (2010)[En Línea] página web consultada <<http://www.uma.es/contrastes/pdfs/015/ContrastesXV-16.pdf>>; Fecha de consulta: 05 de agosto del 2015.

2.1.1.1 Sistemas Autorreferenciales

Corresponden a sistemas autoreferenciales *“la red que constituye un entramado específico, como condición que hace posible la producción y reproducción de las operaciones de un sistema (...) un sistema autoreferenciales debe definirse, pues, como un tipo de sistema que para la producción de sus propias operaciones se remite a la red de operaciones propias, y en este sentido, se produce a sí mismo”*.³

Esta clase de sistema autoreferencial es uno por el cual se clausura o se envuelve en su operación, haciendo que los elementos del sistema queden cualificados, entendiendo este último término en donde se mantendrá sus propiedades y cualidades específicas del sistema; esta clausura se desarrolla por un tipo comunicacional o semántico de cada elementos para acoplarse al sistema autoreferencial.

2.1.1.2 Sistemas Autopoiéticos

Por otro lado tenemos los sistemas autopoiéticos, y para entender los mismos *“debemos saber que es la autopoiésis, la cual constituye “ una peculiaridad de ciertas máquinas homeostáticas, donde la variable fundamental que mantienen constante es su propia organización. “Una máquina autopoiética es una máquina organizada como un sistema de procesos de producción de componentes concatenados de tal manera que producen componentes que: i) generan los procesos (relaciones) de producción que los producen a través de sus continuas interacciones y transformaciones, y ii)*

³LUHMANN, Niklas; “Sistemas Sociales, Lineamientos para una Teoría General”; Editorial Centro Editorial Javerino Pontificia Universidad Javeriana-Colombia; Segunda Edición 1998. Pág. 21.

constituyen a la máquina como una unidad en el espacio físico".⁴

Es así que podemos decir que la autopoiesis es una forma de poder definir a los seres humanos a través de niveles, basándonos a un nivel molecular, de seres superiores y finalmente de sistemas sociales. Por otro lado otro estudioso Maturana señala que *"sólo se podía decir que corresponden al término autopoiesis los del nivel primario (molecular) y que tanto el segundo (seres superiores) y tercer nivel (sistemas sociales) corresponden a que dentro de éstos existen relaciones autopoieticas entre sus componentes, y no que sus componentes sean autopoieticos".⁵*

Dentro de un sistema social, se busca conjugar este tipo de sistemas, es así que en base a la autopoiesis y autoreferencialidad, existen tres sistemas adoptados dentro de la teoría de los sistemas sociales que corresponden a células, conciencias y sistemas sociales.

Debemos entender que todo sistema puede ser observado, en esta realidad, el mundo o cualquier fenómeno podrá ser observado de manera distinta por observadores distintos; cabe decir que *"la sociedad no se considera un objeto sino una instancia donde la observación muestra su poder constructivo".⁶*

⁴ Citado por GIBERT-GALASSI, Jorge y CORREA, Beatriz, Artículo denominado "La Teoría de la Autopoiesis y su Aplicación en las Ciencias Sociales, El caso de la interacción social". Revista de Epistemología de Ciencias Sociales de la Facultad de Ciencias Sociales de la Universidad de Chile [En Línea] artículo. Página web consultada <<http://www2.facso.uchile.cl/publicaciones/moebio/12/gibert.htm>>, Fecha de consulta 04 de agosto del 2015.

⁵ Ídem.

⁶ LUHMANN, Niklas; "Sistemas Sociales, Lineamientos para una Teoría General"; Editorial Centro Editorial Javerino Pontificia Universidad Javeriana-Colombia; Segunda Edición 1998. Pág. 22.

2.1.1.3 Acoplamiento Estructural

Cabe señalar que "El acoplamiento estructural y la autodeterminación mantienen una relación ortogonal: si bien cada uno es la premisa del otro, no pueden condicionarse mutuamente. El medio ambiente solo puede influir sobre el sistema produciendo irritaciones [...] que son procesadas internamente; también las irritaciones son construcciones internas que resultan de la confrontación de los sucesos con las estructuras propias del sistema. Entonces, no existen las irritaciones "en el medio ambiente"; la irritación siempre es autoirritación, que a lo sumo surge de sucesos del medio ambiente".⁷

Bajo esta premisa el acoplamiento estructural se da solución a la autopieses, puesto que son los mismos sistemas se encuentran en un estado de enclaustramiento, y al haber este acoplamiento no se ve afectado el medio ambiente. Sin embargo como se señala con anterioridad el medio ambiente puede causar irritaciones dentro del sistema influyendo de cierta manera.

Cuando dentro de un sistema existen contradicciones, hace que el mismo sistema se desestabilice, en este caso existen consecuencias que son predecibles y otras que no lo son. Sobre el acoplamiento estructural y las expectativas de irritación entre sistemas y entorno a eso podemos ver el siguiente esquema:

⁷LUHMANN, Niklas; Teoría de los Sistemas sociales, Contenido de la Enciclopedia Wikipedia, la enciclopedia libre. Contenido [En Línea] Página web consultada <https://es.wikipedia.org/wiki/Niklas_Luhmann#Teor.C3.ADa_de_sociedad>, fecha de consulta: 20 de junio del 2015.



Fuente: Esquema extraído de la página web Wikipedia

Como podemos ver en el siguiente esquema, se ven representados en cada esfera un sistema distinto, ejemplificando el sistema político, jurídico y económico que cómo sabemos son parte fundamental de una sociedad políticamente organizada (Estado), es así que en este esquema los sistemas están separados, pero se encuentran vinculados o relacionados a través de flechas en las cuales se aprecia que desde el sistema político y al sistema jurídico se encuentran vinculados a través de la Constitución, de igual manera el sistema político con el económico a través de los impuestos, y el sistema jurídico con el sistema económico por la propiedad privada, contratos.

Todos los sistemas se encuentran de manera independiente, sin embargo existen nexos entre ellos; entonces cada sistema representando es independiente, pero pueden ser influenciados a través de factores externos (medio ambiente).

Bajo esta misma premisa entendemos que para Luhmann *“la sociedad es concebida como un sistema autopoietico y autoreferente, y como tal se distingue de su entorno, que es la*

*comunicación (...) es un sistema comunicativamente cerrado: produce comunicación mediante comunicación”.*⁸

Como nos dice Luhmann la sociedad se encuentra dentro de los sistemas sociales, y ésta se entiende como un sistema autopiético, quiere decir que tiene sus propios procesos que se encuentran concadenados entre sí y que es autosuficiente, capaz de mantenerse y reproducirse por sí mismo; al decir que es autoreferente, comprendemos que la sociedad se produce a sí mismo; y entonces se encuentra en un claustro como sistema comunicativo cerrado.

Finalmente Luhmann señala que *“mientras que los sistemas de conciencia pueden percibir sensorialmente, los sistemas de comunicación sólo pueden afectarse a través de la conciencia”.*⁹

Lo que señala con anterioridad Luhmann es claramente la modificación de la sociedad en sí misma, porque la misma se encuentra integrada por los seres humanos personas, que cómo sabemos tiene una parte de psiquis y soma (conciencia y cuerpo), por lo cual el mismo Luhmann rescata que dentro de esta sociedad de comunicación, o sistema de comunicación se afecta, modifica y cambia a través de la conciencia, una conciencia propia de los seres humanos.

⁸ HERNÁNDEZ ARTEAGA, Laura; “Teoría de sistemas sociales de Niklas Luhmann en México. Una aproximación”. Artículo ubicado en el Sistema de Gestión de Revistas de la Pontificia Universidad Javeriana-Cali (Colombia). Revista Denominada “Perspectivas Internacionales” Volumen 7. N° 01 (2011). Sello Editorial Javeriano. [En Línea] Página web consultada < <http://revistas.javerianacali.edu.co/index.php/perspectivasinternacionales/article/viewFile/831/1356>>; Fecha de consulta: 03 de agosto del 2015.

⁹ Ídem.

2.1.2 Teoría Funcional de La Pena

a) Jakobs. La prevención general positiva

Sobre la prevención general positiva el estudioso Gunther Jakobs señala que se *“utiliza el desarrollo dogmático instrumental, basado en la Teoría de los Sistemas de Niklas Luhmann (...) y que para Jakbos, la concepción de norma penal, presupuesto de toda la teoría del delito, no tiene ya un significado lógico-valorativo primario, sino que ésta viene contemplada como un hecho social más*¹⁰.

*Esta norma jurídica con sentido social, solo “refleja el criterio rector del ordenamiento social que establece y diversifica los distintos roles a favor del funcionalismo del sistema social”.*¹¹

La concepción que tiene Jakobs es que la norma jurídica es un hecho social más, el cual puede ser valorado o estudiado a través de los Sistemas Sociales planteados por Niklas Luhmann, ya que son las normas y las personas partes de una sociedad que es un sistema social o comunicativo tal como lo plantea Luhmann que tiene nexos de conexión entre sí.

Es así que Jakobs afirma que *“la conducta criminal presupone una forma de interpretación del mundo. Eso sí, es forma de conformación del mundo es imputada a través del prima jurídico penal a la gente, en tanto que se exteriorice una expresión de ruptura de un orden vigente”.*¹²

El hombre no solo dentro de si no concibe una prohibición, por la cual comete una acción, sino que exterioriza esa conducta infringiendo alguna norma con contenido jurídico-penal; es por eso que se convierte en un hecho con relevancia jurídica en cuanto a la

¹⁰ DAZA GÓMEZ, Carlos; “El Funcionalismo, HOY”. Artículo jurídico ubicado en la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la Universidad Nacional Autónoma de México. Artículo en Formato PDF [En Línea]; página web consultada < <http://www.juridicas.unam.mx/publica/librev/rev/facdermx/cont/227/dtr/dtr4.pdf>>; Fecha de consulta: 06 de agosto del 2015.

¹¹ Ídem.

¹² Ídem.

antijuricidad de la acción (elemento del delito), todo en base a la propia interpretación del individuo, como forma deliberada de cometer un delito, o teniendo plena conciencia de la norma que lo reprime, de igual manera comete el hecho antijurídico.

*“La tesis más importante de Jakobs, es en el sentido de que el Derecho penal ya no persigue la mera protección de bienes jurídicos, sino que centra su atención en el mantenimiento de la vigencia de la norma; pues el fin de la pena es el mantenimiento en la confianza en el Derecho”.*¹³

Si bien es cierto dentro de cada sociedad existe un ordenamiento jurídico latente, la percepción que tiene Jakobs es que este conjunto de normas jurídico-penales se mantenga en el tiempo, dentro de una sociedad que en estos tiempos eso es lo que busca el Derecho y ya no la protección de bienes jurídicos de las personas; buscando el orden de la sociedad, en sus pilares máximos de protección a las personas, y a la permanencia de la sociedad en el tiempo; y no tanto en la vulneración o afectación de bienes jurídicos individuales, sino de bienes colectivos.

Para Jakobs, *“la configuración de una sociedad comienza con la vigencia de las normas, porque las normas rigen cuando le dan a la sociedad su configuración real, y las personas deben estar dispuestas a acatar la norma, a su vez, exige el conocimiento de la realidad social aunque no se esté de acuerdo con ella”.*¹⁴

Se debe tomar en cuenta que dentro de un Estado (sociedad políticamente organizada) existen una normatividad que es dada por el Estado para la convivencia pacífica entre los ciudadanos que claramente corresponden a un contexto social, político y cultural del momento; que es de carácter obligatorio para todos los ciudadanos que son parte de dicho Estado, es así que desde tiempo remotos (a partir del contrato social) el Estado tiene esa potestad creadora de

¹³ Ídem.

¹⁴ Ídem.

normas jurídica y sancionadora en caso de violar o infringir alguna de estas normas; como bien lo dicen Jakobs las normas rigen cuando le dan a la sociedad una configuración real, es decir, cuando estas normas se aplican a la sociedad (Derecho vivo).

Esta prevención general positiva postulada por Jakobs “*no sólo se extiende a los conceptos jurídico-penales, sino que llega a funcionalizar al sistema jurídico-penal mismo, en el marco de una teoría funcionalista-sistémica de la sociedad construida en base a las formulaciones de Niklas Luhmann*”.¹⁵

Es por eso que Jakobs adopta los postulados de Luhmann en cuanto a su teoría de los sistemas sociales, dentro del sistema jurídico-penal, como un sistema autopoietico y autoreferencia (la sociedad), pero que si puede ser afectado por elementos externos.

Para Luhmann “*el Derecho es un sistema social; se trata, según su formulación, de la estructura de un sistema social vinculada a la generalización congruente de expectativas normativas de comportamiento*”.¹⁶

Si consideramos que el Derecho es un sistema social, ya que de acuerdo a su propia estructura está vinculada con el cumplimiento de normas de comportamiento, es decir, que la norma penal busca que los individuos que integran una sociedad, cumplan con las normas o expectativas del comportamiento, para que no atenten contra el propio sistema (Derecho).

¹⁵ ARIAS EIBE, Manuel José; Funcionalismo Penal moderado o Teleológico-Valorativo versus Funcionalismo Normativo o Radical. Doctor en Derecho Universidad de A. Coruña. Artículo jurídico en Formato PDF. Artículo ubicado en la Edición digital de la Revista DOXA: Cuadernos de Filosofía del Derecho, núm.29 (2006) pp.439-453. Publicación Alicante: Biblioteca Virtual Miguel de Cervantes, 2009. [En Línea]. Página web consultada < <http://www.cervantesvirtual.com/obra/funcionalismo-penal-moderado-o-teleologicovalorativo-versus-funcionalismo-normativo-o-radical-0/>;> Fecha de consulta: 07 de julio del 2015.

¹⁶ Ídem.

Estas expectativas normativas de comportamiento son el cumplimiento de las normas jurídicas por parte de las personas que integramos un Estado, o sea los ciudadanos; es así que estas expectativas de cumplimientos de las normas jurídico penales son parte fundamental del postulado de Jakobs a través de la prevención general positiva.

Podemos entender que *“el Derecho es una parte de la sociedad, y la solución a los problemas sociales por medio del Derecho penal tiene lugar dentro de la sociedad y a través de un sistema social parcial que es el sistema jurídico penal”*.¹⁷

Tomando como cierto que el Derecho es parte de la sociedad, y que a través del Derecho Penal en específico soluciona problemas sociales, al tener un lugar como parte de un sistema social parcial dentro del sistema jurídico penal, concluimos que este sistema influye y viceversa dentro de la sociedad (sistema social).

b) Lesch: la retribución funcional

La Retribución postula, *“que la pena compensa por el delito cometido y es ajena a cualquier finalidad preventiva”* ¹⁸. Básicamente podemos decir que la pena es sólo una consecuencia a una acción antijurídica que comete cualquier ciudadano con plena capacidad, además de ser un postulado de la Ley del Talión “Ojo por ojo Diente por diente”.

Para Lesch existen 3 elementos importantes para darle un significado funcional al delito, es así que tenemos *“en primer lugar, la capacidad de imputación del autor, en segundo lugar, la exteriorización de una*

¹⁷ Ídem.

¹⁸ MEINI, Iván, “La Penal: función y presupuestos”, Revista de la Facultad de Derecho de la Pontificia Universidad Católica del Perú, N° 71 (2013), pp.141-167. Artículo en Formato PDF [En línea]. Página web consultada < <http://revistas.pucp.edu.pe/index.php/derechopucp/issue/view/873>>, Fecha de Consulta: 10 de agosto del 2015.

voluntad particular y, por último, el tratamiento penal de esta declaración".¹⁹

En el aspecto que observar la pena, en la retribución funcional, lo que busca es ahondar en el sujeto de imputación penal, es decir; que al ser una persona natural, se debe evaluar su capacidad de acción, su capacidad intelectual y física que tiene la persona para cumplir la norma; así también el elemento más importante es la voluntad del sujeto de imputación, ya que es el sentido penalmente relevante, ya que se configuraría el dolo del sujeto.

c) Pawlik. La reacción frente al injusto del ciudadano

Para Michael Pawlik, la importancia que tiene el Estado en la Teoría de la pena es importante, es por eso que estudia la Teoría del Estado moderno y la Teoría de la Pena, es así que se puede entender el sentido real de la pena dentro de una sociedad políticamente organizada y no bajo las teorías de prevención general y especial de manera aislada, sino de manera conjunta, puesto que a su consideración se desvirtúa el fundamento de la pena.²⁰

Tanto la Teoría del Estado y de la Pena está vinculada, y debe tener un estudio conjunto, ya que la pena repercute en el Estado y el Estado en la pena, al ser el Estado el que las impone a través del juez, y la pena causa cambios o efectos dentro de los ciudadanos que son parte del Estado, los cuales han cometido un hecho delictivo relevante el cual fue sancionado por él mismo.

¹⁹ LESCH, Heiko Harthmut, "Injusto y Culpabilidad en Derecho Penal", Universidad de Bonn, Revista de Derecho penal y Criminología, 2da. Época, núm. 6 (2000), págs. 253-271. Artículo jurídico en Formato PDF [En Línea], Página web consultada <<http://e-spacio.uned.es/fez/eserv/bibliuned:revistaDerechoPenalyCriminologia-2000-6-2070/Documento.pdf>>, Fecha de consulta: 02 de septiembre del 2015.

²⁰ BÖCKENFÖRDE, Ernst-Wolfgang; "Notas Bibliográficas", dentro del Libro "Cuadernos de Política Criminal". Editores Universidad Complutense: Instituto Universitario de Criminología. Editorial de Derecho Reunidas EDESA. Año 1977 España. Artículo en Formato PDF [En Línea] Página web consultada <<http://dialnet.unirioja.es/servlet/revista?codigo=379>> Fecha de consulta: 25 de julio del 2015.

La imposición de una pena y la relación de Estado y Pena, se relaciona con la determinación de la libertad de cada persona. Es así también que cada persona al vivir dentro de un Estado se somete a la imposición de la pena, ya que contribuye al proyecto común de convivencia pacífica entre las personas.²¹

Como un derecho fundamental que tiene cada ciudadano que es parte de una Sociedad, es la libertad, la cual puede ser restringida por parte del Estado a través de sus operadores de justicia (jueces), cuando un ciudadano tiene un conducta antijurídica y tiene que ser condenado por la misma, siendo privado de su libertad dependiendo de la gravedad del hecho delictivo, es así que la relación entre Estado y Pena es importante.

Entendiéndolo de esa manera, al verse comprometida un derecho de las personas que es realmente importante “la libertad”, se debe justificar que un poder supremo o fuerte, es capaz de limitarlo, en este caso el Estado, impone la sanción penal, para salvaguardar la sociedad.²²

2.2 El Funcionalismo Penal

2.2.1 Dentro del funcionalismo penal existen dos tipos de funcionalismo:

Para tomas Vives Antón, considera que existen 2 tipos de Funcionalismo dentro de los cuales propone:²³

²¹ MEINI, Iván, “La Penal: función y presupuestos”, Revista de la Facultad de Derecho de la Pontificia Universidad Católica del Perú, N° 71 (2013), pp.141-167. Artículo en Formato PDF [En línea]. Página web consultada <<http://revistas.pucp.edu.pe/index.php/derechopucp/issue/view/873>>, Fecha de Consulta: 10 de agosto del 2015.

²² SOLA RECHE, Esteban, “Por una teoría “propia” de la pena”, Profesor titular de Derecho Penal, Universidad de la Laguna- España; Artículo jurídico en Formato PDF ubicado en la Revista para el Análisis del Derecho INDRET- España [En Línea] Página web consultada < http://www.indret.com/pdf/446_es.pdf>, Fecha de consulta: 25 de julio del 2015.

²³VIVES ANTÓN, Tomás S; Fundamentos del Sistema Penal, Acción Significativa y Derechos Constitucionales; 2da. Edición; Editorial TIRAND TO BLANCHA. pág. 443

- c) **Funcionalismo teleológico** .- cuyo planteamiento conducen a resultados paralelos a los que en sociología, se obtiene el denominado funcionalismo estructural.

Roxin alude el dualismo entre Derecho Penal y Política Criminal. (...) asimismo concibe el injusto como la lesión de un bien jurídico y la tarea del Derecho Penal como protección subsidiaria de bienes jurídicos de cuyo posible ámbito se excluye lo que signifique mera inmoralidad, pero determina la idea del bien jurídico desde la perspectiva del sistema social: lo útil para el desarrollo del individuo o para el sistema mismo podrá así ser calificado de bien jurídico.²⁴

Podemos entender de esta manera que el Derecho Penal va de la mano con la política criminal adoptada por un Estado, es así que la función o finalidad que cumple el derecho penal es la protección de los bienes jurídicos de las personas y que no es mas de la protección de los intereses de las personas que integran una sociedad.

En la perspectiva del pensamiento de Roxin (...) los fines de la pena determinan el concepto de bien jurídico²⁵.

Es así que la justificación que debe tener la pena, siendo esta un castigo o contraprestación que es objeto un individuo al incumplir o transgredir una norma jurídica penal, todo lo que equivale a la pena se llega a cumplir con la protección del bien jurídico que puede ser material o inmaterial (bienes muebles, la vida)

²⁴ Ibídem Pág. 446-447

²⁵ Ibídem Pág. 449

- d) **Funcionalismo estratégico**, en el que se muestran muchos de los rasgos del que he llamado funcionalismo sistémico.

En base a este funcionalismo entendemos que funciona dentro de una sociedad que en su interior tiene sistema, estos sistemas se pueden entender como costumbres, creencias, y maneras o tipos de asociación; pero en general que una normal penal tenga un impacto en este tipo de sociedad formada por sistema.

Es por eso que *“la ruptura de la norma no puede-según Jakobs- caracterizarse por sus consecuencias externas materializadas en un conflicto cualquiera, pues la pena sólo opera sobre la base de un comportamiento humano. Pero un comportamiento humano no ha de verse sólo como suceso ejecutado (externamente realizado), sino como una relación desde la cual el hombre previó o pudo prever lo que la realización de su comportamiento significaba”*.²⁶

Sobre los que nos plantea Jakobs, en cuanto a que el hombre tiene la facultad de decidir si realmente cumplir o no la norma penal, o en su defecto poder prever la realización de su comportamiento, nos da comprender que esta materialización es lo más importante, porque los efectos de ese comportamiento solo se dan en la realidad, y como sabemos toda conducta humana o hecho tiene que tener relevancia jurídica, siendo en este caso relevancia penal.

Es por eso que Jakobs señala que la acción delictiva es sólo una señal de rebeldía entendiendo así que las normas en la

²⁶ Ibídem Pág. 451

vida real o cotidiana pueden o no ser cumplidas, cumpliendo así las expectativas.

a.1. ESCUELAS PENODOGMÁTICAS

La importancia así como su finalidad y fundamentación de la pena se encuentran vinculadas entre sí, es así que la pena tiene un porqué de su creación, es así que justifica su existencia.

Es así que tenemos tesis absolutas y mixtas, las cuales dan un orientación desde el punto de vista de la función de la pena.

a.1.1.Tesis Absolutas

Las teorías absolutas consideran, en general que la pena es un fin en sí mismo, no un medio para conseguir un fin.²⁷

Estas tesis abarcan solamente la esencia absoluta de la pena, que a su consideración solo cumple su propio fin sin buscar o ser un medio para conseguir algo.

c) Retribucionismo

La teoría de la retribución se hunde en los ya apuntados orígenes de la pena en cuanto tal: la venganza, tan antigua como el propio hombre, y más concretamente en la ley del talión: el ojo por ojo, diente por diente.²⁸

La tesis Retribucionista aplicada a la Ley de talión es una manera dinámica de poderla entender, esto se da con la percepción que se tenía sobre realizar un daño a una persona, el castigo que debía recibir el autor de dicho acto y la propia satisfacción que tendría la víctima al ser castigado dicho malhechor. Es por eso que desde

²⁷ Ibídem Pág. 145

²⁸ Ídem

tiempo remotos, entender la pena como una venganza o castigo es verlo de manera común, puesto que lo que se busca concretamente es que a cambio de una mala acción se reciba en contraprestación un severo castigo el cual sea de la misma proporción o mayor al que fue causado; en muchos casos, citando al Imperio incaico, cuando una persona robaba, la pena o castigo que se le daba era la mutilación de una mano; en esta pena podemos darnos cuenta que no sólo era el hecho de robar sino ser desleal con toda su comunidad, además que éstas penas eran objeto de impacto social porque se sabía que la persona que tenía mutilado la mano, lo más probable es que había robado.

Podemos decir que desde que existen conductas que van en contra de una sociedad, pueblo u orden social, va existir un castigo que reprima dicha conducta, y que vele por la paz en dicha sociedad.

Kant parte de la base de que la ley penal es un imperativo categórico entendido ello en cuanto aspiración de ley general natural, de manera que incluso si la sociedad civil se disolviera con el consentimiento de todos los miembros (...) el último asesino que se encontrará en la prisión tendría que ser antes ejecutado, para que a cada cual le suceda lo que merece por sus hechos.²⁹

Como lo dice Kant, la percepción que se debe tener la pena, es como un fin y no como un medio para llegar a una cosa, es decir, que cualquier hecho que se cometa y que atente bienes jurídicos de la sociedad o de las personas, debe ser penado o castigado, porque en sí lo que interesa es que al existir una persona que ha contravenido el ordenamiento jurídico del Estado, debe ser castigada por dicho hecho, así como lo dice Kant así sea el último habitante sobre la

²⁹Ibídem Pág. 146

tierra, la pena en sí debe cumplir esa función sancionadora, sin importar otras circunstancias anexas a ésta o al hecho cometido.

d) Expecionismo

La teoría de la expiación, está actualmente superada, fundamenta la pena en cuanto acto de reconciliación moral con la sociedad.³⁰

Relacionado con la especiación de la pena, basada en la reconciliación moral con la sociedad, podemos darla a notar en épocas en donde las personas que cometían hechos delictivos o execrables podían redimir sus penas o por decirlo así el cargo de conciencia a través del perdón otorgado por los sacerdotes, quienes le ponían un precio al perdón.

En la actualidad la percepción que expecionismo está a cargo de que la pena tiene una función de reconciliación entre la sociedad y el individuo, es decir, que si el sujeto activo del delito cumple la pena que se le impone, al salir éste de la cárcel o del establecimiento penitenciario, él ya ha cumplido con la falta que ha cometido con la sociedad y por ende se ha redimido moralmente con ésta.

Llega a la consecuencia de que la pena no es un elemento fundamental, el fin, sino que viene a constituir un medio al servicio de tal reconciliación oral del delincuente con la sociedad.

Para Kholer³¹, *“la voluntad libre que se dirige contra los mandatos sociales, cae en culpa. La culpabilidad requiere la propia expiación. La expiación es reparación del mal”*.

Finalmente como nos lo dice Kholer, entender esta expiación es una reparación del mal que ha cometido el delincuente contra la sociedad y la víctima, logrando esta reparación a través de la imposición y

³⁰ Ídem

³¹ Ibídem Pág. 147

cumplimiento de la pena, ya que como lo menciona Kholer el sentimiento de culpa es síntoma de arrepentimiento y reconciliación con la sociedad, es por eso que se vería el delincuente reconciliado moralmente.

1.1.2. Tesis Relativas

Dentro de las tesis relativas tenemos:

c) Prevención general

Para la tesis general, se debe entender la pena como un medio de coacción, de amenaza a la sociedad, de manera que los ciudadanos, conscientes que de delinquir les espera tan gravosa consecuencia, se abstengan de hacerlo.³²

Se podría decir que ésta tesis es una de las más adoptadas por los Estados, en donde la prevención general que tiene la pena hará que los ciudadanos de una sociedad puedan modificar sus conductas para no realizar actos delictivos, ya que al hacerlo tendrá como contraprestación un grave castigo (pena), es por eso que a ese miedo al ser sancionados las personas no cometan delitos.

Esta prevención general nos hace pensar que si realmente las normas jurídicas penales dentro de un Estado realmente cumplieran esta función, no existiría la comisión de injustos penales, sin embargo vemos reflejado en la realidad que esto no se cumple, ya que aun así exista penas que repriman determinadas conductas que atentan contra la sociedad o bienes jurídicos de sus integrantes, existen personas que delinquen no sólo una vez sino lo hacen habitualmente y como bien lo señala Jakobs se convierten en enemigos de la sociedad- Estado.

³² Ídem

Si en base a esta prevención general se toman medidas punitivas graves como son el incremento de las penas en determinados delitos como son contra el patrimonio (robo) y contra la vida el cuerpo y la salud (homicidio y lesiones), asimismo la creación de nuevas figuras delictivas; y pese a todas estas innovaciones dentro de nuestro Estado peruano como medidas de prevención general, aun no se logra un cambio en las conductas de los individuos que integramos este país, estamos viviendo un Derecho Penal del Enemigo y aun así no existen cambios sustanciales.

Para Feuerbach y su teoría de la coacción psicológica. En ella concebía la amenaza de la pena como un modo de aplicar-reprimir en termino freudinos- la sensualidad del hombre, su natural apetito a buscar placer, cualquier placer por aberrante que parezca a cualquier precio.³³

Esta concepción que tiene Feuerbach es más psicológica, viendo en sí que es lo que motiva a una persona poder llevar a cabo un delito o crimen, estaría inmerso en el *iter criminis*, todo el proceso previo a la comisión del delito, basándose en la parte interna o psicológica. Es pues la motivación que tiene el delincuente para cometer el delito a cualquier precio, en sí, que puede estar atentando contra su propia libertad personal.

d) Prevención especial

Antón Oneca, “*refiere que se entiende por prevención especial la lucha contra el delito mediante la actuación concreta sobre el delincuente para que no vuelva a delinquir*”.³⁴

³³ Ídem

³⁴ Ibídem Pág. 148

Como bien lo dice Oneca, esta prevención se basa fundamentalmente en actuar de forma directa contra el delincuente, realizando medidas de prevención para desviar su conducta o reprimirla de alguna manera para que el sujeto activo (delincuente) no vuelva a cometer un acto contra la sociedad (delito), ni afectar bienes jurídicos protegidos.

Estas medidas concretas hacia el delincuente, se dan para que no exista reincidencia en la comisión de delitos, es decir, medidas o políticas criminales que tengan como finalidad que el delincuente por miedo a ser nuevamente sujeto de una pena o sanción drástica no cometa nuevamente un delito. Estas medidas realizan una suerte de disuasión de reincidencia hacia el delincuente y la comisión sucesiva de delitos.

Para esto debemos entender que hay tres fines que persigue la prevención especial:³⁵

- a) **La intimidación individual:** la condena constituye un reproche al delincuente por su conducta antisocial, a la vez que le advierte de que sufrirá un castigo mayor en caso de reincidencia.³⁶

En este fin de la prevención especial, relacionado con la intimidación individual, está concretamente basado en velar porque el delincuente a través de la sanción punitiva (pena), no vuelva a cometer el acto delictivo, ya que si lo vuelve a cometer ya no será su tratamiento igualitario a alguien que cometió por primera vez un delito, todo lo contrario, no gozará de algunos beneficios o en todo caso la pena por el delito cometido con reincidencia será mayor.

³⁵ Ibídem Pág. 149

³⁶ Ibídem Pág. 159

Como sabemos la pena tiene ese fin de intimidar a las personas para que no cometan delitos, es decir, que todo ciudadano que habita en una sociedad que tiene como parámetros normas y leyes para su regulación orden y paz, deben de cumplirlas para su convivencia pacífica, pero saben y conocen que al infringir alguna de estas normas, tendrán en contraprestación una pena, de acuerdo a la naturaleza de su delito y al bien jurídico protegido vulnerado.

- b) **La reeducación:** la pena no se propone ya la corrección moral o redención de la conciencia del delincuente, sino más bien su corrección civil, esto, es su readaptación a la convivencia social a través de estrategias pedagógicas de formación intelectual, trabajo y disciplina.³⁷

Sobre la reeducación, haremos un nexo con nuestra Constitución, en la cual se expresa claramente que son fines del sistema penitenciario, la reeducación del interno, esto quiere decir, que un ciudadano que ha infringido una ley penal, y tiene que cumplir pena privativa de la libertad en un establecimiento penitenciario, al egresar del mismo, está preparado para ser reinsertado a la sociedad y reeducado, de la manera en que podrá adaptarse rápidamente a la sociedad porque se le ha enseñado un oficio, o ha culminado sus estudios primarios y secundarios.

El Estado le da herramientas dentro de los establecimientos penitenciarios para que su reingreso a la sociedad sea más sencillo, y que en el futuro no piensen en delinquir nuevamente porque ahora ya tiene nuevas herramientas de subsistencia en la sociedad.

³⁷ Ibídem Pág. 160

Todo interno que ingresa al establecimiento penitenciario tiene la opción de elegir si quiere estudiar, trabajar, pero recalquemos que estas opciones que le da el establecimiento penitenciario son también parte de los beneficios penitenciarios, es decir, que al optar por estudiar o trabajar se realiza el cómputo de redención de la pena por estudio y/o trabajo. Entonces podemos apreciar que no solamente el interno busca volverse readaptar a la sociedad, sino que podemos especular y decir que el interno busca su pronta salida del establecimiento penitenciario.

El Estado vuelve a darles oportunidades a los internos para que puedan egresar del establecimiento penitenciario, asimismo que a través del estudio y trabajo puedan tener la opción de redención de la pena.

- c) **La inocuización:** la pena aparta temporalmente al delincuente, en cuanto sujeto peligroso, de la comunidad, confinándole en prisión y evitando así, mientras se van cumpliendo los fines intimidadores y reeducadores, que vuelva a hacer daño a sus conciudadanos.³⁸

En cuanto a la inocuización que tiene la pena, es decir, que todo ciudadano que integra la sociedad, al momento de cometer un delito y ser procesado y condenado por el mismo, se convierte en un sujeto que ha contravenido las normas básicas de convivencia de una sociedad o Estado, es por eso que al ser sujeto a una pena privativa de la libertad y cumplir la misma en un establecimiento penitenciario, hace que dicho individuo llamado por Jakobs “enemigo”, sea apartado de la convivencia pacífica de los otros ciudadanos, para que pueda en el tiempo que dure la pena, durante ese lapso de tiempo que el interno se encuentra recluso, se busca el cumplimiento

³⁸ Ibídem Pág.161

de los fines intimidadores y reeducadores, empezando por el primero, referido a que el “enemigo” no vuelva a cometer delitos nuevamente, y el segundo basado en que dicho interno, tiene la posibilidad de estudiar y aprender un oficio que ayudarán a su reinserción en la sociedad y su reeducación cívica.

2.2.2 Teoría de la Unión

La teoría de la Unión *“justifica la pena combinando y superponiendo los fines que postulan las distintas teorías de la pena existentes, logrando así equipararlas en importancia y rescatar las bondades de cada una de ella”*.³⁹

Esta teoría busca acoplar lo mejor de la teoría de la prevención general y especial, generando una teoría ecléctica que busca reunir la retribución, resocialización, y la prevención de estas dos teorías, para que exista un nuevo enfoque de la pena. *“La teoría preventiva de la unión tiene el mérito de rescatar solo los aspectos favorables de la prevención especial y de la prevención general”*.⁴⁰

Dentro de la teoría de la Unión tenemos que *“reconocer que ni la culpabilidad del sujeto ni la prevención por sí solas son capaces de legitimar la sanción penal, y rechazar que la retribución de la culpabilidad tenga cabida en la legitimación de la penal al no poder explicarse metafísicamente una intervención estatal como la pena”*.⁴¹

Es verdad que el Estado es el encargado de intervenir en la convivencia pacífica de los ciudadanos, y normando comportamiento que atentan contra esta convivencia pacífica, es así que en la comisión de un hecho delictivo por parte de un ciudadano, la

³⁹ MEINI, Iván, “La Penal: función y presupuestos”, Revista de la Facultad de Derecho de la Pontificia Universidad Católica del Perú, N° 71 (2013), pp.141-167. Artículo en Formato PDF [En línea]. Página web consultada <<http://revistas.pucp.edu.pe/index.php/derechopucp/issue/view/873>>, Fecha de Consulta: 10 de agosto del 2015.

⁴⁰ Ídem.

⁴¹ Ídem.

imposición de una pena o sanción penal, se debe reconocer el grado de culpabilidad del agente, ya que es parte de la prevención general la retribución por la conducta antijurídica que tuvo esta persona, pero esto no puede explicar directamente que el Estado sea el que imponga la pena. Es así que *“La pena cumple funciones de prevención especial y de prevención general, y queda limitada por la culpabilidad del sujeto”*.⁴²

Al existir la influencia de la prevención general negativa, la cual incide en la persona que aún no ha cometido ningún delito, coerción; y que es una situación como prevención a un momento anterior a la penal, y que neutraliza por el poder coercitivo de la pena la comisión de un acto delictivo, y por otro lado la prevención especial, la cual va mas allá de la imposición de la pena sino también incurre en el tratamiento penitenciario.

Dentro de las *“teorías de corte ecléctico destaca especialmente la llamada teoría de la unión o unificadora, según la cual la pena cumpliría una función retributiva, preventivo-general y resocializadora. La idea central de esta formulación doctrinal es que todas las teorías de la pena contienen puntos de vista aprovechables, por lo que conviene aprovecharlos en una formulación conjunta”*.⁴³

Bajo esta perspectiva de la cual se ve valorada la pena dentro de la Teoría unificadora o de la unión, se encuentra en su conjunto bien sustentada, ya que se busca un función retributiva, la cual está de acuerdo a la conducta de una persona al delinquir, solo está siendo castigada o penada por un acto que cometió, a retribución de dicho acto se le impone una pena, por otro lado en lo que concierne en la

⁴² Ídem.

⁴³ GARCIA CAVERO, Percy; “Acerca de la Función de la Pena” Universidad de Piura. Artículo albergado en la página web del Instituto de Ciencia Procesal Penal. Artículo en formato PDF [En Línea] Página web consultada < <http://incipp.org.pe/modulos/documentos/archivos/funcionpena.pdf> >; Fecha de consulta: 02 de junio del 2015.

función preventivo-general de la pena, ese nivel disuasivo o coercitivo que tiene la pena, es fundamental para que los ciudadanos, por temor ser sancionado o penado, no cometan actos delictivos ni conductas antijurídicas, porque saben y son conscientes que recibirán un castigo ejemplar, finalmente dentro de la función resocializadora de la pena, abarca el momento posterior a la imposición de la sanción penal, el cumplimiento de la misma en un establecimiento penitenciario, en la cual según la propia Constitución del Estado Peruano, hablando de forma particular, es un fin de la pena la resocialización del interno, ya que en un establecimiento penitenciario tendrá el Estado el deber de reinsertar a este sentenciado a la sociedad, para que no vuelva a delinquir, esa función resocializadora es la que más déficit tiene.

2.2.3. FINES DE LA PENA SEGÚN EL PLENO JURISDICCIONAL N° 00033-2007-PI/TC

a) Sentencia Pleno Jurisdiccional del Tribunal Constitucional N° 00033-2007-PI/TC ⁴⁴

a.1. Fines preventivo especiales de la pena

Fundamento N° 28, el cual señala que: “Nuestra Constitución sumándose a las concepciones que garantizan a la persona un tratamiento penitenciario acorde a su condición de ser humano, aún cuando, como en el presente caso, se encuentra privado de su libertad, ha tomado la teoría de la prevención especial de la pena y expresamente la ha regulado en el artículo 139º, inciso 22), que establece:

“El principio de que el Régimen penitenciario tiene por objeto la reeducación, rehabilitación y reincorporación del penado a la sociedad”.⁴⁵

El Estado peruano cuenta con un tratamiento penitenciario, que no es del todo eficiente, pero aun así lo que señala este fundamento es que al tener este

⁴⁴ Sentencia Pleno Jurisdiccional del Tribunal Constitucional N° 00033-2007-PI/TC

⁴⁵ Ídem.

tratamiento penitenciario, para los sentenciados que cumplen su condena en establecimiento penitenciarios, son tomadas estas condiciones como parte de la prevención especial de la pena, sobre el objeto del régimen penitenciario como la reeducación rehabilitación y reincorporación del penado en la sociedad.

Fundamento N° 30, que a la letra dice: *“Así, la prevención especial hace referencia al procedimiento que tiene como objetivo la “resocialización” de los internos sometidos a un régimen penitenciario. El concepto de resocialización, si bien es cierto no se encuentra expresamente en la Constitución se puede deducir ella de los fines que la establece. Entonces “Este concepto (la resocialización) comprende tanto el proceso reeducativo como el resultado, la reincorporación social, sin que se descuide tampoco la comprensión jurídica de este resultado y que es determinada por la rehabilitación”.*⁴⁶

La resocialización es parte fundamental de la reincorporación del penado a la sociedad, es pues esta resocialización la que constituye que el condenado vuelva a vivir dentro de la sociedad, pero con un estilo de vida, que este al margen de la comisión de delitos. Dentro de la finalidad de la pena, preventivo especial, la resocialización es importante ya que comprende la rehabilitación y la reeducación del interno, cabe mencionar que no se encuentra expresamente en la Constitución.

a.2. Fin preventivo general de la pena

Fundamento N° 36, que señala: *“Así como nuestro ordenamiento constitucional ha reconocido como finalidad al régimen penitenciario los fines preventivos especiales tal como se ha determinado en los fundamentos precedentes; así también la Constitución ha establecido en el artículo 44º primer párrafo una “finalidad preventivo general de la pena” y la ha regulado de la siguiente manera: “Son deberes primordiales del Estado: defender la soberanía nacional; garantizar la plena vigencia de los derechos humanos; proteger a la población de las amenazas contra su seguridad; y promover el*

⁴⁶ Ídem.

bienestar general que se fundamenta en la justicia y en el desarrollo integral y equilibrado de la Nación".⁴⁷

Este fin preventivo general de la pena, se basa fundamentalmente en los deberes que tiene el Estado, sobre todo lo que debe garantizar, es así que se contempla la defensa de la soberanía nacional, la plena vigencia de los derechos fundamentales, promover el bienestar general que se funda en la justicia, etc; estas responsabilidades que tiene el Estado las debe cumplir a cabalidad, para que exista paz en nuestra sociedad.

Fundamento N° 37, que a la letra dice: *“En ese sentido, se entiende por fin preventivo general, es decir, lo que se interpreta de este artículo de la Constitución, que el Estado tiene la obligación de proteger a la población de las amenazas contra su seguridad, así se podría concluir que incluye a estas tareas el trazar las políticas criminales otorgando una finalidad intimidatorio o integrativa de la pena. “Solo de esta manera es posible justificar la necesidad de imponer y ejecutar una pena privativa de la libertad de un condenado aunque este no requiera ser resocializado.” Por ello el Estado diseña políticas criminales a fin de asegurar la seguridad de la población y el orden público interno y ello incluye la dación o restricción de algunos beneficios penitenciarios de las personas privadas de su libertad durante la ejecución de la pena (...)*”.⁴⁸

Dentro de la prevención general, el Estado protege a los ciudadanos que lo conformamos, porque es una de sus obligaciones, de igual manera que tiene que optar por medidas o políticas criminales que tengan por finalidad intimidar a los sujetos para que no cometan delitos, y no pongan en riesgo la sociedad, asimismo para que no atenten contra sus mismos miembros.

⁴⁷ ídem.

⁴⁸ ídem.

2.3 ANTECEDENTES HISTÓRICOS FILOSÓFICOS DEL DERECHO PENAL DEL ENEMIGO

Desde épocas muy remotas se ha denominado a ciertas personas como enemigos, a los cuales se les ha categorizado de manera distinta a los ciudadanos comunes, esta categorización se determinaba por los derechos que gozaban y que perdían al ser considerados enemigos.

2.3.1 Santo Tomas De Aquino

En su obra La Summa Teológica, sostiene que *“todo poder correctivo y sancionario proviene de Dios, quien lo delega a la sociedad de hombres, por lo cual el poder público está facultado como representante divino, para imponer toda clase de sanciones jurídicas debidamente instituidas con el objeto de defender la salud de la sociedad. De la misma manera que es conveniente y lícito amputar un miembro putrefacto lo es también eliminar al criminal pervertido mediante la pena de muerte para salvar al resto de la sociedad”*.⁴⁹

Asimismo dice Santo Tomás en la Summa Teológica Parte I, cuestión 65, que a *“ninguna cosa se le niega una dignidad que le corresponde por naturaleza, como no sea por su culpa”*.⁵⁰

2.3.2 Thomas Hobbes

Hablando del tema en concreto, los primeros esbozos del Derecho Penal del Enemigo los podemos encontrar en la Teoría de *Hobbes*, en la cual él habla sobre un contrato de sumisión, esta sumisión se da por medio de la violencia y así mismo postula *Hobbes*, que en un

⁴⁹ Derecho Penal del Enemigo, Investigación realizada por Lorenzo Flores, Rossmery Elvira; Macuri Luna, María Rosario; Mendoza Retamozo, Aissa Rosa; Mendoza Vásquez, Enrique; Navarro Martínez, Dante Guillermo; Sueno Chirinos, Zoila Marianela; Universidad de San Martín de Porres, Facultad de Derecho y Ciencia Política, Escuela de Posgrado, Doctorado en Ciencias Penales, se encuentra ubicado en la Sección de Posgrado y Doctorado de la USMP, en el área de Trabajos de Investigación; Lima, diciembre del 2006; archivo en formato PDF [Contenido en línea], http://www.derecho.usmp.edu.pe/postgrado/doctorado/trabajo_de_investigacion/2006/DERECHO_PENAL_ENEMIGO.pdf, fecha de consulta el día 30 de agosto del 2014. Pág. 6

⁵⁰ *Ibidem*. Pág. 7

principio se encuentra el delincuente en su rol de ciudadano; este ciudadano no puede eliminar por si mismo este status. Sin embargo, la situación es distinta cuando se trata de una rebelión, es decir, de alta traición: *“Pues la Naturaleza de este crimen está en la rescisión de la sumisión, lo que significa una recaída en el estado de naturaleza... Y aquellos que incurran en tal delito no son castigados en cuanto súbditos, sino como enemigos”*.⁵¹

Con esta apreciación de *Hobbes* podemos ver la diferenciación que hace entre un ciudadano y uno que deja de serlo para convertirse en un enemigo, por no haber cumplido con este contrato de sumisión y al atentar contra el Estado; este mismo Estado debe proporcionar seguridad a las personas, y es por eso que debe actuar severamente en contra de las personas que atentan esta seguridad y orden jurídico. Para *Hobbes* el reo de alta traición debe ser considerado como un enemigo.

De igual manera nos dice *Hobbes* que *“cada hombre en el estado de naturaleza debía ser único juez de los medios necesarios para su propia conservación, por lo que en este estado cada quien tenía derecho a todo, era una guerra de todos contra todos”*.⁵²

Es así que Hobbes hace mención de un Derecho de Guerra el cual debe ser el que sancione a los que atenten contra la sociedad o estado y en este último párrafo nos dice que el hombre es quien debe velar por su propia supervivencia o conservación en el tiempo, en tiempos muy remotos y que expresado hoy en día en donde existe un estado, este debe velar por separar a estas personas que atentan

⁵¹ JAKOBS, GUNTHER y CANCIO MELÍA, MANUEL; Derecho Penal del Enemigo, Editorial CVITAS, Primera Edición España – 2003. Págs.28-29

⁵² Derecho Penal del Enemigo, Investigación realizada por Lorenzo Flores, Rossmery Elvira; Macuri Luna, María Rosario; Mendoza Retamozo, Aissa Rosa; Mendoza Vásquez, Enrique; Navarro Martínez, Dante Guillermo; Sueno Chirinos, Zoila Marianela; Universidad de San Martín de Porres, Facultad de Derecho y Ciencia Política, Escuela de Posgrado, Doctorado en Ciencias Penales, se encuentra ubicado en la Sección de Posgrado y Doctorado de la USMP, en el área de Trabajos de Investigación; Lima, diciembre del 2006; archivo en formato PDF [Contenido en línea], http://www.derecho.usmp.edu.pe/postgrado/doctorado/trabajo_de_investigacion/2006/DERECHO_PENAL_ENEMI_GO.pdf, en Pág. 8

contra las personas y atentan contra la sociedad, imponiéndoseles castigos o penas severas.

Siendo así que en la postura de Hobbes o sus postulados se ven rasgos o tendencia semejantes al Derecho Penal del Enemigo.

2.3.3 Jean-Jacques Rousseau

Rousseau, también nos habla de que: “cualquier malhechor, que ataque el derecho social deja de ser miembro del Estado, puesto que se halla en guerra con este, como demuestra la pena pronunciada en contra del malhechor”.⁵³

Como plantea Rousseau, las personas suscriben un contrato por el cual se da inicio a un Estado, al contravenir o atentar a dicha sociedad organizada, el delincuente o malhechor como lo denomina *Rousseau*, ha infringido dicho contrato y es por eso que ya no debe de participar o gozar de los beneficios de este, y que a partir de ese momento deja de integrarlo jurídicamente como los demás miembros de este Estado.

2.3.4 Immanuel Kant

Otro filósofo que da las primeras ideas de un Derecho Penal del Enemigo es *Kant*, el dice que: *“toda persona se encuentra autorizada para obligar a cualquier otra a entrar en una constitución ciudadana..., en consecuencia, quien no participa en la vida en un “estado comunitario -legal” debe irse, lo que significa que es expedido (o impedido a la custodia de seguridad); en todo caso, no hay que tratarlo como persona, sino que se le puede tratar como un enemigo”*.⁵⁴

⁵³ JAKOBS, GUNTHER y CANCIO MELÍA, MANUEL; Derecho Penal del Enemigo, Editorial CVITAS, Primera Edición España – 2003. Pág. 26

⁵⁴ Ídem. Pág.31

Como nos dice *Kant*, una persona que atenta contra el orden público y la sociedad no debe ser tratada igual, el Derecho Penal del Enemigo como lo plantea *Kant*, combate peligros, y no necesariamente se le va a privar de todos sus derechos a este enemigo.

2.3.5 Johann Gottlieb Fichte

Otro filósofo que también da nociones de un Derecho Penal del Enemigo es *Fichte*, el cual nos dice que: “*quien abandona el contrato ciudadano en un punto en el que en el contrato se contaba con su prudencia, sea de modo voluntario o por imprevisión, en sentido estricto pierde todos sus derechos como ciudadano y como ser humano, y pasa a un estado de ausencia completa de derechos*”.⁵⁵

Fichte, es más drástico con aquellas personas que rompe o contraviene dicho contrato, nos habla que deja de tener todos los derechos que se le otorgó al suscribir el contrato y al igual que *Hobbes* y *Kant*, nos habla de que un ciudadano puede pertenecer a un Estado de manera voluntaria o por sumisión como lo decía *Hobbes* en su Teoría; se habla de una muerte en la sociedad, y que deja de ser ciudadano, ya pierde este status.

2.4 DEFINICIÓN DE DERECHO PENAL DEL ENEMIGO

En el año de 1985, Gunther Jakobs introdujo la idea actual de Derecho Penal del Enemigo, en la forma de un concepto doctrinal, y también como un postulado político criminal.⁵⁶

Según Gunther Jakobs, “*el Derecho Penal del Enemigo se caracteriza por tres elementos: en primer lugar, se consta un amplio adelantamiento de la punibilidad, es decir, que en este ámbito, la perspectiva del ordenamiento*

⁵⁵ Ídem. Pág.27

⁵⁶ Citado por GRACIA MARTIN, Luis ; Modernización del Derecho Penal y el Derecho Penal del Enemigo, Editorial IDEMSA ,Edición Peru-2007,Pág.193

*jurídico- penal es prospectiva (punto de referencia: el hecho futuro), en lugar de –como es habitual- retrospectivo (punto de referencia: el hecho cometido). En segundo lugar, las penas previstas son desproporcionalmente altas: especialmente, la anticipación de la barrera de punición no es tenida en cuenta reducir en correspondencia la pena amenazada. En tercer lugar, determinadas garantías procesales son relativizadas o incluso suprimidas”.*⁵⁷

En la conceptualización que nos da Gunther Jakobs, el primer elemento que nos señala es el adelantamiento de la punibilidad, desarrollando este punto podemos precisar que parte desde un hecho que aún no se ha concretado en la realidad; el incremento de la pena como único control de la criminalidad hace referencia a las medidas que se deben tomar antes del hecho delictivo; el segundo punto que habla de penas desproporcionalmente altas; ya que como lo manifiesta Jakobs, las penas para los delitos que atentan en mayor medida con la seguridad de una sociedad deben ser mayores, y también que los que son considerados enemigos de esta, deben tener una medida de seguridad y no una pena; también podemos decir que estas conductas son lejanas y que implican un nuevo riesgo no permitido para un Estado; y en el tercer punto dice que determinadas garantías procesales son suprimidas, con el modelo que plantea Jakobs, estas garantías procesales o constitucionales no corresponden a un enemigo, ya que una persona que atenta contra la seguridad de la sociedad y del orden de un Estado, no debe gozar de ninguna de estos beneficios o garantías, especialmente este punto que propone Jakobs tiene gran crítica, y lo desarrollaremos posteriormente.

También se ha incorporado un concepto por parte de Silva Sánchez, “*el cual plantea su propia concepción político-criminal; en su posición, en este momento se están diferenciando dos velocidades en el marco del ordenamiento jurídico: la primera velocidad sería que el sector del ordenamiento en el que se impone penas privativas de libertad, y que deben mantenerse de modo estricto los principios político-criminales, las reglas de imputación y los principios procesales clásicos; la segunda velocidad vendría*

⁵⁷ JAKOBS, GUNTHER y CANCIO MELÍA, MANUEL; Derecho Penal del Enemigo, Editorial CIVITAS, Primera Edición España – 2003.Pág.105

*constituida por aquellas infracciones en las que, al imponerse solo penas pecuniarias o privativas de derechos- tratándose de figuras delictivas de nuevo cuño- cabría flexibilizar de modo proporcionado a la menor gravedad de las sanciones esos principios y reglas; y el derecho del enemigo como tercera velocidad en el que coexistirían la imposición de penas privativas de libertad y, a pesar de su presencia, la flexibilización de los principios político-criminales y las reglas de imputación”.*⁵⁸

El aporte que nos da Silva Sánchez, es muy importante, ya que hace una diferenciación a través de sus velocidades, en la primera velocidad, habla de que el ordenamiento impone penas privativas de la libertad, y que en éstas deben persistir las garantías constitucionales y procesales; en la segunda velocidad, que en las nuevas figuras delictivas o infracciones de menor nivel, se deben adoptar por las penas pecuniarias y conjuntamente persisten estas garantías; en la tercera y última velocidad, que corresponde al Derecho del Enemigo, propone que deben coexistir las penas privativas de la libertad, y que también deben estar los principios y garantías procesales pero que debe haber una flexibilización de los mismos en su aplicación a cada caso; al igual que Jakobs, habla sobre la imposición de penas privativas de la libertad, que vendrían hacer la pena máxima en un ordenamiento jurídico, exceptuando otros países que tiene un sistema jurídico distinto al nuestro. Silva Sánchez con esta concepción da niveles de intensidad en los preceptos jurídicos, y también tiene que darse importancia a la intervención del juez, ya que es él quien valorará el contexto del delito, para así poder aplicar uno de estos tres niveles dependiendo también la magnitud del delito, pero de ninguna manera el delincuente deberá ser privado de sus derechos y garantías que son constitucionalmente reconocidas.

2.4.1 DESCOMPOSICIÓN DE CIUDADANO A ENEMIGO

La conceptualización que tenemos de ciudadanos, es que son individuos que integran una sociedad organizada y que gozan de titularidad de derechos y

⁵⁸ JAKOBS, GUNTHER y CANCIO MELÍA, MANUEL; Derecho Penal del Enemigo, Editorial CVITAS, Primera Edición España – 2003 Pág. 83

deberes propios que deben ser cumplidos. Y un enemigo es una persona que van en contra de un grupo de personas, de su manera de actuar o de pensar. Al saber estas dos diferencias entre ciudadano y enemigo; la transformación que existe entre un ciudadano que respeta todas las normas de convivencia de la sociedad, y que conviven con sus derechos y deberes tanto de él como de otros; al ser considerado un enemigo es porque ha vulnerado con sus conductas el orden social de un Estado; no es lo mismo juzgar a un ciudadano que infringió la ley por un robo, que juzgar a un individuo que asesinó a 30 personas.

Lo que postula Jakobs es que *“el Estado puede proceder de dos maneras con los delincuentes: puede verlos como aquellas personas que han cometido un error, o como individuos que con sus delitos pueden destruir el orden jurídico y por eso mediante la coacción se deben aplicar medidas de seguridad”*⁵⁹. Dicho Estado, no puede tratar como personas a estos individuos, ya que al hacerlo también estaría atentando contra la seguridad de las demás personas que pertenecen a éste.

Esta descomposición de ciudadanos a enemigos, es lo que le da el carácter excepcional al Derecho Penal Enemigo, ya que lo constituye como un ordenamiento diferente y excepcional, a comparación del Derecho Penal Ordinario. Como afirma Jakobs *“los enemigos son actualmente no personas”*⁶⁰, por lo que plantea Jakobs, un ciudadano deja de serlo, porque ha ido en contra del orden jurídico de una sociedad atentado contra ésta, no mereciendo ser reconocido como una persona ni ser tratado igual que un ciudadano. El Estado no debe tratarlo como persona, porque estaría vulnerando los derechos de las demás personas que integran la sociedad.

Como lo aclara Silva Sánchez “el tránsito del “ciudadano” al “enemigo”, se iría produciendo mediante la reincidencia, la habitualidad, la profesionalidad delictiva y, finalmente a la integración en organizaciones delictivas

⁵⁹ Ídem Pág.47

⁶⁰ Citado por GRACIA MARTIN, Luis ; Modernización del Derecho Penal y el Derecho Penal del Enemigo, Editorial IDEMSA ,Edición Peru-2007,Pág. 255

estructurales”⁶¹. Entonces como lo dice Silva, esta descomposición de ciudadano a enemigo, se haría a través del tiempo, la habitualidad, reincidencia y también de que este individuo integre una organización delictiva; este ciudadano deja de serlo para convertirse en enemigo, por estas circunstancias se vuelve un delincuente con un extenso prontuario, ya que al ser recurrente todos estos elementos que señala Silva, no se habla de un simple infractor de ordenamiento jurídico sino realmente en un “enemigo” para la seguridad y tranquilidad de las personas.

Si bien es cierto existe una descomposición o transición de un ciudadano a enemigo, esto resulta evidente cuando hablamos que el Derecho penal del ciudadano tiene como bien el restablecimiento o reparación de la vigencia de la norma, cuando un ciudadano infringe la misma, al hacerlo y luego comprometerse a no cometer otro delito o infracción, la norma ha cumplido una de sus funciones esenciales, es así que en contra posición el Derecho penal del enemigo se dirige al combate de peligros⁶², esto quiere decir que se busca el adelantamiento de la punibilidad, la modificación de dispositivos legales que harán severas las normas, para que estos enemigos (delincuentes) a la hora de infringir la ley, sean duramente castigados.

2.5 DIFERENCIA ENTRE DERECHO PENAL DEL ENEMIGO Y DERECHO PENAL DEL CIUDADANO

2.5.1 DERECHO PENAL DEL CIUDADANO

Para Jakobs “*sí habría individuos que tendrían que ser diferenciado como enemigos*”⁶³; que como sabemos estos individuos vendrían a ser los ciudadanos a los cuales les corresponde el Derecho Penal del Ciudadano en contra posición del Derecho Penal del Enemigo.

⁶¹ Ibídem. Pag.201

⁶² CANCIO MELIÁ / GÓMEZ JARA DÍEZ; Derecho Penal del Enemigo, El discurso penal de la exclusión, El Derecho Penal del Enemigo: Evolución (¿o ambigüedades?) del concepto y su justificación, autor Juan Luis Modolell González; Tomo II, Editorial EDISOFER, Edición 2006- Argentina. Pág.323

⁶³Idem,Pág.200

Estos dos Derechos, se superponen llegando a una conclusión en donde al autor de un delito sea tratado como persona (Derecho Penal del Ciudadano) y que al mismo autor sea tratado como un peligro al orden jurídico y social de una sociedad (Derecho Penal del Enemigo).

Entonces tenemos que el Derecho Penal del Ciudadano no se encuentra tan lejano al Derecho Penal del Enemigo, la diferencia recae sobre el trato que se le da a la persona, la pena y beneficios penales.

En el caso del Derecho Penal del Ciudadano, la pena es una especie de indemnización que es ejecutada forzosamente a costa de la persona del delincuente: la pena es contradicción-esto resulta evidente- e infringir dolor, y este dolor se mide de tal modo que la cimentación cognitiva de la norma quebrantada no sufra por el hecho cometido.⁶⁴

En otras palabras lo que nos dice este párrafo es que realmente va haber un cambio del ciudadano cuando le imponen una pena, puesto que éste va a tener un cambio en su perspectiva, pero si hablamos de un delincuente, esto no va a suceder, porque no va a sentir ese remordimiento por haber cometido un delito y ser víctima de una pena, sino que por lo contrario le será indiferente, puesto que cuando hablamos de enemigos, se habla de personas que han cometido delitos con anterioridad, o delitos realmente execrables.

⁶⁴ CANCIO MELIÁ / GÓMEZ JARA DÍEZ; Derecho Penal del Enemigo, El discurso penal de la exclusión, ¿Derecho Penal del Enemigo? Un estudio acerca de los presupuestos de la juridicidad, autor Gunther Jakbos; Tomo II, Editorial EDISOFER, Edición 2006- Argentina. Pág. 111

2.5.2 DERECHO PENAL DEL ENEMIGO

Para el Derecho Penal del Enemigo, “existe la renuncia a las garantías materiales y procesales del Derecho Penal”.⁶⁵

Las Características que presenta el Derecho Penal del Enemigo son dos:⁶⁶

- *La primera correspondiente a que está representada por aquellos tipos penales que dan lugar a una amplia anticipación de la punibilidad y a momentos en que los actos realizados solo tiene carácter de preparatorios de hechos futuros.*
- *Y la segunda que permitiría adscribir a una regulación al Derecho Penal del Enemigo, sería la de la desproporcionalidad de las penas.*

La primera característica que nos habla sobre la amplia anticipación de la punibilidad y sobre actos realizados que tiene carácter de preparativos y de hechos futuros, ponen en amenaza permanente a la seguridad de la sociedad, actos que tenga colaboración con organizaciones delincuenciales, así como conductas que favorezcan la existencia y permanencia de estas mismas.

Con el Derecho Penal del Enemigo lo que busca Jakobs es “*la progresiva conciencia de los riesgos presentes*”⁶⁷, esto quiere decir, la imposición de penas mayores a las personas consideradas enemigos, que son generadores de peligros a la sociedad, es entonces que se busca la seguridad, permanencia de la sociedad en el tiempo a través de la imposición de estas penas, así como la prevención de futuros delitos; entonces se ve que esta conciencia de riesgos presentes, es la prevención de parte del ordenamiento jurídico, el cual debe prever y asegurar la permanencia de la sociedad a través de la implementación de penas más severas para los delincuentes.

⁶⁵Citado por GRACIA MARTIN, Luis ; Modernización del Derecho Penal y el Derecho Penal del Enemigo, Editorial IDEMSA ,Edición Peru-2007, Pag 206

⁶⁶ Ibídem Pág.207

⁶⁷ Citado por NAVARRETE POLAINO, Miguel; XVII Congreso Latinoamericano , IX Iberoamericano I Nacional del Derecho Penal y Criminología Guayaquil –Ecuador 2005; Editorial Ara Editores, Perú 2005 Pág. 76

2.6 PARTICULARIDADES TÍPICAS DEL DERECHO PENAL DEL ENEMIGO

Se Considera que el Derecho Penal del enemigo tiene características primordiales entre ellas tenemos: ⁶⁸

- a) *Amplio adelantamiento de la punibilidad, es decir, cambio de la perspectiva del hecho producido por la del hecho que se va a producir, siendo aquí ejemplificadores los tipos de creación de organizaciones criminales o terroristas.*

Al hablar de un adelantamiento de la punibilidad no es otra cosa de la prevención en la comisión de delitos, a través de políticas criminales que tiene como eje primordial el aumento de penas en determinados delitos que existen en un ordenamiento jurídico penal, es decir, en el Código Penal, de la misma manera se puede entender como adelantamiento de la punibilidad la integración de nuevas figuras delictivas incipientes en la sociedad, con el fin de ser reprimidas oportunamente por el Estado, como un tipo de protección a la sociedad.

Es ejemplificador para los tipos de creación de organizaciones criminales o terroristas, que vendrían a realizar conductas antijurídicas y que afectan a un Estado; realizar estas medidas de adelantamiento de la punibilidad, tiene como consecuencia la protección oportuna del Estado contra actividades terroristas o referentes a organizaciones criminales; todas estas medidas son expresión de la política criminal de un Estado.

Si se llega a cumplir efectivamente todas estas medidas – adelantamiento de la punibilidad-, el Estado estaría cumpliendo su función de proporcionar seguridad a la sociedad, y asimismo velar por su permanencia en el tiempo.

⁶⁸ BLANCO LOZANO, Carlos; Tratado de Política Criminal, Tomo I, Fundamentos científicos y Metodológicos de la lucha contra el delito, Editorial Bosch Penal, Impreso en España. Pág. 209 (pie de página)

- b) *Falta de una reducción de la pena en proporción al precitado adelantamiento, por ejemplo, la pena para el cabecilla de una organización terrorista es igual a la del autor de una tentativa de asesinato, ello cuando se aplica a la aminoración de la tentativa, y en su mayoría sobrepasa ostensiblemente las penas reducidas para la tentativa previstas en los otros delitos de asociaciones terroristas mencionados.*

Cuando mencionamos la reducción de la pena en proporción al precitado adelantamiento no es otra cosa que la circunstancias de calificación del delito, es decir, la función que realiza el fiscal representante del Ministerio Público, en todo momento se debe considerar el animus de comisión del delito asimismo el grado de consumación del mismo y las circunstancias eximentes o agravantes de la responsabilidad del sujeto activo del delito.

Todas las consideraciones antes mencionadas son parte importante en la calificación del delito cometido por una persona y parte del adelantamiento de la punibilidad, porque el tratamiento que se le debe dar a una persona que cometió lesiones culposas no debe ser el mismo que el que cometió lesiones culposas, asimismo tentativa de robo con haber consumado el robo.

Existen circunstancias que se deben considerar al momento de calificar el delito y al momento de la imposición de la pena, realizada por el juez. Al variar claramente la situación del sujeto activo que cometió el delito y favorecerle de manera inmediata este tipo de circunstancias calificativas atenuantes del delito.

- c) *Paso de la Legislación de Derecho penal a la legislación de la lucha para combatir la delincuencia, en la que, de lo que se trata, es de combatir la delincuencia económica, el terrorista, la criminalidad*

organizada, pero también-con alguna perdida de contornos- delitos sexuales y otras conductas penales peligrosas, así como- abovedando todo ello- la delincuencia en general.

Este cambio de un Derecho Penal y una legislación de lucha contra la delincuencia son distintos, puesto que esta modificación se hace porque el Estado no puede lograr combatir el crimen y tiene que modificar su legislación de manera preventiva, asimismo aumentar la pena de los delitos, disminuir beneficios penitenciarios en los delitos que atentan directamente contra la soberanía del Estado y los bienes jurídicos protegidos de mayor importancia para una sociedad, que vendrían hacer contra la vida, el cuerpo y la salud y el patrimonio.

Todas las conductas que sean consideradas peligrosas para la consecución de la sociedad o Estado en el tiempo, deben ser suprimidas de manera inmediata, asimismo el tratamiento que se le da a los terroristas o jefes de bandas criminales, ya que debe ser diferenciado, al no ser el mismo tratamiento que a una persona que ha cometido una falta, a alguien que es reincidente en la comisión de un delito, o es jefe de una banda criminal.

Es por eso que el Estado es un ente que reprime conductas que lo afecten directamente o a los miembros que lo integran; cumpliendo su función protectora de la sociedad.

d) Supresión de garantías procesales, como ocurre con la verbigracia con la incomunicación del proceso.

Se dice que la suprimir todo tipo de garantías procesales, se habla de un Derecho Penal del Enemigo, puesto que la persona dejaría su status de “ciudadano” que goza de todos sus derechos-garantías, y pasar ser un “enemigo”, el cual es considerado un objeto externo de la sociedad, que busca su desunión. Al considerar esto cierto la falta

de garantías procesales es algo común, porque no puede gozar de garantías, beneficios o derechos una persona que quiere atentar contra el status quo de las cosas, y contra el Estado mismo.

Pero dentro de nuestro Estado constitucional de derecho, “es descabellada esta idea”, puesto que la defensa y protección de la persona humana y su dignidad es la base fundamental de un Estado con este tipo de características, “de manera formal”.

Básicamente al hablar de garantías procesales que son consideradas por toda legislación, y reconocida por pactos y declaraciones internacionales, retorna bárbaro dejar de considerar estas garantías en un proceso todo porque el agente o sujeto activo es considerado enemigo de la sociedad.

2.7. CRÍTICAS AL DERECHO PENAL DEL ENEMIGO

Las críticas que se pueden dar al Derecho Penal del Enemigo se pueden explicar que son a partir de una disposición emocional, o una sensibilidad que se encuentra en la conciencia de cada persona, así también de la susceptibilidad de la misma.

Como lo dice Jakobs “*el mundo puede dar miedo, y de acuerdo a una vieja costumbre, se mata al mensajero que trae una mala noticia por lo indecoroso de su mensajes*”⁶⁹, es así como ve Jakobs a las críticas de su Teoría.

Existen dos marcadas críticas y estas son:⁷⁰

⁶⁹ Citado por GRACIA MARTIN, Luis ; Modernización del Derecho Penal y el Derecho Penal del Enemigo, Editorial IDEMSA ,Edición Peru-2007, Pag.263

⁷⁰ Ídem Pág. 266

2.7.1 Carácter histórico relativo de los contenidos materiales de los ordenes ético-sociales como obstáculo al etiquetamiento y exclusión de individuos como “enemigos”

Welzel, dice *“un orden social que intenta imponer una concepción del mundo por medio de la sanción, entrará fácilmente en conflicto con la conciencia de los individuos”*.⁷¹

El Estado busca una condición en la sociedad en la cual exista una convivencia pacífica entre los hombres, como el desarrollo de su proyecto de vida, y subsistencia de la misma de la sociedad; es por eso que debe tomar decisiones para poder preservar esta tranquilidad, y esto lo hace a través del ordenamiento jurídico, el cual por medio de la leyes modifican las conductas y comportamientos de las personas para que no atenten contra la seguridad de la sociedad.

En esta crítica que se da al Derecho Penal del Enemigo tenemos que se debe impedir que el Estado realice una exclusión y etiquetamiento de un hombre al llamarlo “enemigo”, y que esto solo llevaría a la deshumanización del mismo, siendo degradado en su condición de persona (ciudadano) y ser considerado como enemigo de la sociedad.

“Los contenidos materiales de los órdenes éticos y sociales son relativos y contingentes, porque no puede ser admisible ninguna regulación jurídica de las relaciones sociales, de la instituciones sociales por medio de las que se canalizan aquellas, así como también de las estructuras jurídico-políticas del Estado, que imponga una determinada concepción del mundo”.⁷²

En esta regulación jurídica por parte del Estado no debe existir la exclusión de grupos sociales o de personas; así también se tiene que dar el ejercicio de las libertades y derechos de todas las personas que viven en una

⁷¹ Ídem Pág. 267

⁷² Ídem Pág. 268

sociedad políticamente organizada, tan solo por el hecho de ser seres humanos y pertenecer a ella.

Pero en la realidad de los Estados, sabemos que no ocurre esta igualdad de trato, porque existe la diferenciación de los mundos sociales referentes a la libertad de las personas; los Estados “*optan por la realización de prácticas contrarias a la legalidad vigente*”⁷³, realizan esto para velar por el bien común, que sería la seguridad de la sociedad y de cierta manera es comprensible estas medidas que realizan los Estado, para poder frenar la delincuencia y el caos social.

Welzel, “*la idea fundamental de la democracia es, por ellos, el aseguramiento de la disposición fundamental de todos los grupos en lucha por el poder político, a que la lucha por el orden social justo sea llevada a cabo como una lucha de ideas, y esto sobre todo sin trata de aniquilar como enemigo al que piensa de otra manera, tan pronto como se han conseguido la mayoría y el poder*”.⁷⁴

Como dice Welzel, al realizar este etiquetamiento a los individuos denominándolos “enemigos”, se estaría atentando contra la libertad de las personas y grupos sociales que no piensan igual a las personas que tienen poder dentro de una sociedad. La democracia es reconocer la libertad de las personas que integran una sociedad, no se puede etiquetar a las personas como lo hace Jakobs y que dejen de ser tratados como ciudadanos al ser denominados “enemigos” del orden jurídico, político y social de una sociedad; se estaría atentando con su misma condición de personas.

⁷³ Ídem Pág. 269

⁷⁴ Ídem. Pág. 271

2.7.2 El descubrimiento histórico de la dignidad humana como límite absoluto del poder y como condición de admisibilidad de un orden social como Derecho.

En esta segunda crítica, tenemos la dignidad humana que se encuentra relacionada con el concepto de persona; un hombre que posee un psiquis y un soma, es el sujeto de la dignidad humana. Según nos dice Kant “*el hombre es un fin en sí mismo que no puede ser nunca utilizado como medio por nadie, ni siquiera Dios*”.⁷⁵

Esta dignidad no se pierde cuando una persona ha delinquido, sigue siendo persona y por ende tiene dignidad. Así como distingue Kant “*entre la personalidad civil y la personalidad innata, es ésta última precisamente la que debe proteger al delincuente frente a toda posible instrumentalización y arbitrariedad*”⁷⁶. Como sabemos cuando una persona ha sido condenada por un delito y tiene que cumplir una pena privativa de la libertad, en la sentencia se estipula que pierde derechos civiles, y como vemos son a los que se refiere Kant, pierde esa personalidad civil, pero nunca debe perder la personalidad innata; en la cual se encuentra la dignidad, por más que sea un avezado delincuente, éste siempre tiene derechos que protegen su dignidad después de ser sentenciado y que reciba dentro del centro de readaptación a la sociedad un trato digno, porque a pesar de todo nunca dejó de ser una persona.

Estas críticas que se dan a la Teoría planteada por Jakobs; son desde una perspectiva humanista, ya que es totalmente cierto que se debe tener respeto por la dignidad de la persona y que ésta misma es un fin supremo del Estado, el cual se encuentra obligado a respetarlo; pero al referirnos a ciudadanos que han perdido este status, estatus de ciudadano para convertirse en enemigos, así como lo dice Hobbes; se puede seguir considerando ciudadanos a una persona que está atentando

⁷⁵ Ídem Pág. 277

⁷⁶ Ídem Pág. 277

deliberadamente contra el Estado, dentro de la misma sociedad, sin hacer una distinción, puesto que al atentar al régimen al que pertenecen están desnaturalizando el parte de subordinación que han realizado con el Estado, y por esa sencilla razón, no deben integrar la sociedad.

CAPÍTULO III

NEOCONSTITUCIONALISMO

3.1. CONSTITUCIONALISMO MODERNO

El Constitucionalismo que es base primordial del Neoconstitucionalismo, tiene como influencia de sus inicios, la Revolución americana y francesa, es así que el Neoconstitucionalismo tiene una tendencia o pertenencia europea, no sólo por la revolución francesa, sino porque en varios de sus principios institucionales se pueden reconocer su fuente de inspiración en la tradición americana, pero las más valiosas elaboraciones jurisprudenciales, se han dado en el tribunal constitucional alemán en los primeros años de labor jurisprudencial luego de la sanción de la llamada Ley de Bonn, aunque su conceptualización y denominación son más recientes y han tenido lugar principalmente en Italia y España, es una corriente jurídica reciente y en proceso interno de conformación y consolidación⁷⁷.

Dentro de esto podemos entender que todo el devenir histórico que hay en nuestra sociedad, hace que existan nuevas perspectivas en cuanto a los derechos de las personas (derechos fundamentales), porque si partimos desde las revoluciones tanto americana como francesa, lo que se busca es la independencia, la libertad, el respeto de los derechos fundamentales que no se encuentra muy distante de lo que se busca hoy en día, ya que al estar inmersos en el Neoconstitucionalismo al igual que en épocas remotas también buscamos esta protección, respeto de nuestros derechos fundamentales, que no sean transgredidos por nadie, ni siquiera por el Estado que es el principal defensor de la Constitución y por ende de los derechos que nos asisten.

⁷⁷ SANTIAGO, ALFONSO, Neoconstitucionalismo; Sesión Privada del Instituto de Política Constitucional, Academia Nacional de Ciencias Morales y Políticas, fecha 03 de abril del 2008; [En Línea] artículo en formato PDF. Página web consultada <<http://ancmyp.org.ar/user/files/02neoconstitucionalismo.pdf>>, fecha de consulta el día 16 de octubre del 2014.

3.1.1 ORIGEN DEL CONSTITUCIONALISMO

Desde épocas muy remotas se ha tratado de estudiar la importancia de los derechos humanos, tratando de determinar desde cuando existe o se considera el origen del Constitucionalismo. Es así que podemos decir que se inició “ *las institucionales surgidas por la Revolución Francesa en el año 1789, lo que hacen es instaurar un modelo de Estado liberal de Derecho más puro que el Inglés, después de un mes de haber tomado la Basílica, los representantes electos del tercer estado, convertidos en Asamblea General van a probar la Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano en agosto de 1789*”, es pues en esta declaración realizado por representantes del liberalismo, principal corriente que destaca que los hombres nacen y permanecen libres, con sus derechos naturales imprescindibles, que vendrían hacer la libertad, la propiedad y la seguridad⁷⁸.

Como todo gran suceso histórico, nace a través de alguna iniciativa, es así que “*para que se dé la Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano, se tiene como antecedente la Constitución de 1791 de Francia, que sintetiza el preámbulo de la misma Declaración*”.⁷⁹

Dentro de la misma línea histórica del Constitucionalismo o hablando en términos generales de una Constitución positivizada, no se puede dejar de mencionar la Constitución de Estado Unidos en 1787, que para conseguirla se dio con anterioridad la Revolución Americana en 1776, que es en América crea el primer vestigio de Constitucionalismo en su manera más primogénita. Como sabemos otra Constitución que tuvo gran importancia y que trascendió a América del sur, fue la Constitución de Cádiz de 1812, llamada “la Pepa”, la cual fue instaurada en las nuevas colonias españolas que se fueron colonizando, tuvo gran influencia en todos los nuevos lugares en donde se empezó la

⁷⁸ Video de la Página Youtube, denominado “Constitucionalismo” Subido por Educativa, Contenido [EN Línea], Página web Consultada < <https://www.youtube.com/watch?v=IGs92V-vGYw> >, Fecha de Consulta: 03 de octubre del 2015.

⁷⁹ Ídem.

colonización o invasión española. Es por eso que en Perú, la primera Constitución que se implantó al ser el Perú una colonia española, fue la Constitución de Cádiz.

La repercusión de las Constituciones propiamente dichas parte del Constitucionalismo, no sólo fue una mera declaración de derechos, sino fue una nueva mentalidad de emancipación de las grandes potencias de que eran colonias los países de América. Es por eso que se inicio el proceso de independización en América a través de la creación de nuevos estados libres; al ser pues la Constitución el “contrato social” entre el pueblo y el Estado.

El Constitucionalismo como corriente es básicamente un *“sistema de normas jurídicas que pretenden regular los aspectos fundamentales de la vida política de un Estado, es la forma de organizar un Estado en base a una ley suprema, al que el resto de las normas jurídicas deben respetar, la Constitución, que asegure al pueblo la igualdad, el goce de sus derechos naturales, el respeto a su dignidad humana y organice y limite los poderes del Estado”*⁸⁰ “Constitución como Ley de Leyes”.

Desde la evolución del Constitucionalismo diversos estudiosos como Ferrajoli, Comanducci han dado una nueva perspectiva al mismo, en nuestra era, ya que Ferrajoli considera que existe a través del tiempo un cambio en el Constitucionalismo, denominándolo Neoconstitucionalismo que no vendría hacer otra idea que un Constitucionalismo Iusnaturalista, de igual manera un Constitucionalismo Positivista la cual está vinculada con un Estado Legislativo de Derecho.⁸¹

⁸⁰ Blog de la Clase de Derecho Constitucional de la Universidad Iberoamericana de la República de Santo Domingo, Artículo jurídico [En Línea], Página web consultada < <http://derechoconstitucionalunibe.blogspot.pe/2015/09/el-constitucionalismo.html> >, Fecha de consulta: 20 de septiembre del 2015.

⁸¹ Universidad de Alicante. Revista Doxa, Cuadernos de Filosofía del Derecho, N° 34 (2011), Revista en Formato PDF. Página web consultada <http://rua.ua.es/dspace/bitstream/10045/32780/1/Doxa_34.pdf>

3.1.2 ORIGEN DEL NEOCONSTITUCIONALISMO

Como toda corriente jurídica, se encuentra de la mano con un devenir propiamente histórico es así que el Neoconstitucionalismo no está ajeno a esto, ya que para Miguel Carbonell el *“Neoconstitucionalismo para ser referencia textos constitucionales que surgen después de la 2da guerra mundial, ya que son textos distintos, Constituciones distintas; porque contienen amplios catálogos de derechos fundamentales, dentro de la idea que un Estado Constitucional tiene el deber de satisfacer los derechos fundamentales, es por eso que esas Constitucionales del Neoconstitucionalismo tienen un catálogo amplio de derechos que nunca antes han existido en la historia del Constitucionalismo”*.⁸²

El hito histórico que marca un antes y un después dentro del Constitucionalismo claramente es la Segunda Guerra mundial porque en ella fueron vulnerados derechos fundamentales (la vida, la seguridad, la dignidad, etc); es por eso que a raíz de ésta los Estados crean nuevas Constituciones en donde no queden exentos los derechos fundamentales, sino que se encuentran como parte fundamental de las mismas, como amplios catálogos de derechos; es así que no sólo éstas nuevas Constituciones están sujetas a la separación de poderes o distribución del poder dentro de un Estado, sino que *“inciden fuertemente en el diseño de las sociedades a las que se pretenden aplicar (Constituciones materializadas)”*.⁸³

Dentro de las Constituciones que se encuentran dentro de la nueva corriente Neoconstitucionalista tenemos *“Constitución de Italia 1947, Alemania 1949, luego las Constitucionales que son resultado de la transición democrática en Europa del Sur, Portugal 1976 y España en el*

⁸² Video de la Conferencia dictada en el marco del Seminario Neoconstitucionalismo, democracia constitucional y derechos humanos, Universidad FAFIT, Medellín, Colombia, 25 de Agosto del 2009 [En Línea] Página web consultada <<https://www.youtube.com/watch?v=mwnZlruVcvY>>, Fecha de consulta: 03 de septiembre del 2015.

⁸³ Ídem.

*1878, y las Constituciones en América latina, con dos grandes referentes Brasil 1988 y Colombia 1991”.*⁸⁴

Para Miguel de Carbonell se *“habla de Neoconstitucionalismo para hablar de una práctica jurisprudencial de muchos tribunales, que vienen trabajando de manera diferente dentro del paradigma del Constitucionalismo clásico, cuando estos tribunales supremos aplican las Constituciones nuevas, tienen que aplicar técnicas interpretativas propias de los principios constitucionales, la ponderación, proporcionalidad, razonabilidad, la maximización de los efectos normativos de los derechos fundamentales, el efecto irradiación, la proyección horizontal, etc”.*⁸⁵

Como nos señala el jurista Carbonell, esta tendencia Neoconstitucionalista no sólo es un nueva visión de la Constitución o de un Estado Constitucional de Derecho, sino que se traslada al campo jurisprudencial en la cual los tribunales están obligados a aplicar estas “Nuevas Constituciones”, estos nuevos principios que amparan el Estado, y es así que nacen nuevas técnicas interpretativas para el conflicto entre principios constitucionales, o derechos fundamentales, entre las cuales tenemos la ponderación o la técnica del balanceo, la proporcionalidad, la razonabilidad, etc; que en épocas muy remotas, hablando del Constitucionalismo clásico no se avizoraban estas figuras interpretativas, ya que no existía ese grado de sofisticación.

Cabe resaltar en la nueva función jurisprudencial Neoconstitucionalista la labor de los jueces, los cuales deben aplicar o trabajar con los valores y principios que se encuentran Constitucionalizados, es así que este mismo *“Neoconstitucionalismo a través de garantías judiciales, y a través de los jueces, generan activismo judicial, por la mayor intervención de los jueces en el paradigma del Estado Constitucional”.*⁸⁶

⁸⁴ Ídem.

⁸⁵ Ídem.

⁸⁶ Ídem.

Los jueces en este nuevo modelo de Estado cumplen una función importante en garantizar judicialmente la no vulneración de los derechos fundamentales, repercutiendo en sí en la protección del Estado Constitucional en sí.

Finalmente entendemos que para Miguel de Carbonell “*La Constitucionalización del ordenamiento jurídico, han sido impregnados por los mandatos normativos de las Constituciones, todo el derecho debe ser leído a la luz de la Constitución. Siendo esto parte del Neoconstitucionalismo*”.⁸⁷

Claramente la influencia de la Constitución dentro de un Estado Neoconstitucionalizado, es importante, ya que como nos dice Carbonell todo el Derecho de un Estado debe ser leído a la luz de la Constitución, en otras palabras que todo Derecho y derecho no debe contravenir la Constitución de un Estado, ya que estaría atentando el principio de Supremacía Constitucional, y el orden normativo, jurídico y social de un Estado.

3.1.3 DEFINICIÓN DEL NEOCONSTITUCIONALISMO

Es también llamado Constitucionalismo contemporáneo, para Prieto Sanchís⁸⁸, existen tres acepciones principales, en primer lugar, el constitucionalismo puede encarnar un cierto tipo de Estado Derecho, designado por tanto el modelo institucional de una determinada forma de organización política. En segundo término, el constitucionalismo es también una teoría del Derecho, más concretamente aquella teoría apta para explicar las características de dicho modelo. Finalmente por constitucionalismo cabe entender, también, la ideología que justifica o defiende la fórmula política así designada.

⁸⁷ Ídem.

⁸⁸ PRIETO SANCHÍS, LUIS; Derechos Fundamentales, Neoconstitucionalismo y Ponderación Judicial; Editorial Palestra Editores; Edición Lima 2002. Pág. 109-110

Bajo estas tres concepciones que le da Prieto Sanchís al Neoconstitucionalismo podemos ver que realmente existe una cobertura total por parte del Neoconstitucionalismo en la esfera de un país, ya que en primer punto se habla de un modelo o tipo de estado, una determinada forma de organización política que debe ser regida por un Estado, entendiendo así que bajo esos parámetros debe funcionar este modelo de Estado. En cuanto al segundo punto y tercero vendríamos hablar de un aspecto más teórico en donde se fundamentará este tipo de Estado.

El constitucionalismo así como el Neoconstitucionalismo, designan un modelo constitucional, o sea el conjunto de mecanismos normativos e institucionales, realizados en un sistema jurídico-político históricamente determinado, que limitan los poderes del Estado y/o protegen los derechos fundamentales.⁸⁹

Entendemos que en este concepto de constitucionalismo moderno, que se menciona mecanismo normativos e institucionales, que en su conjunto entendemos a un Estado que opta medidas, políticas las cuales están destinadas para que se cumplan y protejan los derechos fundamentales de las personas que lo integran.

3.1.4 CLASES DE NEOCONSTITUCIONALISMO

Para el reconocido jurista Paolo Comanducci, señala que dentro de la nueva concepción Constitucionalista, denominada Neoconstitucionalismo, existen 3 clases marcadas del mismo, las cuales las desarrolla de la siguiente manera:⁹⁰

⁸⁹ Citado por OSPINA RENDÓN, Juan Carlos, Neoconstitucionalismo y Constitucionalización del Derecho, Ponencia Presentada ante el IV congreso Nacional y II Internacional de Derecho Constitucional, realizado en la ciudad de Pasto, Departamento de Nariño, País Colombia; marzo 2008; [En Línea] artículo jurídico en formato WORD, página web consultada < <http://www.maximogris.net/cgi-sys/suspendedpage.cgi> >, fecha de consulta 19 de octubre del 2014.

⁹⁰ Neoconstitucionalismo teórico, metodológico e ideológico según Comanducci, publicado el 18 de agosto del 2015 [archivo en video] Web Youtube. Recuperado

a) **Neoconstitucionalismo metodológico.**- para Comanducci, *“es la idea de la conexión necesaria entre Derecho y moral, de dos maneras, conexión identificativa y conexión justificativa”*⁹¹, este primer elemento identificativo es sólo la identificación del Derecho, para lo cual es necesario recurrir a criterios morales, solo básicamente señala Comanducci si es que se considera que el Derecho tiene elementos justos, es decir, si el Derecho es justo necesita de un criterio moral (justicia) para entenderlo. El otro elemento justificativo es *“la idea de Alexy, Dworki que cualquier justificación en el marco jurídico, por ejemplo la motivación de una sentencia, tiene que estar justificado en última instancia por principios morales, por el medio de que esos principios constitucionales”*.⁹²

El Neoconstitucionalismo propone que las Constituciones hayan integrado dentro de los mismos principios morales, cómo los derechos fundamentales, y que a través de estos principios, éstas decisiones están justificadas en la ley, y la Ley en la Constitución.

b) **El Neoconstitucionalismo teórico.**- se entiende de dos maneras diferentes, *“es una teoría que describe el modelo de Estado Constitucional de Derecho, describiendo la realidad jurídica contemporánea, pudiéndose interpretar por Comanducci que no es más ni nada menos el Positivismo Jurídico Teórico de hoy en día, que solo ha cambiado de modelo de sistema jurídico, ha realidad jurídica de hoy frente la realidad del siglo 19”* ⁹³; la modificación que existe es diferente porque el objeto de estudio es distinto por el mismo devenir histórico, pero la metodología o enfoque es el mismo.

<<https://www.youtube.com/watch?v=KBOH6FiXeU&feature=youtu.be>>; Fecha de consulta: 02 de septiembre del 2015.

⁹¹ Ídem.

⁹² Ídem.

⁹³ Ídem.

Otros autores piensan diferente, “*que es diferente el objeto, la actitud y el método, ya que el Neoconstitucionalismo es una teoría normativa y no describe un objeto, y que sólo valora el objeto y afecta al mismo*”⁹⁴. Bajo estas diferentes perspectivas existe la Teoría Positivista del Neoconstitucionalismo desarrollada por Ferrajoli, los Teóricos Neoconstitucionalistas desde un punto metodológico, resaltando Dworki, Atienza y Robert Alexy; quienes piensan que es necesaria la conexión entre Derecho y Moral.

- c) **Neoconstitucionalismo Ideológico.**-en esta perspectiva “*al Derecho se le debe obediencia con dependencia de su contenido, es decir, solo se debe obediencia si el Derecho es Constitucionalizado, si es que en la Constitución se incorpora derechos fundamentales y si es que la Constitución es moralmente correcta*”.⁹⁵

En nuestra época se concibe una Constitución todopoderosa, omnipresente que está sobre toda norma jurídica del ordenamiento jurídico de un país, es así que en ella descansan derechos fundamentales, que tienen una tendencia iusnaturalista y relacionada con la moral, ya que como bien se desarrolla líneas arriba, es una Constitución moralmente correcta, es decir, que tiene una aceptación por parte de la propia sociedad.

Por otro lado hay otra tesis de Neoconstitucionalismo Ideológico que dice: “*el modelo de Estado Constitucional de Derecho no es sólo un modelo que describe la legalidad de los sistemas jurídicos contemporáneos, sino un modelo positivo*”.⁹⁶

Si tomamos como cierto el párrafo anterior, aceptamos que el Neoconstitucionalismo Ideológico le da una valoración positivista al modelo de Estado Constitucional del Derecho, no sólo un Estado en

⁹⁴ Ídem.

⁹⁵ Ídem.

⁹⁶ Ídem.

donde se cumpla a preeminencia la Constitución sino un nuevo modelo político de Estado que tiene como base fundamental la Constitución política del Estado.

Finalmente, existe la tercera tesis del Neoconstitucionalismo Ideológico, cual corresponde a la idea expresada por Dworkin de la Lectura Moral de la Constitución, es decir, *“que la Constitución debe ser leída e interpretada a la luz de la mejor oralidad política disponible en un momento dado, y la idea que sigue es que hay una única respuesta correcta a todas las cuestiones jurídicas, y que esta única respuesta depende de la aplicación de los principios constitucionales que son en sí mismo principios morales, a través de no, una técnica de aplicación del Derecho que es la Subsunción lógica de los Positivistas, sino que sería la técnica de la Ponderación de principios, método del balanceo”*.⁹⁷

Como lo señala Dworkin, cuando existe un problema o un caso específico en donde existe la disputa o colisión de dos o más derechos fundamentales, que en la decisión judicial se pueden afectar, no se realiza la Subsunción lógica, ya que no se trata de una simple adecuación de la conducta humana a la norma jurídica, sino que están en jaque derechos fundamentales, es así que al ser principios morales, y distintos a una norma, se debe aplicar la técnica del balanceo, en la cual se pondera el derecho que causará mayor satisfacción en su aplicación, buscando el menor porcentaje de afectación o disminución del otro derecho en colisión, ya que no se puede escoger un derecho y otro no, porque se debe valorar distintas circunstancias, siendo meramente subjetivo este método, ya que los valores son dados por la misma persona que realiza la Ponderación.

Para Comanducci *“el Modelo de Estado Constitucional de Derecho es parte del Neoconstitucionalismo ideológico, y lo importante de dicho Neoconstitucionalismo, que éstas normas funcionen bien, no hay que*

⁹⁷ Ídem.

*perder nunca la posibilidad de poder admirar al Derecho desde un punto de vista externo, desde un visto Moral, de nuestra consciencia, y ver si es que es correcto o incorrecto”.*⁹⁸

Dentro del Neoconstitucionalismo hablar del modelo de Estado Constitucional es una figura importante en la actualidad, es así que para el jurista Paolo Comanducci, se busca principalmente que las normas tengan un funcionamiento óptimo dentro de un Estado, y que la misma sociedad tenga un papel importante, señalando si es correcto o no, este funcionamiento, si las normas son realmente optimas, y que si es que tienen un impacto en la sociedad, un impacto positivo. Según Comanducci *“No se debe cambiar la metodología para entender un sistema jurídico constitucionalizado, es suficiente las herramientas dadas por el Positivismo Jurídico”.*⁹⁹

3.2 PRINCIPALES ASPECTOS DEL NEOCONSTITUCIONALISMO

3.2.1 Dentro de los aspectos o características del Neoconstitucionalismo, para Jaime Cárdenas son:¹⁰⁰

a) *Se reconoce por algunos una conexión débil entre derecho y moral.*

*Para entender mejor como estos aspectos pueden estar considerados como características del Neoconstitucionalismo debemos conceptualizar que es moral, y quien mejor que Aristóteles, define la virtud moral como una "disposición voluntaria adquirida (hábito) dirigida por la razón y que consiste en el término medio entre dos vicios".*¹⁰¹

⁹⁸ Ídem.

⁹⁹ Ídem.

¹⁰⁰ Citado por GIL RENDÓN, Raymundo; "El Estado Constitucional de Derecho y los Derechos Humanos"; [En Línea] artículo jurídico en formato PDF, página web consultada < <http://www.tfjfa.gob.mx/investigaciones/pdf/estadoconstitucionaldederechoylosderechoshumanos.pdf>>, fecha de consulta 17 de octubre del 2014

¹⁰¹ Diccionario Enciclopédico Hispano-Americano, contenido en línea, página web consultada < <http://www.e-torredababel.com/Historia-de-la-filosofia/Filosofiagriega/Aristoteles/VirtudMoral.htm>> fecha de consulta: 13 de marzo del 2015.

Podemos decir que al hablar de la moral o virtud moral es básicamente parte de una persona, la cual está dirigida por la razón, la cual enseña lo que es bueno y malo; asimismo que era virtud moral o simplemente la moral en nosotros es considerada como un hábito, puesto que se crea en nosotros a través de nuestra vida cotidiana y de diversas actividades que realizamos y es por posible su aprendizaje de esta moral, asimismo que al ser esto deliberadamente realizado, no está sujeto a alguna disposición sino que es una expresión de libertad, es por eso que una persona que razona es una persona libre.

Por otro lado tenemos al filósofo Emmanuel Kant, el cual señala que *La moralidad es, pues, “la relación de las acciones con la autonomía de la voluntad, esto es, con la posible legislación universal, por medio de las máximas de la misma”*.¹⁰²

Bajo esto, Kant no da otra perspectiva de la moral, basada en 2 vertientes la voluntad y la legalidad, es así que podemos decir que la moral tendría un límite que no sólo correspondería a la razón de cada persona y su simple liberalidad de accionar, sino que el límite natural que debe existir para la moral son las normas o legislación universal como lo hace mención Kant.

Si a todo ésto consideramos lo que dice la premisa en que dentro del Neoconstitucionalismo existe una vinculación débil entre derecho y moral, es totalmente cierto porque la concepción que tiene cada persona sobre lo bueno y lo malo, le corresponde a un proceso de internalización el cual está abocado básicamente a la ética, esta adaptación que tienen las personas de buscarles un porqué a las normas, costumbres, etc; hace que puedan formar criterios éticamente aprobados por ellos mismos.

¹⁰² Ídem.

Es así que no se dejan llevar por el simple hecho de cumplir las normas jurídicas, sino que al no cumplirlas tendrán a cambio una sanción, ese sentido es ético. Y al ser así el Neoconstitucionalismo busca que todas las personas busquen dentro de sí, e internalicen la importancia de sus derechos, el valor que tiene su dignidad, la importancia del respeto de las normas jurídicas

b) Se admite que el derecho no sólo está conformado por reglas sino por principios y otro tipo de normas.

Este aspecto tiene gran relevancia, puesto que si bien es cierto al hablar de derecho tiene una doble interpretación como un derecho al que le asiste a alguien o un derecho como un conjunto de reglas o normas jurídicas, bajo esta última concepción, dentro de un Estado que se caracteriza por ser Constitucionalista moderno, cabe decir que el respeto de los derechos fundamentales, también llamados principios constitucionales, está por encima de las reglas, congruente esto también con el principio de supremacía de la Constitución por sobre otra norma, contemplado en nuestra Constitución Política en el artículo 138° segundo párrafo que a la letra dice *“en todo proceso, de existir incompatibilidad entre una norma constitucional y una norma legal, los jueces prefieren la primera (...)”*

Además que dentro de un estado constitucional se habla de principios, los cuales deben regir y encaminar el Estado, siendo éste el que tiene que protegerlos.

c) El derecho no sólo consiste en la estructura normativa sino también en la argumentativa, contextual y procedimental.

Este punto lo podemos entender de una manera que dentro de un Estado no sólo se debe buscar al Derecho como un expresión de cumplimiento de norma, es así que en el caso de los procesos judiciales en el artículo 139° de la Constitución Política Peruana, en su inciso 5) señala que: Son principios y

derechos de la función jurisdiccional *“la motivación de las resoluciones judiciales en todas las instancias, excepto los decretos de mero trámite, con mención expresa de la ley aplicable y los fundamentos de hecho en que se sustentan”* . Toda persona debe saber los fundamentos de las decisiones judiciales, que motivos generaron la decisión del juez, en que se basó su criterio de discrecionalidad y sana crítica que debe basarse para emitir un fallo judicial, asimismo que al no realizar esta motivación y argumentación de las resoluciones estarían atentando contra el derecho al debido proceso y los que se encuentran inmerso en él.

d) *La legalidad se supedita a la constitucionalidad en un sentido fuerte.*

Sobre el principio de legalidad (normas) ese carácter que tenía tan rígido antes de la tendencia Neoconstitucionalista, se decía que los jueces solo aplicaban la ley, no realizando ningún tipo de ponderación o control difuso de la Constitución, pues en este estadio constitucional moderno, la preponderancia de la Constitucionalidad está por encima del mero cumplimiento de una norma, es decir, que si la norma por más que sea válida (cumplir con los requisitos de validez de la norma jurídica), sí está atentando claramente con la Constitución, simplemente no se puede aplicar en la realidad, porque estaría transgrediéndola y generando un perjuicio a las personas.

e) *Las normas que no son reglas no pueden interpretarse con los métodos tradicionales.*

Cuando se hace mención de métodos tradicionales para la interpretación de normas jurídicas, por ejemplo, decimos que se recurre al método histórico, gramatical, teleológico, sistemático, etc; cada uno de estos métodos con sus características particulares que ayudan a la mejor comprensión y entendimiento de las normas.

Pero si no son normas las que se interpretaci3n estaríamos hablando de principios o derechos que se deben interpretar y para interpretar éstos no se utilizan los métodos antes mencionados, sino que por la naturaleza de estos; cabe decir que existen diferentes posturas al respecto de la interpretaci3n de derecho fundamentales o principios constitucionales, ya que la ser estos parte de una Constitución Política del Estado, y a su vez ésta ser una “norma” de mayor jerarquía dentro del ordenamiento jurídico de una país, deben ser interpretados estos derechos como normas jurídicas comunes.

Entendiendo esto como cierto estaríamos confundiendo la naturaleza de los derechos o principios constitucionales amparados en la Constitución, con la naturaleza de las normas jurídicas (leyes), las cuales regulan conductas de los ciudadanos de la sociedad y ayudan al Estado para gobernar. No teniendo gran vinculaci3n y por ende no se deben interpretar con los mismo métodos o mecanismos.

Es así que como máximo intérprete de la Constitución y obviamente de los derechos fundamentales que se encuentran en ella, encontramos al Tribunal Constitucional, quien está facultado por la misma Constitución de defender y buscar el cauce idóneo de interpretaci3n, resguardo, y respeto de los derechos fundamentales amparados en ella, es así que lo particular de su interpretaci3n y ponderaci3n de los derechos fundamentales los hace suigeneris a comparaci3n de la interpretaci3n de las normas jurídicas , que a todas luces es más sencilla que una interpretaci3n a nivel constitucional, puesto que la vulneraci3n o el sentido que se le dan a determinados derechos fundamentales crearán precedentes o vinculatoriedad para los siguientes casos.

f) *Se debe acudir al principio de proporcionalidad, la teoría del contenido esencial, la razonabilidad, entre otras.*

El principio de proporcionalidad, ha sido mencionado por nuestro Tribunal Constitucional, “*el principio de proporcionalidad es un principio general del*

*derecho expresamente positivizado, cuya satisfacción ha de analizarse en cualquier ámbito del derecho. En efecto, en nuestro ordenamiento jurídico, éste se halla constitucionalizado en el último párrafo del artículo 200 de la Constitución. En su condición de principio, su ámbito de proyección no se circunscribe sólo al análisis del acto restrictivo de un derecho bajo un Estado de excepción, pues como lo dispone dicha disposición constitucional, ella sirve para analizar cualquier acto restrictivo de un atributo subjetivo de la persona, independientemente de que aquel se haya declarado o no”.*¹⁰³

Se debe buscar una equivalencia o equilibrio en caso de que exista una afectación de un derecho fundamental, asimismo el principio de proporcionalidad está constitucionalmente amparado, es por eso que en un caso concreto se debe determinar los actos que restrinjan derechos para poder aplicar dicho principio. De igual manera cuando se hace mención de teoría del contenido esencial, entendemos esta dentro de dos teorías una relativa y otra absoluta, pero en el caso en mención la que se encuentra relacionado con el principio de proporcionalidad es la tesis relativa, es así que dicha tesis *“considera que a través del uso del principio de proporcionalidad amplio, incluyendo la ponderación, el legislador, el juez o un T.C, pueden limitar un derecho fundamental en forma justificada”.*¹⁰⁴

La teoría relativa que se encuentra dentro de la teoría del contenido esencial nos pone en el escenario de la realidad constitucional peruana, porque la aplicación del principio de proporcionalidad, dentro de nuestro Estado constitucional de derecho está totalmente reconocido por la Constitución en su artículo 200°.

Asimismo en base a la ponderación que es un mecanismo totalmente válido para la valoración y determinación del grado de satisfacción y afectación de

¹⁰³ Sentencia del Tribunal Constitucional Peruano. EXP . N.º 0010–2000–AI/TC, de 03 de enero de 2003, f. j. 138

¹⁰⁴ Tema: Sobre Ponderación y Contenido Esencial, Formato Power Point, contenido en línea, página web consultada http://www.google.com.pe/url?sa=t&rct=j&q=&esrc=s&source=web&cd=6&cad=rja&uact=8&ved=0CD0QFjAF&url=http%3A%2F%2Fwww.calacademica.org%2Fdiplomados%2Fgeneral%2FReglas%2520y%2520principios%2520DDDF.ppt&ei=oM0JVYfiNYafggSS_oPQBw&usg=AFQjCNHTy9dtlTUD7jzkK9VMZo4wZvBZlQ&sig2=3qWC7rAZ6T8YPuz74qwVDw&bvm=bv.88198703,d.eXY >, fecha de consulta: 13 de marzo del 2015.

dos derechos fundamentales cuando contraviene entre sí en un caso en concreto, también es tomado por nuestro Tribunal Constitucional y en muchos casos concretos o casos difíciles se han tenido que tomar este tipo de mecanismo para poder resolver casos de conflicto entre derechos fundamentales; y finalmente que en caso de un conflicto entre éstos derechos los facultados de acuerdo a su prerrogativa serían los jueces como primer nivel de aplicación del Derecho, y finalmente el Tribunal Constitucional como entre supremo de resguardo de la Constitución.

*Asimismo podemos complementar que “para la teoría relativa del contenido esencial de los derechos fundamentales afirma que éste no es preestablecido y fijo, sino determinable sólo casuísticamente en atención de las circunstancias del caso y luego ponderarse los beneficios y perjuicios que se produzcan en él, tanto para el derecho intervenido como para el bien protegido a través de su limitación”.*¹⁰⁵

Bajo esta premisa claro está resaltar que la denominación de casos difíciles son por los cuales existe una controversia entre derechos fundamentales, en donde se debe determinar qué derecho debe primar; y sobre lo mencionado líneas arriba es totalmente correcto puesto que los precedentes que se den sólo tienen efectos en el caso concreto las circunstancias y particularidades que tiene cada uno, de igual manera que al realizar la ponderación se hace esta evaluación o sobrepesar que derecho surte mayor beneficio a la persona o grupo de personas, y siendo así, el otro derecho en conflicto no sea afectado o soslayado definitivamente solamente en el caso en particular.

¹⁰⁵ SÁNCHEZ GIL, RUBÉN; El Principio de Proporcionalidad; Biblioteca Jurídica Virtual de la Universidad Nacional Autónoma de México, contenido en línea; página web consultada <<http://biblio.juridicas.unam.mx/libros/5/2422/12.pdf>> ;fecha de consulta 13 de marzo del 2015

g) Más que hablar de interpretación se destaca el papel de la argumentación no sólo en su faceta retórica sino en sus ámbitos hermenéuticos, contextuales y procedimentales.

Dentro de un Estado Neoconstitucional o Estado Constitucional de Derecho la importancia que tienen los derechos fundamentales es desbordante, es por eso que en el papel que realizan los operadores de justicia, legisladores e inclusive el Tribunal Constitucional, debe primar la argumentación, ya que toda decisión judicial o constitucional por los mismo principios y preceptos constitucionales, deben ser debidamente motivadas, no se trata de la simple aplicación de la ley (subsunción), sino de buscar razones por las cuales se debe o no elegir un derecho.

En todos los ámbitos que puedan existir debe primar los argumentos, razones o motivos que mueven o determinan una decisión o resolución, ya que es un principio consagrado la debida motivación de las decisión judiciales, amparándose también en el derecho al debido proceso; básicamente se encuentra todo vinculado.

h) La búsqueda de la certeza jurídica se vuelve más exigente y difícil; se apoya, principalmente, en la calidad de la argumentación.

La búsqueda de esta certeza jurídica la debemos entender que en cada caso que exista, y que se debe resolver por un ente superior ya sea Tribunal Constitucional o Corte Suprema dependiendo el caso, los argumentos utilizados y aseverados en las resoluciones definitivas que finiquitan cada proceso, deben tener una misma tendencia, es decir, que al existir un caso de vulneración de derecho y es resuelto por el Tribunal Constitucional y luego se presenta un caso de similares características, el Tribunal con anterioridad ha planteado una misma línea de resolución, o una misma tendencia que debe seguir, porque no podría cambiar de manera radical su

fallo porque estaría generando una inestabilidad jurídica por cambiar sus preceptos y argumentos en tan poco tiempo.

Este tipo de acontecimiento no crean una certeza jurídica, lo ideal sería que tanto el Tribunal Constitucional tenga una misma línea para resolver determinadas controversias, pero si tomamos esto como cierto no podrían cambiar sus argumentos al pasar el tiempo; porque como sabemos las circunstancias sociales, históricas y culturales hacen que nazcan nuevos preceptos y manera de ver las cosas. Básicamente estaríamos en una disyuntiva.

i) Las normas jurídicas se interpretan desde la Constitución.

Al ser considerada la Constitución como un ser omnipresente, que se encuentra en todo lugar, es decir, que rige a todo el Estado peruano, ninguna norma jurídica, institución, organismo puede contravenir la Constitución, todas las normas jurídicas deben estar encaminadas a respetarla, es que al ser éstas de menor rango que la Constitución deben ser interpretadas conforme a ésta.

j) El juez constitucional en ocasiones se coloca por encima del legislador (“legislador negativo”, según Kelsen), y lo desplaza, lo que pone en cuestión su legitimidad democrática.

Claramente podemos entender que esta característica que encuentra vinculada con el Control concentrado de la Constitución que está en manos del Tribunal Constitucional, es así que es el único ente que tiene ésta facultad de poder revisar la constitucionalidad de la normas que se encuentran dentro del ordenamiento jurídico, puesto que son el máximo interpretador de la Constitución.

Existen distintas posiciones al respecto, puesto que si bien es cierto el Tribunal Constitucional tiene esta capacidad de poder declarar una norma

inconstitucional y ser expulsada del ordenamiento jurídico, existe una preponderancia sobre los jueces constitucionales por el magnitud que tienen sus decisiones; por otro lado la labor del legislador queda de un lado, puesto que al final de cuentas la labor del legislador queda supeditada a lo que el juez constitucional decida.

k) Se intenta poner fin con las técnicas de la argumentación a la discrecionalidad judicial en el sentido en que había sido entendida por Kelsen o Hart.

Con anterioridad a la corriente Neoconstitucionalista, la labor que tenían los operadores de justicia, particularmente la labor jurisdiccional de los jueces se basaba principalmente en realizar la aplicación e interpretación de la ley, es decir de una manera libre, y a su propia discrecionalidad, como un todopoderoso el juez aplicaba o no leyes y las interpretaba a su sana crítica; pero en la actualidad dentro de un Estado Constitucional el juez si bien es cierto sigue siendo el que aplica e interpreta la ley, ya no lo puede ser a su sano parecer, porque existen límites, estos límites corresponde a la Constitución, la interpretación que realizan los jueces en la actualidad, se basa en los principios y dogmas constitucionales, toda ley se avizora a través o a la luz de la Constitución Política de un país, y son los jueces los que deben ejercer respetar y salvaguardar el principio constitucional de Supremacía Constitucional; y aplicar la Constitución e interpretar leyes conforme los principios constitucionalmente establecidos; porque son los jueces quienes velan por la Constitucionalidad de un país, o simplemente por el respeto del Estado Constitucional.

j) No hay neutralidad ni avaloratividad en el Derecho.

Un Estado Constitucional no está exento de la Constitución, ni la misma Constitución misma está aislada de los valores; es así que dentro del Neoconstitucionalismo existen principios axiológicos que se encuentran inspirados en las Constituciones modernas materializadas. El paradigma de

de un Estado Constitucional es que dentro del contenido normativo, es decir, el ordenamiento jurídico descansan principios, valores, derechos fundamentales, facilitando esto que la Constitución se encuentre omnipresente en todo momento dentro de un Estado.

Por esas consideraciones no se puede entender que el Derecho se encuentre aislado de los valores, porque son los valores que inspiran el Derecho, y desde épocas remotas como las tendencia lusnaturalistas en donde la moral y el Derecho se encontraban claramente vinculadas.

Dentro del paradigma de un Estado Constitucional se contemplan tres principios básicos o elementos axiológicos, que vendrían ser la justicia, la dignidad y seguridad.

No se puede concebir un Estado de Derecho Constitucional que se encuentre aislado de valores, porque dentro del mismo Derecho el fin que tiene es llegar a la justicia a través de la paz social, siendo la justicia un valor ideal.

3.3 CARACTERÍSTICAS DEL NEOCONSTITUCIONALISMO SEGÚN PRIETO SANCHÍS

Prieto Sanchís ha tratado de resumir el Neoconstitucionalismo de la siguiente manera:¹⁰⁶

1. ***Primero, carácter normativo o fuerza vinculante. La Constitución no es un catecismo político o una guía moral, sino una norma como cualquier otra que incorpora la pretensión de que la realidad se ajusta a lo que ella prescribe.***

En este sentido, la Constitución como cualquier otra norma nace dentro de un contexto social, político y cultural, es por esas consideraciones que cumple con las exigencias de la sociedad, en este caso peruana; es así que no es meramente una declaración política hecha por un Estado, sino que corresponde a mucho más; al tener una fuerza vinculante sobre las otras normas jurídicas, para el respeto de los derechos fundamentales.

2. ***Segundo, supremacía o superioridad jerárquica en el sistema de fuentes. La Constitución no sólo es una norma sino que es la norma suprema, y ello significa que condiciona la validez de todos los demás componentes del orden jurídico y que representa frente a ellos un criterio de interpretación prioritario.***

Sobre la misma línea argumentativa, hemos recalcado la importancia de este principio constitucional, el de supremacía de la Constitución por sobre otra norma, es así también que se vincula con la pirámide de Kelsen, por la cual la Constitución se encuentra en la cúspide de la misma, por su importancia y el rango que tiene.

¹⁰⁶ *Ibíd.*

Al condicionar la validez de las demás normas, ya sea por el método para su promulgación, o en caso de que exista una norma que la contradiga, también existe una consecuencia, se realza nuevamente su importancia en el ordenamiento jurídico.

3. Tercero, eficacia o aplicación directa. No requiere de ningún otro acto jurídico ley-para desplegar su fuerza vinculante;

La fuerza vinculante que tiene la Constitución, abarca a todas las normas que integran nuestro ordenamiento jurídico, es así que como hemos señalado líneas arriba, los preceptos constitucionales, o normas constitucionales son de aplicación inmediata, al no hacerlo se estaría atentando contra los derechos de las personas.

4. Cuarto, garantía judicial. Las posibilidades son amplias: control concreto y abstracto, a priori y a posteriori, encomendado a órganos especiales o a jueces ordinarios. Un rasgo típico del constitucionalismo contemporáneo es la competencia que corresponde a los jueces ordinarios para que resuelvan a la vista de todo ordenamiento jurídico incluida por tanto la Constitución.

Sobre esto podemos decir que se refiere al control concentrado y difuso de la Constitución, que como sabemos el primero en realizar este control son los magistrados o jueces, el cual tiene el deber y obligación de velar por la supremacía de la Constitución peruana y de los principios de la misma, de igual manera al mencionar el control concentrado, está a cargo del Tribunal Constitución, como ente primordial para la defensa y respeto de la Constitución del país.

5. **Quinto, presencia de un denso contenido normativo, formado por principios, derechos y directrices.**

Debemos decir que dentro de un Estado Constitucional, este está inspirado en los principios y derechos emanados por la Constitución de dicho Estado, como es en el caso peruano; la defensa de estos derechos y principios hacen que éste Estado se encuentra inmerso dentro de la tendencia Neoconstitucionalismo, al considerar la Constitución peruana una material, rígida y fundamental, que propugna directrices sociales, políticas para que el estado peruano funcione.

3.4 CONSTITUCIONALIZACIÓN DEL ORDENAMIENTO JURÍDICO

Para el Constitucionalista Riccardo Guastini, plantea ciertas características para diferenciar si dentro de un ordenamiento jurídico existe la influencia de la Constitución Política del Estado, es así que plantea 7 características marcadas al respecto, y tenemos: ¹⁰⁷

- **Constitución rígida.**- *“significa que una constitución no se reforma de la misma manera que se reforma una ley, a mayor grado de rigidez mayor grado de Constitucionalización”*.¹⁰⁸

Dentro de un Estado Constitucional básicamente en nuestro país, la creación de normas o la derogación de las mismas tienen un procedimiento de poca complejidad, pero en el caso de la reforma de la Constitución, es un proceso más rígido el cual se encuentra estipulado en el artículo 206° de la Constitución Política Peruana, en donde señala de forma taxativa cuales son los presupuestos a cumplirse para que la Constitución sea reformada:

¹⁰⁷ Video de la Conferencia dictada en el marco del Seminario Neoconstitucionalismo, democracia constitucional y derechos humanos, Universidad FAFIT, Medellín, Colombia, 25 de Agosto del 2009 [En Línea] Página web consultada <<https://www.youtube.com/watch?v=mwnZlruVcvY>>, Fecha de consulta: 03 de septiembre del 2015.

¹⁰⁸ Ídem.

Art. 206°: Reforma Constitucional

“Toda reforma constitucional debe ser aprobada por el Congreso con mayoría absoluta del número legal de sus miembros, y ratificada mediante referéndum. Puede omitirse el referéndum cuando el acuerdo del Congreso se obtiene en dos legislaturas ordinarias sucesivas con una votación favorable, en cada caso, superior a los dos tercios del número legal de congresistas. La ley de reforma constitucional no puede ser observada por el Presidente de la República”.

“La iniciativa de reforma constitucional corresponde al Presidente de la República, con aprobación del Consejo de Ministros; a los congresistas; y a un número de ciudadanos equivalente al cero punto tres por ciento (0.3%) de la población electoral, con firmas comprobadas por la autoridad electoral”.

- **La garantía jurisdiccional de la Constitución.**- *“para ser rígida se debe imponer al ordenamiento para que sea efectivo, se necesita una garantía jurisdiccional”.*¹⁰⁹

Esta garantía jurisdiccional a que se hace mención vendría hacer el Principio de Supremacía de la Constitución, la cual se encuentra en el artículo 51° de la Constitución Política Peruana, que a la letra dice

Artículo 51°: Supremacía de la Constitución

“La Constitución prevalece sobre toda norma legal; la ley, sobre las normas de inferior jerarquía, y así sucesivamente. La publicidad es esencial para la vigencia de toda norma del Estado”.

¹⁰⁹ Ídem.

- **La fuerza vinculante de la Constitución.-** *“la idea de que todas las normas jurídicas son plenamente aplicables por sus destinatarios y son obligatorias”*.¹¹⁰

La Constitución es considerada Ley de Leyes, es por eso que a la luz de la Pirámide de Kelsen se encuentra por debajo de la Cúspide (Constitución), no puede sobrepasar su capacidad normativa, es decir, ninguna norma jurídica, puede contravenir al poder que tiene la Constitución dentro de un ordenamiento jurídico.

- **La sobre interpretación del texto constitucional.-** *“los intérpretes no se limitan para interpretar sólo elementos gramaticales, sino que utilizan argumentos analógicos que les permiten del texto constitucional, norma implícitas para regular cualquier efecto de la vida social y política, y que en esa medida condicionan el contenido del resto del ordenamiento jurídico. Cuando una Constitución es sobre interpretada no quedan espacio vacios, la Constitución se vuelve invasiva”*.¹¹¹

Las leyes penales que forman parte de un ordenamiento jurídico de un país, son aplicadas a través de la subsunción, que vendría hacer el acoplamiento de la conducta de una persona en la norma penal, en lo que corresponde a la interpretación de la ley en general, existen diversas forma interpretativas como son gramatical, teleológica, histórica, etc; cabe hacer una distinción en cuanto que una norma constitucional no debe ser interpretada de forma tan somera como una norma jurídica, es decir, que un texto constitucional va mas allá y utiliza elementos análogos, una sobreinterpretación del texto de

¹¹⁰ Ídem.

¹¹¹ Ídem.

distintas maneras pero que salvaguarden los principios constitucionales o en los que descansa una Constitución.

- **La aplicación directa de las normas constitucionales.**- *“supone en primer lugar que la Constitución rige entre la relación entre particulares, y en segundo lugar significa que todos los jueces tienen el deber de aplicar la Constitución y todas las normas”*.¹¹²

Esta característica sobre la Constitucionalización de un ordenamiento jurídico está vinculada con la el Principio de Supremacía Constitucional, amparado en el artículo 51° de la Constitución Política del Estado Peruano; asimismo sobre el poder que tiene la Constitución en base a la Constitucionalización del Derecho de un Estado, en donde el nivel de intervención constitucional es superior, ya que los principios constitucionales prevalecen y son los operadores de justicia (jueces) los que deben aplicar estos preceptos constitucionales sin excepción alguna, los jueces tienen el deber de salvaguardar la Supremacía Constitucional y el Estado Constitucional de Derecho.

- **La interpretación conforme de la leyes a la Constitución.**- *“el juez hará una interpretación de la ley que se acomode con la Constitución para salvar la constitucionalidad, si hay más de una interpretación el juez debe escoger la interpretación que maximice los efectos normativos de las normas constitucionales”*.¹¹³

Los jueces al ser operadores de Derecho, y ellos realizar la aplicación del Derecho vivo en un caso concreto, deben interpretar las leyes conforme o a la luz de la Constitución del Estado Peruano, es así que ellos debe velar por el cumplimiento de los principios constitucionales, es así que dentro de la interpretación si existen

¹¹² Ídem.

¹¹³ Ídem.

diversos tipos o sentidos de la interpretación el juez tiene el deber de buscar la interpretación que se encuentre de acuerdo a las normas constitucionales o principios constitucionales.

- **La influencia de la Constitución sobre las relaciones políticas.-**
*“significa que la Constitución prevea un sistema de solución de conflictos entre órganos políticos, la jurisdicción constitucional orgánica; que los órganos jurisdiccionales asuman la facultad de conocer casos en toda su extensión (sin aplicar la lógica de political questions, que están librados de la intervención de los jueces), se elimina, no hay restricción en el poder público donde no haya una lectura constitucional apropiada realizada por los jueces y supone que las normas constitucionales son utilizadas en el debate público, que los actores políticos, sociales; debaten tomando en cuenta la Constitución que es un eje discutivo”.*¹¹⁴

Dentro de la Constitución Política Peruana existe una parte que está destinada a la organización y funciones del Estado Peruano, es así una parte en donde se da la distribución de poder, es así que la Constitución Política tiene una influencia significativa en el poder político de un Estado Constitucional, ya que en ella reposan los principales preceptos políticos de un Estado; es por eso que es la misma Constitución quien designa el modo de solución de conflictos entre poderes del Estado, y que es la misma Constitución que es centro de la vida política y social de una nación.

Podemos hacer mención que en el caso Peruano el Tribunal Constitucional reconoce estas características en las siguientes casuísticas:

¹¹⁴ Ídem.

A) Caso Alberto Borea Odría y más de 5000 ciudadanos, Exp. Nº 0014-2003-AI/TC, afirmó que: ¹¹⁵

(...) la Constitución es una norma jurídica. En efecto, si expresa la autorepresentación cultural de un pueblo, y refleja sus aspiraciones como nación, una vez formado el Estado Constitucional de Derecho, ella pasa a ocupar una posición análoga a la que ocupaba su creador. –en buena cuenta, en el Estado Constitucional de Derecho el status de Poder Constituyente, es decir la representación del pueblo políticamente soberano, lo asumirá la Constitución, que de esta forma pasará a convertirse en la norma jurídicamente suprema

B) El Tribunal Constitucional en la sentencia recaída en el expediente Nº 1417-2005-AA/TC (Caso Manuel Anicama Hernández), se manifiesta con respecto a la **eficacia de los derechos fundamentales**, de la siguiente manera:

§2.3 La distinta eficacia de los derechos fundamentales

13. De esta manera, la distinta eficacia que presentan los derechos fundamentales entre sí, no sólo reposa en cuestiones teóricas de carácter histórico, sino que estas diferencias revisten significativa repercusiones prácticas. En tal sentido, cabe distinguir los derechos de preceptividad inmediata o autoaplicativos, de aquellos otros denominados prestacionales, de preceptividad diferida, progresivos o programáticos (STC 001-2002-AI, Fundamento 9).

Con estas dos jurisprudencias del Tribunal Constitucional se puede apreciar que es el mismo ente rector e interpretador encargado del respeto de la Constitución y los derechos fundamentales, en sus sentencias reconoce la importancia de los

¹¹⁵ Jurisprudencias extraídas del Blog de Carlos Manuel Valdivia Rodríguez, catedrático de la Universidad Nacional Federico Villarreal, Especialista en Derecho Constitucional, Título del artículo Jurídico "El Neoconstitucionalismo y desarrollo en la Jurisprudencia del Tribunal Constitucional", publicado el viernes, 08 de mayo del 2013 [En Línea] Página web consultada < <http://carlosmanuelvaldiviarod.blogspot.pe/2013/03/el-neoconstitucionalismo-y-desarrollo.html>>, Fecha de Consulta: 03 de octubre del 2015.

derechos fundamentales y de lo que representa la propia Constitución, además de reconocer al Estado Peruano como un Estado Constitucional de Derecho.

3.5 LA PONDERACIÓN

3.5.1 DEFINICIÓN

Según Luis Arroyo Jiménez¹¹⁶ *“la ponderación es el tipo de discurso jurídico a través del cual se resuelven las colisiones entre principios, y consiste en identificar las circunstancias que deben concurrir para que un principio preceda a otro y fundamentar por qué en esas circunstancias es ese principio el de mayor peso. Ponderar significa, por tanto, establecer y fundamentar una relación de precedencia condicionada.”*

Ponderar, *“es una actividad desarrollada para valorar qué cualidades de un sujeto u objeto en comparación con las de otro (que las posee en una misma semejanza valorativa), permiten una mejora para una determinada actividad; en síntesis la inclinación por tal o cual objeto o cosa que nos representará mayores beneficios, todo ello lógicamente a consecuencia de esta actividad o cálculo valorativo”*.¹¹⁷

“Entonces entendemos por ponderación cuando se resuelven conflictos entre principios; y valorar cuales con las cualidades que están sujetas para la comparación de principios, definiendo ahí una inclinación sobre una u otra ley o norma en conflicto, crear una semejanza valorativa. Uno de los grandes desafíos del Derecho de nuestro tiempo es la superación de la “simplicidad pura” de la propuesta kelseniana con una “complejidad pura” que integre el objeto de la ciencia jurídica y en general el objeto del pensamiento jurídico con “normas”, hechos y valores. Hans Kelsen brindó un aporte de gran

¹¹⁶ ARROYO JIMENEZ, Luis (PONDERACION, PROPOCIONALIDAD Y DERECHO ADMINISTRATIVO) [En Línea] Artículo alojado en la Revista para el Análisis del Derecho INDRET N°33 Año 10. Disponible : < www.indred.com> ; fecha de consulta 23 noviembre 2014

¹¹⁷ MORALES MONCAYO, Esteban (Ensayo sobre Ponderación) [En Línea] Artículo Alojado en SCRIBT .Disponible: <www.scribt.com>; fecha de consulta el 23 noviembre del 2014.

relevancia para la superación de la “complejidad impura” que disolvía el pensamiento jurídico en las ciencias sociales y las humanidades recientemente desarrolladas, en la biología y en el Derecho Natural, pero nos parece que sobre todo en nuestros días de cambio de era de la historia, cuando se presentan planteos antes inimaginables para las soluciones jurídicas, es imprescindible aprovechar la simplicidad pero superarla en la “complejidad pura”, que integre en el mundo jurídico, con alcance tridimensional, la realidad social, las normas y los valores sin confundirlos”.¹¹⁸

La ponderación es al acto que realizan los jueces y magistrados en donde valoran, y pesan los principios que se debaten. En nuestro país la ponderación es hecha por el Tribunal Constitucional, que son los cuales generan precedentes, es por eso que los magistrados deben saber valorar o sea ponderar los principios correctamente, para que no se vulneren los derechos constitucionales, que son los que ellos juran hacer respetar. Es así que tenemos que la ponderación en el campo del Derecho es muy importante, para poder salir de controversias, cuando se ven concurrentes dos derechos fundamentales que colisionan y la intervención del Tribunal Constitucional, el cual se pronuncia aclarando estas controversias.

3.5.2 CASO SOBRE PONDERACIÓN

El tribunal Constitucional se manifiesta a través de la STC N.º 6712-2005-HC/TC. LIMA. Caso MAGALY JESÚS MEDINA VELA y NEY GUERRERO ORELLANA.

“El Tribunal aplica ponderación al confrontarse dos derechos fundamentales: el derecho a la intimidad frente al derecho a la información, prevaleciendo el primero.

¹¹⁸ NILVE, Moisés (Traducción del libro de Hans Kelsen “TEORIA PURA DEL DERECHO”) Bs. As., Eudeba, 1960, págs. 163 y ss. –capítulo X–; cabe c. asimismo, [En Línea]. Biblioteca Jurídica Virtual, Teoría pura del derecho, 2ª. Ed Kelsen, Hans, trad. Vernengo, Roberto J., página web consultada < www.bibliojuridica.org/libros/libro.htm?l=1039 > fecha de consulta el 22 noviembre del 2014.

a) El juicio de adecuación: A través de la adecuación, la conclusión a la cual se arribe debe ser lo más ajustada posible a la finalidad de la Constitución, explícita o implícitamente reconocida. En tal sentido, la acción que realice la persona debe ser conveniente, jurídicamente hablando (la norma habrá de ser accesible y previsible) y contar con un fin legítimo (...)

b) El juicio de necesidad: *El criterio de necesidad importa la ausencia de una solución más efectiva y adecuada de la que se esté tomando. Lo que se busca realizar a través de este juicio es elegir, entre las medidas posibles, la mejor que exista.*

Asumiendo este argumento, se ha señalado que la vida privada (...) es un derecho fundamental, razón por la cual las leyes que pretendan limitarlo han de contar con una muy sólida justificación. Deben ser necesarias para satisfacer un imperioso interés estatal.

c) El juicio de proporcionalidad: *A través de la proporcionalidad se procura que cada solución a la cual se arribe responda a una conveniencia constitucional o finalidad de la determinación de contenidos de cada uno de los derechos que están en juego. Es decir, busca que el resultado del acto interpretativo responda al objeto perseguido por la ponderación realizada. (...).*

A grandes rasgos, la ponderación aún espera mayor desarrollo jurisprudencial. La crítica a esta técnica, de igual forma, denota fuerza en la medida que desvirtúa que haya derechos prevalentes, cuando el principio de unidad de la Constitución supone un plano de igualdad para todos los derechos fundamentales. No obstante ello, la ponderación constituye un

referente de importancia para nuestro ordenamiento y al mismo tiempo, una guía metodológica para el esclarecimiento de las controversias difíciles”.¹¹⁹

En el caso de la periodista Magaly Medina, vemos el conflicto entre dos derechos fundamentales, el derecho a la intimidad, que fue violado por la periodista antes mencionada y el derecho a la información, que es en el cual la periodista se ampara; la primacía de derecho a la intimidad prevalece ante el derecho de información, puesto que hasta ,que punto el derecho a la información sobrepasa la barrera y afecta el derecho a la intimidad que es uno de los más importantes para la dignidad de un ser humano.

3.6 DERECHOS FUNDAMENTALES

3.6.1 DEFINICIÓN

Son un conjunto de derechos y libertades que, por ser inherentes al ser humano, se encuentran reconocidos en el ordenamiento jurídico constitucional y positivo. Son así los derechos humanos positivizados en la Constitución¹²⁰.

Como tenemos entendido estos derechos fundamentales se encuentran amparados en nuestra Constitución Política, ya que en el artículo 2° de la antes mencionada señala que toda persona tiene derecho a (...) enumerándose los derechos positivizados y protegido por nuestro Estado, empero, debemos resaltar que dicho artículo es clausula *numerus apertus*, que en buen cristiano nos quiere decir que no se deben contemplar sólo los derechos fundamentales que se encuentran taxativamente estipulados en dicho artículo, sino otros que quizás no se encuentren ahí, pero que tiene relevancia constitucional, por ejemplo que se encuentren en otros artículos de la Constitución o en tratados internacionales.

¹¹⁹ FIGUEROA GUTARRA, Edwin, PONDERACION CONSTITUCIONAL [En Línea] Artículo Alojado en JURIDICA 239, El Peruano publicado el 24 de febrero de 2009 Disponible: <http://edwinfigueroag.wordpress.com/2010/08/31/ponderacion-constitucional/>, fecha de consulta 20 de noviembre 2014.

¹²⁰ Citado por OROS CARRASCO, Rodolfo; El Derecho penal en la Era de la Postmodernidad, La Globalización y los derechos fundamentales, Editorial Grijely, Edición 2014. Pág. 231.

La ONU define a los derechos humanos como *“garantías esenciales para que podamos vivir como seres humanos. Sin ellos no podemos cultivar ni ejercer plenamente nuestras cualidades, nuestra inteligencia, talento y espiritualidad”*.¹²¹

De igual manera el Tribunal Constitucional peruano ha considerado que *“...los derechos fundamentales constituyen una manifestación de la dignidad de la persona humana, tiene una posición central en el ordenamiento jurídico, esta centralidad implica, a su vez, la previsión de mecanismos jurídicos que garanticen la eficacia real, pues cuando se vulnera un derecho fundamental se afecta tanto el derecho subjetivo de las personas cuanto el conjunto de valores y bienes constitucionales que precisan ser igualmente protegidos. Ello justifica que nuestra Constitución (art. 200) haya previsto determinadas garantías constitucionales, a fin de salvaguardar el principio de supremacía de la Constitución y la vigencia efectiva de los derechos fundamentales”*.¹²²

Si bien lo dice nuestro propio Tribunal Constitucional en un ámbito más concreto, los derechos fundamentales son inherentes a la persona, y constituyen una manifestación de la dignidad, de igual manera que dentro de un Estado se deben dar mecanismos jurídicos para la protección de estos de manera eficaz y real; es así que para poder buscar el cumplimiento de la Constitución se han dado entre otros mecanismo como el control difuso, concentrado, las garantías constitucionales las cuales buscan que cese la afectación o vulneración del derecho y poder restituir las cosas al estado anterior a la afectación.

Otra conceptualización que se puede tener es de Nogueira Alcalá¹²³, el cual sostiene que los derechos fundamentales *“... son el conjunto de facultades e instituciones que concretan las exigencia de la dignidad de los seres humanos, considerados tanto en su aspecto individual como comunitario, en un contexto histórico determinado, las cuales deben ser aseguradas, respetadas, promovidas y*

¹²¹ Contenido extraído de la Página oficial de la Organización de las Naciones Unidas [En línea] Página web consultada:<<http://www.un.org/es/rights/overview/>>, Fecha de consulta: 30 de septiembre del 2015.

¹²² Sentencia del Tribunal Constitucional Exp. N° 10087-2005-PA/TC

¹²³ Citado por OROS CARRASCO, Rodolfo; El Derecho penal en la Era de la Postmodernidad, La Globalización y los derechos fundamentales, Editorial Grijely, Edición 2014. Pág.232

garantizadas por los ordenamiento jurídicos a nivel nacional, supranacional e internacional, formando un verdadero subsistema”.

Sobre esta ultima conceptualización podemos resaltar que Noriega Alcalá le da una connotación supranacional a los derechos fundamentales y si bien es cierto nuestro país ha suscrito diversos Tratados y Declaraciones sobre derechos fundamentales, el respeto no solo del país que los suscribe sino el compromiso que deben primar de todos los países en crear un resguardo de derechos de manera mundial, en donde no exista afectaciones ni violaciones a derechos fundamentales, estaríamos hablando de un estado ideal, o de un mundo ideal en donde el respeto de todas las personas, y sus derechos sería una convivencia armoniosa.

3.7 TEORÍA DE LOS DERECHOS FUNDAMENTALES

3.7.1 SURGIMIENTO DE LOS DERECHOS FUNDAMENTALES

Existen 4 posturas marcadas sobre el surgimiento de los Derechos Fundamentales, entre ellas tenemos:

A) **Postura Naturalista.-** *“cuya propuesta es que todos los seres humanos tenemos derechos porque la naturaleza los otorgó, o en su defecto, los derechos han sido asignado por Dios y fue descubierto por la razón”.*¹²⁴

Al ser una postura naturalista trata de entender la naturaleza de los derechos humanos, concibiéndola a través de un ser supremo en este caso Dios, quien otorgó al ser humano estos derechos, o porque simplemente la naturaleza lo otorgó.

B) **Postura Positivista.-** *“argumentan que el hombre tiene derechos por que la ley los otorga, siendo que el Estado garantiza su*

¹²⁴ Blog denominado Antropología y Derechos Humanos, Autores del artículo LOPEZ MARTINEZ, Liliana, HERNANDES, Eduardo; BARRANCO VERA, Luz Alejandra; CASTAÑEDA PEREZ, Diana Alejandra: [En Línea] Página web consultada: < <http://antropologiaderechoshumanos.blogspot.pe/2011/03/como-surgieron-los-derechos-humanos.html>>, Fecha de consulta: 25 de septiembre del 2015.

*cumplimiento a través de instituciones: la norma jurídica es el mecanismo más idóneo para regular los conflictos sociales”.*¹²⁵

Dentro de la postura positivista que vas más acorde con nuestros tiempos, se entiende que los derechos fundamentales fueron otorgados por la ley, eso quiere decir que el Estado es quién garantiza el cumplimiento de estos derechos, y que básicamente la norma jurídica regula los conflictos que puedan existir dentro de una sociedad políticamente organizada.

- C) **Postura Axiológica.**- *“considera que los humanos somos seres morales y que los derechos humanos promoverían el bienestar de la sociedad, a través de esa distinción entre lo bueno y lo malo. El otorgar libertades al individuo y que este ejerza su libre albedrío buscando no irrumpir en la libertad de los otros”.*¹²⁶

Esta postura más idealista, considera que los derechos humanos son inherentes al ser humanos, valga la redundancia, y que por el hecho de ser seres morales, los propios derechos fundamentales o humanos, nacen de la sociedad; teniendo como precepto moralista, este nacimiento de derechos humanos a través de la distinción de lo bueno y lo malo.

Asimismo que la persona que goza de estos derechos fundamentales, puede ejercer su libre albedrío o decisión sobre las cosas, citando la célebre frase *“el ejercicio de mis derechos terminan, cuando empiezan los de los otros”*, poniendo un límite a este libre albedrío, siempre y cuando no se afecten derechos de los demás.

¹²⁵ Ídem.
¹²⁶ Ídem.

D) **Postura Histórica.**- *“que manifiesta que la emergencia de los Derechos humanos a través de coyuntura y procesos sociales que la encaminaron a ellos. Los derechos fundamentales surgen porque se tiene la necesidad de sentirnos protegidos, es así que la historia de una nación va formando lo que se tiene ahora”*.¹²⁷

Como todo devenir o evolución de una sociedad en el tiempo, a través de diversos hechos históricos se manifiesta la necesidad de los derechos humanos, para el respeto de la persona dentro de la sociedad, para que no se vulnere sus derechos, como lo sucedido en la Primera y Segunda Guerra Mundial que fue el detonante, para la Creación de la Declaración Universal de los Derechos Humanos, marcando un hito en la historia.

3.7.2 FUNDAMENTOS HISTÓRICOS

Se tiene como hecho importante, *“después de haber concluido la Segunda Guerra Mundial 1945, en donde murieron más de 60 millones de personas, y donde hubo una clara vulneración de derechos fundamentales”*.¹²⁸

Como hecho histórico relevante tenemos que el punto de partida o detonante fue la Primera y Segunda Guerra Mundial, en especial la segunda, porque el número de pérdidas humanas fue exorbitante, y más aun la vulneración de todos los derechos fundamentales durante el tiempo de guerra fue estrepitoso; teniendo que ser juzgados los responsables de estas vulneración que pertenecían a la élite del régimen nacionalsocialista de Adolfo Hitler, es así que después de la guerra los países aliados que ganaron la guerra, sancionaron y repudiaron la vulneración de los derechos fundamentales e

¹²⁷ Ídem.

¹²⁸ Contenido en idioma español, Extraído de la Página Web UNITED FOR HUMAN RIGHTS, Making Human Rights a Fact [En Línea] Página web consultada: <http://www.humanrights.com/es_ES/what-are-human-rights/brief-history/the-united-nations.html>, Fecha de consulta: 01 de octubre del 2015.

intervinieron para buscar justicia, implantándose la intervención de los Estado como Justicia Penal Internacional, en el famoso Juicio de Núremberg.

Es por este hecho que en abril de 1945, *“delegados de cincuenta naciones se reunieron en San Francisco llenos de optimismo y esperanza. La Meta de la Conferencia de las Naciones Unidas sobre la Organización internación era crear un organismo internacional para promover la paz y evitar guerras futuras”*.¹²⁹

La Declaración Universal de los Derechos Humanos es el *“resultado de la promulgación realizada por la Asamblea General de las Naciones Unidas el 10 de diciembre de 1948 en París, como ideal común por el que todos los pueblos y naciones deben esforzarse”*.¹³⁰

Básicamente son los países potencia, y los países aliados de la Segunda Guerra Mundial quienes toman medidas para la elaboración de la Declaración Universal de los Derechos Humanos, en sí de forma positivista y que esto haga, que todas las naciones respeten los derechos fundamentales de las personas, en el caso particular del Estado Peruano, suscribió y ratificó la Declaración Universal de los Derechos Humanos en el año 1959.

¹²⁹ Ídem.

¹³⁰ Contenido extraído de la Página oficial de la Organización de las Naciones Unidas [En línea] Página web consultada:<<http://www.un.org/es/rights/overview/>>, Fecha de consulta: 30 de septiembre del 2015.

3.7.3 MODELOS HISTÓRICOS DE FUNDAMENTACION DE LOS DERECHOS FUNDAMENTALES

a) Modelo de Fundamentación Historicista

Por este modelo, se combina pretensiones y elementos propios del nuevo pensamiento liberal ilustrado (...) según esta corriente los elementos sustanciales del Estado y de la Sociedad se habían ido formando con el devenir del tiempo, hasta petrificarse y resultar imposible cualquier cambio.¹³¹

Podemos entender que al hablar de formación con el devenir del tiempo, es por el transcurso de los años, el cambio tanto de la sociedad y de las personas que hacen resurgir un cambio en la concepción que se tiene de los derechos fundamentales, básicamente lo entendemos en que tanto con las Revoluciones que han existido en el transcurso de nuestra historia, así como el cambio de mentalidad de las personas, hacen que la importancia del hombre sea mayor, se llegue a concentrar todos los esfuerzo en la revalorización de la persona humana, sus derechos y libertades que tiene y deben de gozar dentro de una sociedad.

Bajo este modelo se acuñó el término Constitución histórica para referirse a aquellas normas antiguas cuyo núcleo sustancial era intangible (...) formada por costumbre o determinadas leyes.¹³²

Si entendemos una Constitución histórica mas no una Constitución escrita, es la primera en base al transcurso del tiempo, la costumbre y actos repetitivos que se han concretizado,

¹³¹ BASTIDA, Francisco; Villaverde Ignacio, Requejo Paloma, Presno Miguel Angel, Aláez Benito, Saratosa Ignacio; Teoría General de los Derechos Fundamentales en la Constitución Española de 1978, Publicado en la Editorial Tecnos, Madrid 2004; Libro en Formato PDF, página web consultada < www.unioviado.es/constitucional/miemb/pdf/librodf.PDF > ; fecha de consulta : 04 de febrero del 2015

¹³² Ídem

es así que este tipo de Constitución tiene su base fundamental en la costumbre y otras leyes que han podido ser pactos entre los monarcas o reyes con el pueblo, pero que no han sido plasmadas de manera física o escrita, dándole una rigurosidad o formalidad a la misma, no siendo un obstáculo para su cumplimiento. Es por eso que podemos hablar del sistema anglosajón en donde no existe leyes escritas sino que todo está en base a la costumbre, sin desmerecer esto a que no se cumpla sino todo lo contrario, siendo de obligatorio cumplimiento, pese a no ser escrita.

b) Modelo de Fundamentación Iusracionalista

La fundamentación se da en el Derecho Natural, es un Derecho suprapositivo, reconducible en la esencia misma de la naturaleza humana. En este derecho hallarían su origen todas las libertades del hombre que, por tanto serían inherentes a su persona, y que cualquier individuo podría llegar a conocer a través de la reflexión sobre su propio ser.¹³³

Si entendemos este modelo iusracionalista, se encuentra ligado con el Derecho Natural, un Derecho que tiene como naturaleza la importancia del hombre y las libertades que lo rodean, estas libertades como lo hemos dicho son inherentes a las personas, a cada individuo y es por eso que cada persona puede llegar a conocerlas y a conocerse a sí mismo.

Es así que bajo este modelo hablamos de un estado de naturaleza, por el cual todo individuo tiene igualdad absoluta, es pues esta situación anterior a la formación de la sociedad políticamente organizada (Estado), ya que la única manera para que el hombre pueda gozar de libertades es a través del pacto

¹³³ Ídem

social que ha realizado con el Estado, es éste último quien reconoce libertades a los individuos.

Este pacto es celebrado por estos individuos que se encuentran en estado de naturaleza (Hobbes), es ese desprendimiento de derechos naturales absolutos (Derecho Natural) que al cederlos a un ente superior (Estado), este en contraprestación les da determinadas libertades, asegurando y garantizando, el cumplimiento y respeto de las mismas.

Este desprendimiento o renuncia de los derechos naturales es lo que se llama pacto social (Rousseau) conocido hoy en día, y que de manera incipiente fue desarrollado por Hobbes.

c) Modelo de Fundamentación Positivista

Bajo este modelo, no existen Derechos previos al Estado (ni previos en cuanto a anteriores en la historia, ni previos en cuanto fundamentados en un supraderecho como sería el Derecho natural, que procedería.¹³⁴

Si entendemos ésto como cierto, estaríamos dejando de lado el devenir histórico de nuestra evolución en la sociedad y cómo sociedad o pueblo, estamos frente al no reconocimiento de la evolución histórica (modelo histórico) de los derechos fundamentales. Y como sabemos esto es falso, puesto que tanto las revoluciones de nuestra era, como la costumbre de los pueblos han reconocido en cierta manera y contribuía con el reconocimiento de los derechos fundamentales y como todo proceso histórico se llega a lo que somos en la actualidad.

¹³⁴ Idem.

Si partimos de que no existen Derechos previos a la constitución de la sociedad políticamente organizada o Estado hoy en día, hablamos de que se toma en cuenta solo el momento de la formalidad o constitución del Estado como punto de partida del reconocimiento de los derechos fundamentales.

En el estado de naturaleza no existen derechos naturales sino más bien capacidades naturales porque las libertades solo son posibles tras el pacto social, porque existe Estado que garantiza los derechos subjetivos.¹³⁵

Si bien es cierto esta formalidad que se da con el reconocimiento de los derechos por parte del Estado en la constitución o llamado pacto social del mismo con los individuos en estado de naturaleza, hacen que este reconocimiento tenga mayor validez o respeto porque ahora existirá un ente superior que tiene fuerza y derecho para poder hacer cumplir, respetar y garantizar los derechos que han sido pactados, y que no solamente los reconoce sino que las personas o ciudadanos que integran la sociedad pueden hacer libremente uso de sus libertades, pero con la condición o límite de que no pueden contravenir los derechos de otras personas y que no vayan en contra del Estado y su permanencia del mismo en el tiempo.

Este modelo vendría hacer como hoy en día se tiene la concepción de los derechos fundamentales, que recién nacen con el reconocimiento que se les da por parte del Estado, en una Constitución Política, que en nuestro caso (Perú) como en otros países del mundo existe taxativamente el reconocimiento de dichos derechos, hablando de nuestro caso en particular –Perú-

¹³⁵ Ídem.

debemos decir que existe un catálogo de derechos fundamentales expresos en nuestra Constitución Política; sin embargo es una cláusula *numerus apertus*, porque no sólo reconoce los derechos fundamentales que ya se encuentran estipulados en ella, sino los demás derechos que no lo están, es así los reconocidos por declaraciones internacionales o los conexos a los mencionados en dicha Constitución.

La formalidad con la que goza nuestra Constitución Política del Estado Peruano, la hace parte de un modelo positivista, puesto que se encuentra de manera escrita; los derechos que se encuentran en esta, son producto de un devenir histórico así como el reconocimiento de los derechos naturales o innatos de cada persona, que gozaba desde tiempos muy remotos, y que al devenir en una Constitución moderna lo único que hacen es ponerlos dentro de una formalidad, que genera un respaldo o fuerza; puesto que el deber de un Estado y en este caso el Estado peruano es de proteger y garantizar los derechos fundamentales de cada ciudadano peruano así como el respeto de la persona humana y su dignidad como máximos pilares que tiene nuestro Estado.

3.8 TEORÍA LIBERAL DE LOS DERECHOS FUNDAMENTALES

3.8.1 TESIS BÁSICA DE LA TEORÍA LIBERAL DE LOS DERECHOS FUNDAMENTALES

Según la concepción liberal “*los derechos fundamentales son derechos de libertad del individuo frente al Estado*”. Cada individuo pertenece de manera inherente un ámbito de libertad, en razón de su dignidad como

miembros del género humano, y que el poder público encuentra vedadas sus posibilidades de acción a lo largo de este espacio.¹³⁶

Si entendemos esta tesis como cierta, debemos decir que cada persona se sentiría con poder y facultad de realizar lo que se le plazca, es decir, estaríamos en total anarquía sin tener un ente que nos guíe y brinde seguridad, porque como bien sabemos puede existir un ejercicio abusivo de un derecho, esto se daría por extralimitar nuestro derecho sin pensar en que también afectamos de alguna manera a nuestro conciudadano.

Estos derechos aseguran a la persona una competencia exclusiva para elegir dentro de su órbita más íntima, para escoger, sin intervenciones de lo público, cuales son los cursos de acción a emprender.¹³⁷

Si bien es cierto cada persona tiene esa liberalidad de poder realizar cualquier acto de disposición, pero bajo esta perspectiva no debe existir una intromisión por parte del Estado, ya que al hacerla se estarían limitando los derechos fundamentales de la persona.

Es una idea un poco descabellada, pero de alguna manera cuando hablamos del Neoconstitucionalismo vemos que debe existir por encima de los órganos del Estado el respeto de la Constitución que es la que ampara nuestros derechos fundamentales, esa garantía que nos da vendría estar relacionada con esta tesis básica, puesto que la primacía de estos derechos generan un ámbito de libre disposición y gozo de nuestro derecho.

3.8.2 FUNDAMENTOS FILOSÓFICOS DE LA TEORÍA LIBERAL

De la Teoría Liberal, los máximos representantes son Locke y Kant, es por eso que los fundamentos filosóficos que proponen son importantes para poder entender los derechos fundamentales y las concepciones que proponen.

¹³⁶ Ídem Pág. 254

¹³⁷ Ídem

c) Locke

Para Locke; el cual ofrece “*una fundamentación de corte contractualista y iusnaturalista de la concepción de los derechos como derechos de defensa frente al Estado*”.¹³⁸

En primer lugar debemos entender que como todo ser humano, gozamos de derechos fundamentales, y al ser parte de una sociedad políticamente organizada (Estado) hacemos uso de éstos en este ambiente. Cuando hablamos del enfoque contractualista y iusnaturalista, debemos decir que en base al iusnaturalismo los derechos naturales o fundamentales que son innatos a todo ser humano, están por encima de cualquier ley o norma jurídica, es por eso que el valor supra que tienen éstos, hacen que su importancia y trascendencia sea mayor. Si tomamos ésto como cierto, podemos decir que los derechos naturales o fundamentales no tienen un límite, que cualquier persona puede hacer uso de los mismo sin medir las consecuencias, pudiendo realizar un abuso de su derecho.

Para esto tenemos al Estado, el cual pone óbices, los cuales delimitan el uso de los derechos para que no contravengan los derechos de las demás personas, y menos que exista el ejercicio abusivo del derecho.

Locke sostiene que el hombre es “*dueño absoluto de su propia persona y de sus posesiones*”¹³⁹, en definitiva el hombre es su propio dueño, y por ende puede gozar de sus derechos fundamentales (ley natural) sin ninguna restricción, asimismo que no se les puede negar los mismos al tener su naturaleza de absolutos e innatos.

¹³⁸ Ibídem pág. 255
¹³⁹ Ídem

d) Kant

Para Kant, que fue otro de los filósofos que habló del Liberalismo, éste se ocupó del problema de la fundamentación de la libertad como atributo inherente al individuo. La posibilidad de una fundamentación semejante encontraba en primer lugar un inconveniente en su oposición radical al principio de causalidad natural.¹⁴⁰

Si entendemos que el Liberalismo tuvo su renacer por las Revoluciones contemporáneas, y su máxima propuesta fue los derechos fundamentales como freno al poder político del Estado; la libertad es uno de los derechos más importantes de la persona, ese fundamento del liberalismo da importancia al hombre y su dignidad, la cual debe ser respetada y asegurada por el Estado al cual pertenece la persona.

Bajo todo esto, debemos decir que Kant proponía que como toda cosa debe tener un límite, el límite de los derechos naturales o fundamentales era el derecho natural de otra persona, es pues la propia vulneración del derecho de otras personas que hace la vez de obstáculo para el ejercicio del propio derecho, existiendo una autorregulación; asimismo recalca la importancia del Estado como ente encargado de cuidar, velar y garantizar los derechos de las personas, reprimiendo todo tipo de conducta que atente contra estos, o contra las personas que son los titulares de los derechos.

¹⁴⁰ Ibídem Pág. 256

3.9 NEOCONSTITUCIONALISMO EN EL PERÚ

Como bien ha sido estudiado, debemos determinar si el Perú como Estado se encuentra adoptando la tendencia Neoconstitucionalista, es así que podemos decir que a partir de la Constitución de 1979 se da un gran cambio dentro de la vida constitucional del Estado Peruano, ya que como señala Miguel de Carbonell que son a partir de las Constituciones post Segunda Guerra Mundial, las que positivizan los derechos fundamentales; es así que dentro de la vida política del Estado, la Constitución de 1979 es la indicada, es así que dentro de esta se tienen diversas características:

- 1) **Respeto y Exaltación de los derechos humanos**, como no lo hubo en anteriores textos constitucionales. Motivado porque se salía una dictadura militar y la Asamblea Constituyente coexistió en ella. La reacción sobre esta situación consistía en la afirmación y defensa de los derechos humanos, frente a un régimen que no se había caracterizado precisamente por respetarlo.¹⁴¹
- 2) **Presenta el texto constitucional una impronta antimilitar**; es así que la Constitución está en consta del militarismo y contra lo que representa un gobierno de facto; es así que en la Carta de 1979, existen artículos consagrados expresamente a la defensa de los gobiernos constitucionales.¹⁴²
- 3) **Perfeccionamiento de la protección procesal de los derechos humanos**; en esta Constitución se superan imprecisiones, y se establecen específicos canales de protección, fundamentalmente a través de dos acciones, el habeas corpus y el amparo.¹⁴³

¹⁴¹ Extracto del Libro extraído de la Biblioteca Jurídica de la Universidad Nacional Autónoma de México, Libro en Formato PDF [En Línea] Página web consultada: <<http://biblio.juridicas.unam.mx/libros/5/2217/8.pdf>>, Fecha de Consulta: 24 de septiembre del 2015.

¹⁴² Ídem.

¹⁴³ Ídem.

- 4) **Configuración de nuevos órganos Constitucionales;** conlleva a la superación de la trilogía clásica de poderes del Estado; en así el Congreso de la República, el Poder Ejecutivo y el poder Judicial, ya no son los únicos que concentran el poder político y las grandes decisiones. Al lado de ellos actúan otros órganos constitucionales, que tienen plena autonomía administrativa, económica y política, como el Consejo Nacional de la Magistratura, el Tribunal de Garantías Constitucionales, Ministerio Público y el Jurado Nacional de Elecciones.¹⁴⁴

El Neoconstitucionalismo se dio en el Perú a partir de la Constitución de 1979, al ser una Constitución dada después de la Segunda Guerra Mundial y puesto que consagra en gran medida la protección de los derechos fundamentales, y la creación del Tribunal de Garantías que en nuestra época es el Tribunal Constitucional, de igual manera el reconocimiento del habeas corpus y acción de amparo; como mecanismo de protección de los derechos fundamentales de las personas.

Posteriormente en la vida política del Estado Peruano se han ratificado y suscrito diversos convenidos, pactos, tratados, como instrumentos internacionales de protección de los derechos humanos, y que forma parte del Derecho doméstico con rango constitucional.¹⁴⁵

Entro los Convenios más significativos, tenemos a los suscritos por la OIT (Organización Internacional de Trabajo), Pactos como el de San José de Costa Rica, Tratados Internacionales de protección de Derechos humanos, suscripción de la Declaración universal de los Derechos Humanos, etc.

Cabe mencionar que Miguel de Carbonell, nos señala que *“en América Latina está emergiendo un paradigma constitucional autoritario, que usando*

¹⁴⁴ Ídem.

¹⁴⁵ Contenido extraído de la Página web la Coordinadora Nacional de Derechos Humanos, 30 años trabajando por los Derechos Humanos en el Perú[En Línea]Página web consultada: < <http://derechoshumanos.pe/2008/11/a-60-anos-de-la-declaracion-universal-de-derechos-humanos-2/>> Fecha de Consulta: 15 de octubre del 2015.

*la Constitución, usufrutuándose, está separándose de la democracia y de los límites del poder”.*¹⁴⁶

Es así que en países de América, se está dando la vulneración del Estado Constitucional de Derecho y el respeto de la Constitución, esto a través de poderes autoritarios, en el caso específico de Venezuela en donde se restringen el derecho a la libertad de expresión, información y de prensa; y todo esto basándose en el supuesto respeto de la Constitución; teniendo la Constitución de simple símbolo ya que en la práctica no se respetan ningún derecho fundamental de las personas.

Miguel de Carbonell nos dice que *“Las Constituciones son el tiempo, no son normas que se lean separadas de la historia”* y que; *“Un orden constitucional es un deber de los ciudadanos”.*¹⁴⁷

3.10 CRÍTICA AL NEOCONSTITUCIONALISMO

Como toda corriente nueva en el Derecho existen detractores es por eso que considerando esta nueva tendencia del Neoconstitucionalismo, encontramos diversas críticas, entre ellas tenemos:¹⁴⁸

a) La relevancia de la distinción entre punto de vista interno y punto de vista externo sobre el concepto de derecho

Para poder entender sobre la distinción desde el punto de vista interno y externo, debemos citar a Carlos S. Nino¹⁴⁹, el cual denominó la perspectiva ultraexterna, que exige distinguir entre conceptos «descriptivos» y «normativos» del derecho.

¹⁴⁶ Video de la Conferencia dictada en el marco del Seminario Neoconstitucionalismo, democracia constitucional y derechos humanos, Universidad FAFIT, Medellín, Colombia, 25 de Agosto del 2009 [En Línea] Página web consultada <<https://www.youtube.com/watch?v=mwnZlruVcvY>>, Fecha de consulta: 03 de septiembre del 2015.

¹⁴⁷ Ídem.

¹⁴⁸ ADRIAN CORIPUNA, Javier Antonio; Razonamiento Constitucional. Críticas el Neoconstitucionalismo desde la Argumentación Jurídica; Tesis para optar el grado de Magister en Derecho Consttucional, contenido en línea en Formato PDF, dicha tesis se encuentra en Repositorio de la Pontificia Universidad Católica del Perú; página web consultada

<http://tesis.pucp.edu.pe/repositorio/bitstream/handle/123456789/5642/ADRIAN_CORIPUNA_JAVIER_RAZONAMIENTO_CONSTITUCIONAL.pdf?sequence=1> , fecha de consulta: 22 de marzo del 2015

¹⁴⁹ Ídem.

Este punto externo de percepción sobre el derecho es aquel que se basa de forma empírica, es decir con la experiencia jurídica, los hechos que se realizan en la realidad, la aplicación de la normas jurídica; en cuanto al punto de vista interno del Derecho, no es más que la perspectiva que tiene el operador de justicia en este caso el juez, ya que es él quien aplica la norma jurídica en la realidad; porque es el juez quien tiene la función de valorar, argumentar, interpretar y sobrepesar las normas con los hechos acontecidos, para poder tomar una decisión.

Por otro lado podemos hacer mención que el filósofo Hart¹⁵⁰ pretende explicar su teoría descriptiva del derecho desde un punto de vista externo (la del observador externo que describe, de modo objetivo y neutral, cualquier derecho positivo).

Bajo esta perspectiva que nos da Hart, el Derecho desde un punto de vista externo, no es más que la visión que tienen el común de las personas sobre todo lo relevante al Derecho, y que de este modo es más neutral buscar una concepción del mismo, ya que es una persona que no es parte de la administración de justicia u operador del derecho quien da su concepción del Derecho. Porque son los propios ciudadanos que integran la sociedad que ven el impactos de las normas jurídicas en la realidad, esa realidad jurídica de aplicación y respeto del Derecho.

b) El Neoconstitucionalismo se constituye como un modelo normativo y particular sobre el derecho, y no una teoría del derecho descriptiva y general

Si consideramos al Neoconstitucionalismo como ese modelo normativo en el cual existe preponderancia de la Constitución Política del Estado, asimismo el respeto de la dignidad humana, y los principios o características que se disgregan como la primacía de los principios por sobre las reglas, aplicar la ponderación y no la subsunción, etc. Nos hace pensar plenamente que la

¹⁵⁰ Ídem.

esencia de un Neoconstitucionalismo dentro de un Estado, genera cambios relevantes a nivel jurídico, social, puesto que cambiar la preponderancia de principios por encima de normas, hace que la ideología, respeto por los derechos fundamentales de las personas crezca y se vele por el respeto de la Constitución por ser esa el escudo de los derechos fundamentales.

Bajo esta perspectiva, en nuestros días se toman diversas posturas sobre el Neoconstitucionalismo o Constitucionalismo moderno, ya que hablamos de una Constitucionalización del Derecho, es decir, que la Constitución con todos sus pilares y principios está dentro de todo el aparato de un Estado, está inmerso en el Derecho Civil, Penal, Laboral, etc; ya que su importancia trasciende a toda rama del Derecho en General.

En la Constitución Política del Estado peruano, claramente se encuentra positivizado todos los derechos fundamentales en un artículo *numerus apertus*, asimismo en distintos artículos de la Constitución se hace constar la importancia de que prime la Constitución por encima de otras normas, de igual manera entendemos que todo poder del estado, está sometido al poder de la Constitución, y con mayor medida el Poder Judicial que es el encargado de resolver conflictos, dirimir controversias; en donde colisionan derechos de las personas.

Entonces nadie está por encima de la Constitución, ni está desprotegida por ésta, ya que todos los peruanos estamos amparados en ella, por el reconocimiento de nuestros derechos fundamentales. Por eso decimos que el modelo Neoconstitucionalista no es una teoría descriptiva del Derecho, sino una nueva perspectiva, un modelo normativo distinto y particular, que modifica distintos estamentos del Estado, ya que se ven los cambios de percepción en la misma realidad, relacionándose así con la visión externa que nos hablaba Hart, y en cuanto a la visión interna, la entendemos como el cambio que existe en la aplicación del Derecho por parte de los operadores del Derecho, en donde deben realizar la ponderación, la aplicación de principios por encima de las normas, dejando de ser positivistas y guiarse por los derechos de las personas.

c) Desde un punto de vista externo, el positivismo jurídico incluyente puede dar cuenta también del derecho en el Estado Constitucional

Más allá de las diferencias entre el Estado Constitucional y el Estado Legal de derecho, que no son sino modelos particulares, aún se mantienen las tesis principales del positivismo jurídico: la tesis de las fuentes sociales, la tesis de la separabilidad entre derecho y moral, y la tesis de la discrecionalidad.¹⁵¹

Claro está que la deferencia entre el Estado legal y el Estado Constitucional está influenciado con el positivismo jurídico incluyente, ya que este es el reconocimiento de la existencia del Derecho en la sociedad, y que este depende de hechos sociales, hechos reales que suceden por la interacción de las personas en una sociedad y que se encuentran vinculados con el comportamiento o estándares morales de los individuos al interactuar.

Es imposible que exista una desvinculación entre este estado constitucional con el positivismo, porque si entendemos que al basarse un estado constitucional en una Constitución, valga la redundancia, esta última se encuentra positivizada, al encontrarse de forma escrita y ser una norma creada por un poder constituyente, en este caso el Poder Legislativo-Congreso de la República y que se plasmó en forma escrita para que perdure en el tiempo.

Podemos hacer mención que *“el positivismo jurídico incluyente sostiene que no se presenta, necesariamente, el caso de que la validez jurídica de una norma depende de su validez moral”*¹⁵². Eso no es una afirmación falsa, puesto que toda norma jurídica en su esencia tiene una tendencia o relación con la moral ya que no se puede negar la existente relación que hay entre Derecho y moral, si nos remontamos a épocas pasadas las normas jurídicas eran totalmente morales en gran medida, y ahora no es tan cierto eso.

¹⁵¹ Ídem.
¹⁵² Ídem.

d) La relevancia del concepto de derecho en la argumentación jurídica y las distorsiones que genera el Neoconstitucionalismo en el razonamiento judicial

La relevancia de la argumentación jurídica dentro del “Estado constitucional supone así un incremento en cuanto a la tarea justificativa de los órganos públicos y, por tanto, una mayor demanda de argumentación jurídica (que la requerida por el Estado legislativo de Derecho). En realidad, el ideal del Estado constitucional (la culminación del Estado de Derecho) supone el sometimiento completo del poder al Derecho, a la razón: la fuerza de la razón frente a la razón de la fuerza. Parece por ello bastante lógico que el avance del Estado constitucional haya ido acompañado de un incremento cuantitativo y cualitativo de la exigencia de justificación de los órganos públicos”.¹⁵³

Dentro de un Estado Constitucional se encuentra taxativamente establecido que en el caso de las resoluciones judiciales (Constitución Política Peruana), debe existir una motivación de las mismas, ya que al infringir esto se vulneraría los derechos al debido proceso, defensa, etc; que gozan los ciudadanos.

En cuanto a las distorsiones que puede generar el Neoconstitucionalismo, encontraríamos esta disyuntiva en los operadores de justicia, en este caso al ser los jueces lo que aplican el Derecho vivo, y en ocasiones realizan la técnica de la ponderación cuando son caso difíciles en donde colisionan dos o más derechos, el problema surge en que tendencia se va a guiar el juez que decidirá qué derecho debe primar para ese caso en particular, ahí nace una disyuntiva, porque cada ordenamiento jurídico se supone que está orientado bajo alguna tendencia o modelo jurídico; es por eso que si nuestro

¹⁵³ ATIENZA, Manuel, Argumentación y Constitución; Universidad de Alcalá-España; artículo jurídico en línea, contenido en PDF; página web consultada <http://www2.uah.es/filder/manuel_atienza.pdf> , fecha de consulta: 24 de marzo del 2015.

modelo de Neoconstitucionalista la tendencia de los magistrados y de toda entidad es velar por el cumplimiento de los derechos fundamentales.

Por otro lado esta tendencia Neoconstitucionalista estaría en conflicto con la discrecionalidad del juez a la hora de juzgar un caso en particular, o de por si se tiene que prevalecer los derechos (Constitución) por encima de todo. Esta concepción Neoconstitucionalista se debe tomar en todo ámbito, pero lo esencial es la aplicación de estas tendencias en el ámbito judicial.

Asimismo se tiene la concepción de que los jueces que son pegados a las normas (positivistas jurídicos) están violando derechos, pero en otros caso se considera a un juez (Neoconstitucionalista) un juez más capaz de afrontar casos difíciles porque ponderará los principios o derechos fundamentales de distinta manera, porque no se regirá tanto a la norma, sino a la prevalencia de derechos por encima de las normas.

Finalmente, “existen fundadas razones para asumir que posiciones como por el ejemplo el positivismo Kelseniano o el antipositivismo de Alexy no coadyuvan en la labor de los jueces al momento de aplicar el derecho. En el caso de Kelsen, debido a su ideal de certeza jurídica que lo hace rechazar la incorporación de la moralidad en el derecho, y a su posición de que una norma puede tener cualquier contenido siempre y cuando sea expedida por autoridad legítima, se constituye en una doctrina no adecuada para comprender el derecho en los Estados Constitucionales. En el caso de Alexy, debido a su denominada pretensión de corrección, que es considerada como un elemento necesario del concepto de derecho, hasta el punto de asumir que los sistemas normativos que no formulan ni explícita ni implícitamente una pretensión de corrección, no son sistemas jurídicos, se constituye en una doctrina que sobredimensiona, exagera y distorsiona lo que sucede con el derecho de los Estados Constitucionales, en el que claramente se pueden identificar normas jurídicas positivizadas que no hacen ninguna referencia a parámetros o criterios morales. Que existan algunos casos difíciles que

involucren normas positivizadas y normas morales, no indica que todo el derecho positivo se encuentre plenamente identificado con la moral.¹⁵⁴

Si comenzamos con la concepción de Kelsen el cual señala que el Derecho y la moral no deben estar vinculadas y menos para regir dentro de un ordenamiento jurídico, es decir de que existan normas con contenido moral en una sociedad organizada, puesto que esto atentaría con el concepto de estado constitucional, porque realmente si existe una relación entre la moral y el Derecho, las personas creaban sus normas con principios morales, no basta solo la validez de una norma para que sea cumplida por toda la sociedad y que sea emitida por un poder que tenga facultad para hacerlo, sino un reconocimiento de respeto tácito ante esa norma.

En cuanto a Alexy que engloba de una manera más idónea la relación entre Derecho y moral, reconociendo que en los casos difíciles existen normas positivizadas y normas morales que concurren dentro de un mismo hecho o conflicto, sin embargo pese a existir la concurrencia de este tipo de normas, no hace colegir que un sistema jurídico este plenamente vinculado con la moral.

En consecuencia existen posiciones divididas sobre la vinculación que existe entre Derecho y moral en cuanto debe existir en un Estado constitucional. Asimismo que al existir esta incongruencia cual será la aplicación que realizará un juez, debe primar el Derecho o la moral en sus decisiones, en la argumentación que haga sobre su decisión, de igual manera si nos encontramos en un Estado Constitucional, se asume que el respeto de los derechos fundamentales está garantizado, pero si el operador de justicia aun no tiene claro cuál es su tendencia, o cual es la tendencia del Estado peruano en donde deben regir los principios por encima de las normas, se cometerían vulneración de derechos fundamentales dentro de paradójicamente un Estado Constitucional.

¹⁵⁴ Ídem.

3.11 CONSECUENCIAS DEL NEOCONSTITUCIONALISMO

Como toda nueva corriente jurídica, tiene repercusiones dentro de su aplicación, es por eso que dentro de las Consecuencias Jurídicas del Neoconstitucionalismo tenemos¹⁵⁵:

a) Cambio de Tesis en la Definición del Derecho

Refleja Prieto Sanchís que: *“En tanto el positivismo sostiene la tesis de la separación entre el derecho y la moral, el Neoconstitucionalismo plantea la tesis de la necesaria vinculación entre el derecho y la moral”*.¹⁵⁶

Es por eso sustancialmente que el cambio de visión que se tiene del Derecho es importante, ya que en el Neoconstitucionalismo se da la vinculación necesaria entre derecho y moral, en cambio para los Positivistas o debería existir la misma; estando desvirtuado porque el Derecho tiene preceptos y principios morales, que no pueden estudiarse de manera separada, sino entenderse de manera conjunta como lo hace el Neoconstitucionalismo, ya que el respeto de los derechos humanos está vinculado con los conceptos de dignidad del ser humanos, llevándonos a juicios de valoración de orden moral. Existe una conexión tangible en la relación de Derecho y Moral en el artículo 1° de nuestra Constitución, “el cual propone el parámetro de valoración de la dignidad de la persona como postulado base de todo el ordenamiento constitucional”.¹⁵⁷

¹⁵⁵ José Humberto Ruiz Riquero, Tesis para optar el Título Profesional de Abogado, Titulada “ La Aplicación de la Teoría del Precedente Vinculante Norteamericano en el Perú y sus Repercusiones Jurisprudencias”, Facultad de Derecho de la Universidad Católica Santo Toribio de Mogrovejo, Chiclayo, Noviembre 2012, Contenido en Formato PDF [En Línea] Página web consultada: < http://tesis.usat.edu.pe/jspui/bitstream/123456789/95/1/TL_Ruiz_Riquero_Jos%C3%A9.pdf> Fecha de consulta: 10 de octubre del 2015.

¹⁵⁶ Ídem.

¹⁵⁷ Contenido extraído del Blog del autor FIGUEROA GUTARRA, EDWIN; Artículo jurídico denominado “Neoconstitucionalismo e Interpretación Constitucional, ¿Hacia nuevos horizontes en el Derechos?”, Página web consultada <<https://edwinfigueroag.wordpress.com/9-neoconstitucionalismo-e-interpretacion-constitucional/>>, Fecha de Consulta 20 de junio del 2013.

b) Mayor Complejidad del Derecho

Se habla de una mayor complejidad del Derecho, “*por la evolución sin pausa de los derechos fundamentales, por la concurrencia de los principios y sus relativos márgenes de indeterminación para la resolución de conflictos constitucionales*”.¹⁵⁸

Los derechos fundamentales hacen que el derecho se haga más complejo, por la misma concurrencia de principios y preceptos constitucionales que priman por encima de cualquier ley, es así que en caso de conflictos se deben interpretar y aplicar la ley, conforme los mismo, generando un grado de complejidad para los operadores de justicia, para aplicar técnicas interpretativas y métodos de solución de principios y no solo la subsunción de la norma. “Todos estos elementos, en forma cohesionada, juegan un rol fundamental en la solución de conflictos y constituyen la base del Estado Neoconstitucional”.¹⁵⁹

c) Plena vigencia de los Derechos Fundamentales

Claro está que dentro de las consecuencias más significativas de un Estado Constitucional de Derecho, la primacía de la Constitución e implícitamente la de los derechos fundamentales de la personas está asegurada, porque es el mismo Estado quien debe velar por esta protección. Es así que “Estado Neoconstitucional, permiten una aplicación plena de los derechos fundamentales, cuyo norte aplicativo, en la definición de Peces Barba, es la de de poseer una juricidad y una moralidad básicas. Juricidad porque los derechos fundamentales contienen mandatos vinculados a realizaciones para la protección de un derecho; y moralidad, porque la vinculación a la protección de la

¹⁵⁸ Ídem.

¹⁵⁹ Ídem.

dignidad de la persona, representa una impostergable obligación para el juez constitucional”.¹⁶⁰

d) Reposicionamiento de los jueces Constitucionales

Ese reposicionamiento está vinculado que los jueces en general deben proteger los derechos fundamentales, y asegurar la Supremacía Constitucional, ya que se encuentra dentro de su prerrogativas como operador del Derecho, es así que en el caso de existir conflicto entre derechos o principios constitucionales el juez debe aplicar las técnicas interpretativas correspondientes para la aplicación o elección del principio o derecho constitucional en conflicto, solo en el caso concreto.

Los jueces tiene un rol importantísimo en el respeto de la Constitucional, ya que la misma es Omnipresente y se habla de la Constitucionalización del Derecho.

Estos jueces constitucionales, específicamente se refieren a los que integran el Tribunal Constitucional, que es el único para resolver conflicto de índole constitucional o referente a derechos fundamentales, asimismo que dicho tribunal es el púnico encargado de interpretar el sentido de la Constitución. La tarea interpretativa de los “jueces de dichos órganos debe significar una materialización de los derechos fundamentales demandados, naturalmente concediendo tutela cuando corresponda. En ese orden de ideas, deviene pertinente reforzar la labor de los mismos y en esa línea, el Neoconstitucionalismo presta un apoyo invalorable al constituir, como nuevo planteamiento en la teoría del Derecho, un medio invalorable para la defensa de los derechos fundamentales”.¹⁶¹

¹⁶⁰ Ídem.
¹⁶¹ Ídem.

3.12 ESTADO CONSTITUCIONAL

Para hablar de un Estado Constitucional debemos también considerar a unos elementos que lo integran, es así que tenemos: la dignidad humana, el principio de soberanía popular, la Constitución como Contrato, los principios del Estado de Derecho y Estado social.¹⁶²

En un Estado Constitucional *“el principio de supremacía constitucional lo conforman el principio liberal en el cual se encuentra una división de poderes y los derechos humanos a través esencialmente de la igualdad y la libertad; y el principio democrático en el cual se encuentran los principios de la mayoría que en otras palabras podía decirse que es la soberanía popular”*.¹⁶³

Siguiendo la misma línea conceptual, tenemos que este párrafo nos dice que parte de la división de poderes como expresión del Estado Constitucional, también se encuentra presente la igualdad y libertad, en su máxima expresión pero con regulación de éstas por parte del Estado, ya que es el ente supremo que determina el cumplimiento de la Constitución por sobre otras leyes.

También se denomina al Estado Constitucional un Estado de Derecho¹⁶⁴ ya que puede ser estudiado bajo diferentes enfoques; como una aspiración política o como una pretensión de seguridad jurídica, lo cual equivale a una visión ideológica bajo los ámbitos de la ciencia política o de la ciencia del derecho. Ambas ideologías pretenden justificar y legitimar el Estado bajo un sustento jurídico.

¹⁶² HABERLE, Peter, Estado Constitucional, Instituto de Investigaciones Jurídicas de la Universidad Autónoma de México, Primera Reimpresión 2003, Impreso en México. Pág.1

¹⁶³ Página Web del Comité Directivo Estatal de Líderes Juaristas de Nuevo León, artículo titulado ¿Qué es un Estado Constitucional?, autor José Roberto Salinas Padilla; Página web consultada <http://lideresjuaristasnuevoleon.mex.tl/blog_14401_--QUE-ES-UN-ESTADO-CONSTITUCIONAL--.html>; [Fecha de consulta el día 05 de septiembre del 2014].

¹⁶⁴ GIL RENDON, Raymundo, artículo jurídico titulado “El Estado Constitucional de Derecho y los Derechos Humanos”, se encuentre en línea <<http://www.tfjfa.gob.mx/investigaciones/pdf/estadoconstitucionaldederechoylosderechoshumanos.pdf>> contenido en formato PDF. [Fecha de consulta el día 05 de septiembre del 2014]

Cuando hablamos de un Estado Constitucional de Derecho o Estado de Derecho bajo el enfoque de estudio que se le quiera dar, se puede hablar de un ideal o un debe ser, ya que la expectativa o lo que busca es el cumplimiento por parte del Estado y todos las personas que lo integran, el respeto de la Constitución y por ende los derechos fundamentales que en ella reposan, es por eso que al encontrar este baladí, algunos estudiosos hablan de un paradigma o algo ideal que se debe buscar en todo Estado.

Finalmente podemos decir que para Miguel de Carbonell “*El Estado Constitucional se ha basado en 3 premisas axiológicas; la libertad, la igualdad, y también en la idea del límite de los poderes*”.¹⁶⁵

3.12.1 DEFINICIÓN

El Estado Constitucional corresponde “*determinar el contenido de la Ley, el acceso y el ejercicio de la autoridad y la estructura del poder. La constitución es material, orgánica y procedimental, material porque tiene derecho que serán protegidos con particular importancia (...), orgánica porque determina los órganos que forman parte del estado y que son llamado a garantizar los derechos, procedimental porque se establecen mecanismo de participación que procuran que los debates públicos sean informados y reglados, tanto para la toma de decisiones como para la elaboración de normas jurídicas*”.¹⁶⁶

Podemos entender de esta definición de estado constitucional, lo que resaltar de manera evidente es la estructura del poder, la separación de poderes, asimismo la importancia de la Constitución como ente primordial del Estado Constitucional, que se expresa como la garantía del cumplimiento de los derechos constitucionales o fundamentales dentro de un Estado, el cual

¹⁶⁵ Video de la Conferencia dictada en el marco del Seminario Neoconstitucionalismo, democracia constitucional y derechos humanos, Universidad FAFIT, Medellín, Colombia, 25 de Agosto del 2009 [En Línea] Página web consultada <<https://www.youtube.com/watch?v=mwnZlruVcvY>>, Fecha de consulta: 03 de septiembre del 2015

¹⁶⁶ ÁVILA SANTAMARÍA, Ramiro, Del Estado legal de Derecho al Estado Constitucional de Derecho y justicia, artículo jurídico en formato PDF, se encuentra en el Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM, [En Línea] página web consultada < <http://www.corteidh.or.cr/tablas/r23550.pdf> >, fecha de consulta el día 12 de octubre del 2014.

sabemos que corresponde a una sociedad políticamente organizada, en un territorio, y bajo una autoridad.

3.12.2 CARACTERÍSTICAS

En cuanto a las características del Estado Constitucional tenemos:¹⁶⁷

- a) **El principio pro homine y pro libertatis:** Estos principios mandan a entender a la norma que se revise, del modo más favorable a la persona.

Sobre este principio podemos mencionar la importancia de la dignidad humana, y la libertad de la persona como una directriz importante dentro de un Estado Constitucional, puesto que se debe velar por la supremacía de estos derechos innatos e inherentes a la persona que dentro de una sociedad, es así que se entiende que los derechos fundamentales están por encima de una reglas (mas principios menos reglas).

- b) **Principio de interacción:** También denominado de “retroalimentación” es un efecto de la aplicación del principio pro homine; que advierte que la interpretación de un derecho humano, el operador de justicia o el servidor público, no pueden conformarse con su análisis parcial, deben visualizar a los derechos humanos como temas de derechos del “bien común nacional” y vincularlos a los temas del “bien común internacional”.

Este principio de interacción se ve abocado en la interpretación y aplicación de los derechos fundamentales, los cuales deben ser visto en un todo, ya que al momento de su interpretación, se debe velar por considerarlos como bienes comunes internacionales o nacionales, siendo así que al ser un bien común supranacional y nacional, como obligación y deber del Estado, se debe velar por su respeto y conservación de los mismo bienes (derechos fundamentales), ya que esto es garantía de una Estado Constitucional y de

¹⁶⁷POZO CABRERA, Enrique, El Estado Constitucional de Derecho y Justicia; artículo jurídico ubicado en Apuntes Jurídicos; contenido [En línea], página web consultada <http://www.apuntesjuridicos.com.ec/download/noticias/1348_DOC_884_DOC_dr.Pozo.pdf>, fecha de consulta : 23 de diciembre del 2014

una comunidad de estados que velan por el respeto de los derechos constitucionales de todas las personas.

Es así que al hablar de ese bien común internacional, se encuentra positivizado y reconocido por las naciones a través de las diversas declaraciones de derecho humanos, que con el devenir evolutivo de la sociedad han sido reconocidos, positivizados y de observancia de los estados. Y como bien común nacional, el respeto de la Constitución Política del Estado, en donde se encuentran positivizados los derechos fundamentales, y otros derechos no positivizados, esto a consideración del artículo 2° de la Constitución Política del Estado Peruano, que es un artículo *numerus apertus*.

- c) **Principio de promoción:** Manda a que el operador de justicia o el servidor público, no adopten una interpretación imparcial; deben hacer una interpretación comprometida con los derechos humanos y convertirse en agente protector de los mismos.

Podemos decir que en base a este principio los operadores de justicia, y demás funcionarios públicos, deben promover, velar por la interpretación de los derechos humanos, ya que cada persona que es parte del Estado, deben reconocer la primacía de los derechos fundamentales, el reconocimiento por parte de todas las personas, y más aún de los que aplican el derecho, para que no exista una vulneración por parte de los mismos servidores del Estado.

- d) **Principio de universalidad:** Promueve que los derechos humanos rijan en todas partes y con la misma intensidad y con “igual jerarquía” Alude, por supuesto, a un cuerpo mínimo de derechos, dentro de ellos, a una también cuota básica igualitaria de cada derecho; sin perjuicio de los aditamentos que puedan hacer los diferentes Estados.

Este principio expresado en nuestra Constitución Política del Estado, puesto que el reconocimiento de los derechos fundamentales se encuentra positivizado en la misma, además de la ratificación y suscripción por parte del Estado Peruano de declaraciones y convenios en materia de derechos humanos. Asimismo se hace mención en este principio que se debe promover los derechos humanos pero de una forma igualitaria o de igual jerarquía, sin dejar de lado la ponderación de principios, la cual se da en un caso concreto la colisión de dos o más derechos constitucionales, sobre esto podemos decir que en esta ponderación no se elige a un derecho y se olvida otro, sino que se busca el que cause mayor satisfacción en su aplicación para el caso concreto, de igual manera podemos decir que cada Estado tiene fines supremos y derechos fundamentales que son velados con mayor intensidad, es así que podemos decir que en nuestro país, la dignidad humana, la vida y la libertad, vendrían hacer los entes superiores que rigen nuestro Estado Constitucional peruano.

- e) **Legitimación del poder estatal.**- En cuanto al poder coercitivo del Estado, el iusnaturalismo racionalista que reemplazó la “voluntad divina” por la voluntad popular, partiendo de la premisa de la “libertad” y la “igualdad” de todos los seres humanos.

Sobre esta legitimación del poder se da desde tiempos remotos “El Contrato Social”, como obra fundamental en donde se expresa este principio, puesto que fue la misma sociedad quien se desprende de un poco de su libertad, para que un ente (Estado) pueda darle en retribución seguridad y protección de su persona y derechos. Es así que este principio actualmente se ve expresado en grandes pilares que rigen un Estado, que son la libertad e igualdad, y sus derechos afines que se encuentran vinculados; el respeto y protección de estos dos derechos hacen que un Estado Constitucional cumpla con sus fines que persiga, el respeto de la persona humana (ciudadanos) y sus derechos fundamentales.

- f) **Justificación de las decisiones judiciales.-** a nivel de las decisiones judiciales es quizá en donde se nota más la presencia iusnaturalista, incluso en versiones que son verdaderos atavismos históricos; que lesionan los núcleos intangibles de los derechos humanos como la vida, la libertad, la igualdad.

Es pues este principio uno de gran relevancia para el Derecho Penal, la motivación de las resoluciones judiciales o la justificación de las mismas es un principio y función de la función jurisdiccional que es desarrollada por el poder Judicial y amparada en el artículo 139° numeral 5) de la Constitución Política del Estado Peruano, bajo este precepto constitucional ideal, el Poder Judicial se encuentra obligado a que todo operador de justicia (magistrados) tengan que sustentar sus decisiones judiciales, dándoles un porqué, un motivo, razones que expresen su tendencia y decisión judicial; ya que son estas decisiones que de alguna manera van a afectar un derecho fundamental de la personas, es decir, por ejemplo que en una resolución de Prisión Preventiva, el juez deberá decidir y fundamentar sobre declarar fundada o infundada la prisión, vulnerando o afectando el derecho a la libertad del imputado, de igual manera en donde se discuta la propiedad, patrimonio, etc (bienes jurídicos protegidos por el Estado Peruano)

- g) **Derecho a la resistencia.-** dentro de lo que constituye el marco regulatorio por parte del Estado, el derecho a la resistencia que se lo considera parte del “Derecho Natural” busca regular “situaciones límite”, de forma que el derecho justo – Derecho Natural- representado por la resistencia popular, la desobediencia civil u otras manifestaciones del pueblo, no sean callados, lesionados por un Derecho Positivo ejercido en forma despótica o arbitraria.

Bajo este principio, se puede discernir que el mismo pueblo (sociedad) tienen la facultad de hacer cumplir sus derechos, es así que en un caso de que se emita una ley, en donde se ve expresamente la vulneración de un derecho fundamental, es pues esta sociedad, quien pondrá límites (resistencia) para el respeto de sus derechos.

Viendo nuestra propia Constitución, sabemos que existe una Garantía Constitucional expresada en la Acción de Inconstitucionalidad de una norma, la cual tiene una consecuencia jurídica, que es la expulsión de esta norma espuria, la cual atenta contra los derechos fundamentales, es pues esta acción la que puede ejercer los ciudadanos para velar por sus derechos.

- h) **Principio de indivisibilidad:** Destaca que los derechos humanos están vinculados entre sí como si fueran vasos comunicantes, y que por lo tanto no es válida la interpretación sectorial, en el sentido, por ejemplo, de enfatizar algunos e ignorar otros; esto induce, por lo contrario, a la interpretación integral de los derechos; un derecho está siempre vinculado a los otros derechos, conectados unos y otros.

Como sabemos una de las características de los derechos fundamentales, es esa unidad o indivisibilidad que gozan, puesto que estos están vinculados entre sí, y no pueden ser interpretados aisladamente, es pues esta interpretación que hace la vincularidad con otros derechos. Se encuentra relacionado con el principio de interacción que debe existir entre los derechos fundamentales.

- i) **Principio de irreversibilidad:** una vez reconocido el derecho humano por un país, no resulta válido después derogarlos; puesto que, se afectan a derechos adquiridos; los derechos deben ser siempre más amplios cobijar más al ser humano evitando lesionar derechos que una vez reconocidos se hayan aplicado y en consecuencia generado derechos que ya le pertenecen a la persona.

La importancia que tienen los derechos fundamentales los hacen tener un carácter irreversible, puesto que al haber sido reconocidos por un Estado, no pueden ser derogados , puesto que hacer esto se estaría perjudicando y vulnerando los derechos adquiridos y reconocidos por el Estado, esto sería claramente una vulneración y afectación aun Estado Constitucional, que

propugna el respeto de los derechos fundamentales, claramente vinculado con la seguridad jurídica que debe brindar el Estado por el respeto de los derechos de todos los ciudadanos que integran la sociedad.

3.13 LA DIGNIDAD HUMANA

Dentro de los elementos que son primordiales que se encuentran dentro de un Estado Constitucional, tenemos a la dignidad humana.

3.13.1 DEFINICIÓN

Para Antonio Pérez Luño¹⁶⁸ la dignidad humana es el valor básico, el principio legitimador de los derechos esenciales; es su fundamento y punto de referencia.

Es un valor básico que es reconocido por diversas legislaciones, la dignidad humana es parte de toda persona, de todo ser humano que integra una sociedad políticamente organizada (Estado), y más aun si hablamos de un Estado Constitucional, en donde el máximo elemento o característica es el respeto de la Constitución y por ende el respeto de la dignidad humana porque es consagrada por la misma, es un derecho fundamental y un valor.

El Tribunal Constitucional Peruano señala que *“La dignidad humana constituye tanto un principio como un derecho fundamental; en tanto principio actúa a lo largo del proceso de aplicación y ejecución de las normas por parte de los operadores constitucionales, y como derecho fundamental se constituye en un ámbito de tutela y protección autónomo, donde las posibilidades de los individuos se encuentran legitimados a exigir la*

¹⁶⁸ NUÑEZ LEIVA, José Ignacio, Un análisis abstracto del Derecho Penal del Enemigo a partir del Constitucionalismo Garantista y Dignatario, Abogado de la Pontificia Universidad Católica de Chile, artículo jurídico ubicado en el Centro de Estudios de Derecho Penal de la Universidad de Talca-Chile; en formato PDF, [En Línea] página web consultada < http://www.politicacriminal.cl/Vol_04/n_08/Vol4N8A3.pdf >, fecha de consulta: 23 de diciembre del 2014.

intervención de los órganos jurisdiccionales para su protección ante las diversas formas de afectación de la dignidad humana (FJ 10)¹⁶⁹.

En esta sentencia del Tribunal Constitucional Peruano el reconocimiento que hace de la dignidad humana y la doble distinción que le da, es así que se entiende como dignidad humana (principio), que se encuentra presente en todo momento y debe ser respetado y velado por los operadores de justicia, en cuanto a dignidad humana (derecho fundamental), goza de tutela y de protección autónoma por el solo hecho de ser un derecho fundamental, y por ser así tiene mecanismos de protección para protegerlo.

Dentro de otras consideraciones podemos decir que la dignidad de la persona presenta tres dimensiones básicas: la dimensión ontológica, derivada de su condición humana, es decir, de un ser dotado de inteligencia, racionalidad, libertad y de consciencia de sí mismo, que lo convierte en fin supremo de la sociedad y del Estado; la dimensión ética, en el sentido de autonomía moral, esencial para su conciencia valorativa y autonomía personal, para enfrentar las presiones alienantes y de manipulaciones dosificadoras; y la dimensión social como estima y notoriedad provenientes de un comportamiento positivamente valioso, de la vida en relación.¹⁷⁰

Si hablamos de la dignidad humana como dimensión ontológica, lo que realmente deriva de la propia condición humana, eso quiere decir que con el solo hecho de ser una persona humana, y contar con la racionalidad e inteligencia, esta dignidad humana es innata por la naturaleza del sujeto, en cuanto a la dimensión ética podemos decir que tiene que ver con la moral y su internalización por parte de cada persona para que esta no pueda ser modificada o cambiada, sino que por pertenecer a cada persona, goza de singularidad, y por ultimo en cuanto a la dimensión social, se debe considerar ésta como el comportamiento o la exteriorización de esta dignidad humana en la sociedad, con la interacción con otros seres humanos.

¹⁶⁹ Sentencia del Tribunal Constitucional Peruano, Expediente N° 02273-2005-PH/TC, Caso Karen Mañuca Quiroz Cabanilla.

¹⁷⁰ OROS CARRASCO, Rodolfo; El Derecho penal en la Era de la Postmodernidad, La Globalización y los derechos fundamentales, Editorial Grijely, Edición 2014. Pág. 222-223.

Esta dignidad humana, integra un Estado Constitucional, la que esta se encuentra positivizada o protegida en diversos ordenamiento jurídicos, así podemos hacer mención en la Ley Fundamental de Bonn, Constituciones de Perú, Chile, Colombia, España, etc.

La Constitución Peruana artículo 1° *“la defensa de la persona humana y el respeto de su dignidad son el fin supremo de la sociedad y del Estado”*.

La Constitución Política de Chile, artículo 1° el cual nos dice *“las personas nacen libres e iguales en dignidad y derechos”*.

La Constitución Política Colombiana, artículo 70° segundo párrafo, *“(…) el Estado reconoce la igualdad y dignidad de todos los que conviven en el país(..)*

La Constitución Política Española, artículo 10.1 que dice: *“la dignidad de la persona, los derechos inviolables que le son inherentes, el libre desarrollo de la personalidad, el respeto a la ley y a los derechos de los demás son fundamento del orden político y de la paz social”*.

3.14 FUNDAMENTOS JURÍDICOS DEL ESTADO CONSTITUCIONAL DE DERECHO

Dentro de un Estado Constitucional existe características fundamentales o esenciales, que se reflejan como rasgos característicos de esta institución, es porque eso que tenemos¹⁷¹:

d) Supremacía de la Constitución

Expresa en las siguientes características:

¹⁷¹VELASQUEZ RAMÍREZ, Ricardo, Fundamentos Jurídicos de Estado Constitucional, Apuntes de las clases del Diplomado de Derecho Procesal Constitucional, Universidad Inca Garcilaso de la Vega, artículo jurídico [En Línea], en formato Word; página web consultada < https://www.google.com.pe/url?sa=t&rct=j&q=&esrc=s&source=web&cd=9&cad=rja&uact=8&ved=0CE4QFjAI&url=https://www.uigv.edu.pe/%2Fdiplomadoderecho%2FFUNDAMENTOS_JURIDICOS_DEL_ESTADO_CONSTITUCIONAL.doc&ei=FYqhVPabNcTuggSbzYHoDA&usg=AFQjCNFaq-TlavVTsW4pumuU5Pd0q3swnQ&sig2=oZGeJfZOLrROGin4s54Kw&bvm=bv.82001339,d.eXY > , fecha de consulta: 26 de diciembre del 2014

a.1. Resulta del hecho de ser el primer fundamento del orden jurídico y del Estado; es decir la fuente o el principio del orden estatal entero, y hace que todo lo demás, dentro de la vida del Estado, sea de determinada manera y no de otra diferente.

Al referirse con el primer fundamento de orden jurídico del Estado, está dirigido a la importancia que tiene la Constitución dentro de un ordenamiento jurídico, así como bien lo señaló Kelsen, al encontrarse la Constitución dentro de la de la pirámide del ordenamiento jurídico de un país, ya sea por el rango e importancia que tiene ésta, por ser inspiración y fuente para las demás leyes o normas que se encuentran en la misma.

a.2. Rige para los Estados que tienen Constitución rígida, ó más o menos rígidas.

En cuanto a esta característica podemos señalar que al hablar de una Constitución rígida o menos rígidas, se habla de cuán fácil es poder realizar algunas modificaciones a la misma, es así que en el caso de nuestra Constitución Política peruana, para la modificación de la Constitución debemos remitirnos a la misma en el artículo 206° que a la letra dice: “ *Toda reforma constitucional debe ser aprobada por el Congreso con mayoría absoluta del numero legal de sus miembros, y ratificada mediante referéndum. Puede i el referéndum cuando el acuerdo del Congreso se obtiene en dos legislaturas ordinarias sucesivas con una votación favorable, en cada caso, superior a los dos tercios del número legal de congresistas.*

La ley de reforma constitucional no puede ser observada por el Presidente de la República.

La iniciativa de reforma constitucional corresponde al Presidente de la República, con aprobación del Consejo de Ministros; a los congresistas y a un número de ciudadanos equivalentes al cero punto tres por ciento (0.3%)

de la población electoral, con firmas comprobadas por la autoridad electoral”.

Como podemos apreciar en este artículo de la Constitución peruana referente a la reforma constitucional, el mecanismo de reforma o de modificación de la misma es complejo, puesto que requiere de la aprobación del Poder Legislativo (Congreso) en donde se encuentran los representantes el pueblo (nación), además de hablar de un número de aprobación por parte de los congresistas; entonces tenemos que nuestra Constitución es rígida puesto que tiene mecanismo establecidos en sí misma para su modificación o reforma.

a.3. Parte de la premisa que la superioridad de las normas constitucionales, sobre las normas legales y administrativas, provienen de su carácter no solamente fundante del Estado, sino que da las bases y fundamentos para el ordenamiento jurídico.

Sobre este punto, debemos decir que al hablar de premisas o normas constitucionales hablamos de los derechos y principios fundamentales que se encuentran expresados en la Constitución, los cuales por su importancia y rango se encuentran por encima de cualquier norma legal o administrativa, haciendo mención que esta supremacía de los principios por sobre las normas, se expresa no solo por el carácter fundamental de estas normas, sino que es un fundamento del ordenamiento jurídico.

a.4. Constituye el fundamento positivo de las leyes; es el primer fundamento del orden jurídico, es la ley de leyes, y porque no hay Estado sin Constitución.

El reconocimiento de esta característica es importante porque darle la importancia de ley de leyes, asimismo al decir que no existe Estado sin Constitución, bajo esta premisa debemos decir que hoy en día no se concibe un Estado moderno o Estado Constitucional que no tenga una Constitución, la cual es sólo la expresión de ese gran “Contrato Social” que

no habló Rosseau, de ese pacto entre el pueblo y el Estado para poder vivir en una sociedad organizada, en donde el Estado vele por la seguridad y permanencia en el tiempo de la misma.

Se basa, como sostiene Kelsen, en dos principios del orden jurídico, el de supra-ordenación y el de subordinación de las normas.

Debemos resaltar finalmente que *“ésta supremacía es una cuestión de hecho: ella es la norma suprema de sistema jurídico en la medida de su efectividad para dotar de validez a la pluralidad de normas que lo integran (...) en ese sentido la Constitución es la fuente de fuentes (norma normarum)”*.¹⁷²

Esta norma (Constitución) al hablar de validez, se refiere a que al no contravenirla esta nueva norma jurídica es válida, y porque cuenta con los mecanismo de validez para la expedición de una norma jurídica, asimismo que al hablar de efectividad, en relación a que esta nueva norma va a integrar un sistema jurídico que tiene bases y fundamentos fuertes expresados en la supremacía de la Constitución.

e) Jerarquía de las Normas Jurídicas

a.1. Emerge del principio de la supremacía de la Constitución.

Como ya ha sido mencionado antes, este principio es también reconocido por nuestra Constitución Política del Estado peruano en su artículo 138° segundo párrafo, el cual en otras palabras que en caso de existir un conflicto entre normas jurídicas y constitucionales, primaran las últimas por sobre las primeras, en base a este principio de supremacía de la Constitución, elemento esencial dentro de un Estado Constitucional.

¹⁷² LANDA ARROYO, CÉSAR, Anuario de Derecho Constitucional Latinoamericano, Año 2010, artículo jurídico [En Línea] en formato PDF, página web consultada < http://www.kas.de/wf/doc/kas_20853-1522-4-30.pdf?101111144745>, fecha de consulta : 26 de diciembre del 2014.

a.2. Reconoce que la existencia de una jerarquía en las normas jurídicas –en función de sus órganos emisores, de su importancia y de su sentidos funciona– resulta un orden jurídico, en este caso más propiamente un orden constitucional, garantía de la seguridad jurídica.

Al hablar de jerarquía de normas dentro de un ordenamiento jurídico es hablar de la pirámide de Kelsen, la cual explica claramente cuáles son los niveles de las normas dentro de un ordenamiento jurídico, es así que la importancia de la emisión de la norma, de que poder del Estado proviene, resulta muy importante dentro de un Estado Constitucional, porque una ordenanza municipal no tiene la misma competencia, jerarquía o importancia que una norma con rango de ley.

De igual manera se expresa que es una garantía de la seguridad jurídica tener esta diferenciación entre los niveles de las normas jurídicas, para no caer en un desorden e intromisiones entre poderes y competencia entre sí, se trata de diversificar el ordenamiento jurídico poniendo límites de competencia y rango de las normas jurídicas para velar con la seguridad jurídica.

a.3. Los niveles jerárquicos –normas constitucionales, normas legales y normas administrativas– se genera de los principios de supremacía y subordinación.

Como bien ha sido mencionado en un ejemplo anterior, no se puede hablar de un mismo rango entre las normas, de igual manera del grado de competencia que abarcan cada una, y menos si se ve violado el principio de separación de poderes de un Estado Constitucional, es por eso que existen niveles de jerarquía entre las normas constitucionales, legales y administrativas, primando las primeras por el carácter fundamental que tienen, y que como se sabe son fuente de leyes.

f) Inviolabilidad de la Constitución

a.1. Emerge de las reglas de superioridad y de subordinación normativa.

Tenemos conocimiento que ninguna norma puede contravenir la Constitución, asimismo que dentro del ordenamiento jurídico la norma básica y fundamental, la que se encuentra dentro de la cúspide de la pirámide de Kelsen es la Constitución y todas las normas se subordinan a ésta.

Sobre las reglas de superioridad y subordinación, se puede advertir que ninguna norma por el principio de supremacía constitucional puede violar algún derecho consagrado en la Constitución, de ser así es expulsada del ordenamiento jurídico; de la misma manera podemos complementar que el respeto de estas reglas, principios que sustentan un Estado Constitucional hacen que la sociedad tenga seguridad, y certeza que sus derechos comprendidos en esta carta magna serán respetados y cumplidos, por cualquier entidad del Estado.

a.2. El respeto de la norma constitucional se da por parte de las normas inferiores y por sus respectivos operadores legislativos, como una seguridad para el mantenimiento de un Estado constitucional de derecho.

Existe un sometimiento por parte de los poderes del Estado y por cualquier organismo o entidad que se encuentra en un Estado, para cumplir los fines de seguridad dentro de un Estado Constitucional de derecho.

Este respeto de la norma constitucional, por parte de las demás normas que integran el ordenamiento jurídico se da por que la Constitución tiene un rango superior a las demás normas, es más

importante, es la inspiración para la creación de nuevas normas, es por eso que nadie puede estar en contra de ésta.

a.3. Del incumplimiento de tal principio surge el fenómeno antijurídico de la inconstitucionalidad de las leyes, fenómeno que precisamente es materia de control.

Al hacer mención sobre este fenómeno antijurídico denominado “inconstitucionalidad”, nuestra Constitución Política peruana, la tiene contemplada, esta se da cuando una norma jurídica es emitida y válidamente promulgada, pero en su aplicación tiene rasgos o características dentro de esta que contraviene derechos fundamentales reconocidos por la Constitución, es decir se tiene que hacer un control de la constitucionalidad de dicha norma, tenemos conocimiento que este control de la constitucionalidad nace desde la sentencia del Juez Marshall en Estados Unidos; en el Perú existen dos tipos de control constitucional, el primero de estos conocido como control difuso, es el realizado por los operadores del derecho (jueces, abogados), en donde ellos como son los aplicadores de las normas en un caso concreto, podemos apreciar si en la aplicación en la realidad existe un vulneración de derechos fundamentales; el segundo es el control concentrado, el cual lo realiza como facultad exclusiva del Tribunal Constitucional, como ente supremo del control de la constitucionalidad de la normas.

Y es pues este ultimo el Tribunal Constitucional que al hacer un control concentrado de una norma jurídica en controversia, puede existir consecuencias jurídicas, dentro de las más relevantes, sería la expulsión de la norma jurídica del ordenamiento jurídico con la declaración de su inconstitucionalidad.

Este es un mecanismo de protección que tiene la propia Constitución para depurar a toda norma del ordenamiento jurídico que esté en contra de ella.

3.14.1 CARACTERÍSTICAS DEL ESTADO CONSTITUCIONAL PERUANO

Para el jurista italiano Guastini señala siete condiciones que permiten hablar de la Constitucionalización de un determinado sistema jurídico¹⁷³:

1) Incorporación de una constitución rígida, que incluye los derechos fundamentales;

Como sabemos nuestro ordenamiento jurídico peruano tiene que estar en armonía con la Constitución, es así que al hablar de una Constitución es rígida, la nuestra cumple con este requisito, puesto que para que exista una modificación de la Constitución tiene que pasar por un proceso que se encuentra expresamente contemplado en la misma, en el artículo 206°, y sobre la última parte, claramente nuestra Constitución contempla derechos fundamentales.

2) La garantía jurisdiccional de la supremacía constitucional;

En cuanto a esta característica, también se encuentra contemplada en la Constitución en su artículo 138° párrafo segundo, en donde los jueces o magistrados en caso de incompatibilidad entre una norma constitucional y una norma jurídica, la primacía de la primera sobre la segunda debe de primar, como base del control difuso de la Constitución, y así también como ultima ratio el control concentrado o constitucional de las normas jurídicas, que contravengas a la constitución.

¹⁷³ Citado por SANTIAGO, Alfonso, Neoconstitucionalismo; Sesión Privada del Instituto de Política Constitucional, fecha 03 de abril del 2008; [En Línea] artículo jurídico en formato PDF. Página web consultada < <http://www.corteidh.or.cr/tablas/r23550.pdf>>, fecha de consulta el día 16 de octubre del 2014

3) La fuerza vinculante de la Constitución, que no es un conjunto de normas “programáticas” sino “preceptivas”;

Por lo que se refiere esta condición, cuando se habla de que la Constitución no es un conjunto de normas pragmáticas, debemos entender que pragmatismo se dice cuando las normas constituyen un Derecho Válido pero no pueden ser directamente aplicable, esto se da porque requieren de una promulgación de una ley que es la que hace factible el cumplimiento, estaríamos hablando de normas jurídicas que son objeto de un proceso de promulgación- validez-.

Las normas preceptivas constituyen normas de Derecho válido, eso quiere decir que las normas constitucionales no necesitan de otras normas para ser aplicadas, sino que son de aplicación inmediata, ligada claramente con la eficacia de estas normas constitucionales, el respeto de dichas normas.

La diferencia entre una y otra, estaría en la aplicación que tiene cada una de estas, es decir, la primera de estas necesita de otras normas por ende es de aplicación indirecta, en contra posición de la segunda que al ser preceptiva debe ser de aplicación directa.

4) La “sobreinterpretación” de la Constitución, ya que se la interpreta extensivamente y se deducen de ella sus principios implícitos;

Respecto a esta condición, podemos agregar que la sobreinterpretación de la Constitución debe tener parámetros, es decir, que como sabemos el máximo intérprete de la Constitución Política de nuestro Estado es el Tribunal Constitucional, las otras interpretaciones deben estar encausadas fielmente a los principios implícitos que emanan de la Constitución, es decir, que no se puede realizar una interpretación de esta norma fundamental bajo cualquier aspecto o sentido, sino basándose en el sentido interpretativo dado por el mismo Tribunal Constitucional o sobre los pilares o principios constitucionales que en ella reposan.

5) La aplicación directa de los normas constitucionales, que también se aplican a las relaciones entre particulares;

Con respecto a esta condición que nos habla sobre la aplicación directa de las normas constitucionales, está concatenada o vinculada con la condición de las normas constitucionales son preceptivas, esto se da porque la aplicación de estas normas o derechos fundamentales o constitucionales no deben esperar la regulación por parte de otra normas, sino que su aplicación debe ser inmediata.

Sobre este punto vinculado a las relaciones entre particulares, claramente que dentro de un estado constitucional de derecho, nadie está exento de cumplir con las normas jurídicas impuestas por Estado y de igual manera de gozar de toda la protección de sus derechos fundamentales, es por eso que para toda persona que sea parte del Estado peruano es extensiva la aplicación directa de estas normas constitucionales; no se encuentra relacionado con la naturaleza de las personas sino que para todos abarca la protección de los derechos fundamentales. Todos estamos bajo el manto protector de la Constitución Política del Estado Peruano.

6) La interpretación conforme a la Constitución de las leyes y normas inferiores;

A propósito de esta condición que nos señala Guastini, podemos decir que se encuentra relacionada con el segundo párrafo artículo 138° de la Constitución, el cual nos dice en otras palabras sobre la supremacía de las normas constitucionales por sobre otra norma o ley; si lo tomamos de forma extensiva y como ya lo hemos mencionado con anterioridad la Constitución corresponde una norma fuente, en donde las demás normas jurídicas que integran nuestro ordenamiento se encuentran inspiradas en ésta.

Por ser esto cierto y al estar inmerso en un Estado Constitucional, y al cumplir con todas las características de uno el nuestro, debe cumplirse con esta condición, puesto que toda norma debe ser interpretada bajo las parámetros o conforme la Constitución, todas las normas sin excepción, ya sabemos que al realizar esta

interpretación y ser contraria a la Constitución una norma inferior, esta será expulsada.

3.15 LA UNIVERSALIDAD Y SUS ENEMIGOS

*La universalidad “constituyó un presupuesto fundamental de la propia génesis de los derechos humanos en la modernidad, es objeto en el presente de una serie de recelos, críticas e impugnatorios cuya referencia resulta insoslayable”.*¹⁷⁴

Cuando hablamos de universalidad de los derechos fundamentales se habla del reconocimiento por parte de todos los países y personas del mundo de estos mismos derechos, y más aun considerando que nos encontramos en un era o momento histórico, político y social en donde existen un sinfín de vulneraciones por parte de instituciones y de los mismos estados, de los derechos fundamentales de cada persona.

El reconocimiento es poder llegar a la universalidad de estos derechos que a la par harán imponer determinados valores o instituciones, en otros términos hablamos de Neoconstitucionalismo en cada uno de los países primando los derechos fundamentales y la dignidad humana de las personas.

*Dentro de los enemigos tenemos el “comunitarismo, este movimiento se asistirá a un desplazamiento de los derechos universales hacia unos derechos contextualizados, en función del carácter histórico y culturalmente condicionada de los valores que lo informan”.*¹⁷⁵

Entendemos al comunitarismo o el pensamiento comunitario, el cual está el contra del liberalismo e individualismo en donde lo más importante es la comunidad o sociedad en sí, más aún el reconocimiento de derechos colectivos en contraposición de los derechos individuales.

¹⁷⁴ PEREZ LUÑO, Antonio-Enrique; La Universalidad de los derechos humanos y el Estado constitucional; Serie de Teoría Jurídica y Filosofía del Derecho N° 23; Universidad de Externado de Colombia, Año 2002.Pág.26

¹⁷⁵ Ibídem Pág. 29

3.16 EL ESTADO CONSTITUCIONAL COMO EXPRESIÓN DE LAS TRANSFORMACIONES ACTUALES DE LOS ORDENAMIENTOS JURÍDICOS DEMOCRÁTICOS

Esta transformación que se dan dentro de cada sociedad, se da una teoría denominada teoría del *labeling approach*, la cual se define “*que la conducta delictiva es el resultado del proceso de “rotulación” o “etiquetamiento” que efectúa la misma sociedad, y no una enfermedad o degradación de ella*”.¹⁷⁶

Si dentro de una sociedad existen personas que tiene comportamientos delictivos, esto hace que a través de esta teoría del etiquetamiento también denominada, hace que estos comportamiento delictivos se ocasionados por la misma sociedad y la rotulación que hace a estas conductas, y no es una enfermedad propia de la persona.

Como todo Estado Constitucional tiene características que se ven expresadas como:

A) De la primacía de la ley a la primacía de la Constitución

Para poder entender mejor debemos decir que “*la supraestatalidad normativa supone la adopción de reglas jurídicas comunes en el ámbito de ordenamientos diferentes, por efecto de explícitos actos de aceptación de la estructura normativa de determinadas organizaciones intenciones o supranacionales, o el reconocimiento implícito de normas jurídicas fuera del área en la que inicialmente fueron promulgadas*”.¹⁷⁷

¹⁷⁶ VERAU MONTENEGRO, Ricardo Antonio: Abogado Por La Pontificia Universidad Católica Del Perú. Estudios De Maestría En Ciencias Penales Por La Universidad Particular De San Martín De Porres. Colaborador Del Centro De Investigaciones Criminológicas De La Universidad De San Martín De Porres. Fecha de publicación: lunes 28 de junio del 2010, página web consultada < <http://libroselcesar.blogspot.com/2010/06/la-teoria-del-etiquetamiento-o.html> >; fecha de consulta: 03 de marzo del 2015

¹⁷⁷ PEREZ LUÑO, Antonio-Enrique; La Universalidad de los derechos humanos y el Estado constitucional. Oc. Cit. Pág. 62

Esta manera de unificación de ordenamientos jurídicos vigentes, hace que se encuentra una expresión nueva sobre los derechos humanos, ya que tanto nacional o internacionalmente se busca su protección y resguardo.

Así como existe este tipo de unificación de ordenamiento jurídico, de igual manera al existir una nueva tendencia de universalidad y reconocimiento de los derechos humanos, a través de la carta suprema de un Estado “Constitución”, en la cual se encuentra positivizados los derechos fundamentales o constitucionales de las personas o ciudadanos integrantes de dicho Estado. Es por eso que la supremacía de la Constitución Peruana, caso particular, hace que el Estado peruano se encuentre dentro de la tendencia Neoconstitucionalista, por ende es considerado un Estado Constitucional.

Esto no es más de un proceso histórico en donde se dejó de lado el positivismo de las leyes penales, para darle mayor importancia al individualismo y liberalismo expresado en la defensa y respeto de los derechos fundamentales de la persona y el respeto de su dignidad humana.

B) Del control jurisdiccional de la legalidad al control jurisdiccional de la constitucionalidad

En el Estado de derecho, *“la garantía jurídica del status, de los ciudadanos se desglosa en dos instancias: a) una estática, conformada por la definición legal de los derechos y deberes cívicos, así como de las competencias y procedimientos operativos de la administración; b) y otra dinámica, que se materializa en la justiciabilidad de la administración, es decir, en la posibilidad de que los ciudadanos puedan plantear ante los tribunales sus quejas, por eventuales transgresiones de la legalidad por parte de los poderes públicos en aquello que suponga lesión de sus derechos”*.¹⁷⁸

¹⁷⁸ *Ibidem*. Pág. 72

Como bien lo hemos mencionado todo es parte de un proceso histórico, social y político; es así que hemos pasado de un Estado de Derecho a un Estado Constitucional, sabiendo que el primer Estado se caracteriza principalmente por tener una definición legal de los derechos y deberes cívicos, es así que se han positivizado dichos derechos; la siguiente característica es sobre la tutela jurisdiccional efectiva, es decir, que toda persona tiene derecho de recurrir al órgano jurisdiccional para poder pedir que no se vulnere un derecho o se le reconozca alguno.

Entendemos la reserva de la Constitución, como darle mayor importancia, o mejor dicho, la importancia que tiene hoy en día, porque dentro de un Estado constitucional la base fundamental del mismo es la Constitución, el respeto de los derechos fundamentales, garantizar el respeto de los mismos y de la dignidad humana de cada ciudadano.

Dentro de este control constitucional, tenemos conocimiento y está reconocido dentro de la misma Constitución Peruana, el control difuso y concentrado de las normas, es así que el primero de ellos corresponde a la función que tiene el Poder Judicial de realizar el control de la constitucionalidad de las normas, y el segundo que corresponde al control concentrado solamente facultado para realizarlo el Tribunal Constitucional, el cual a través de esta facultad puede expulsar una norma del ordenamiento jurídico o realizar una interpretación de la misma.

Esto ha sido expresado por el mismo Tribunal Constitucional, el cual le da la facultad inexorablemente al Poder Judicial de realizar el control difuso de la Constitución, ya que son estos quien ven el derecho vivo, y aplican diariamente los operadores de justicia las normas jurídicas.

3.17 DERECHO PENAL DEL ENEMIGO DENTRO DE UN ESTADO CONSTITUCIONAL

Para poder determinar que existen esbozos de Derecho Penal del Enemigo dentro del Estado Constitucional, tomando en cuenta un rasgo característico del Derecho Penal del Enemigo que es el adelantamiento de la punibilidad, la cual se encuentra plasmada en el agravamiento y aumento de penas en los delitos de mayor incidencia, asimismo otro rasgo característico involucrado del Derecho Penal del Enemigo es la distinción de ciudadanos y enemigos, la cual se manifiesta cuando los sentenciados de determinados delitos (Robo y Homicidio) quieren acceder a beneficios penitenciarios, pero por la gravedad del delito, no pueden optar o en todo caso tienen un tratamiento especial, en cuanto a la redención de la pena por trabajo y estudio; haciendo más difícil su pronta liberación.

Es así que la justificación hace que en la percepción de la ciudadanía, existe un clima de inseguridad ya que la comisión de estos delitos va en aumento, y el Estado como ente rector y protector de los derechos humanos, debe valorar el bien común y la protección de la sociedad, vulnerando deliberadamente los derechos fundamentales de los sentenciados, haciendo distinción entre ciudadanos y delincuentes (enemigos).

Como bien lo dicen el catedrático SOARES FARINAS *“La política criminal se olvida, la promoción de los valores fundamentales de un orden democrático, así y por lo tanto el Estado de Derecho, los logros de la civilización moderna, ruín”*.¹⁷⁹

Es por eso que el Estado se encuentra en una encrucijada, si bien es cierto quiere proteger a la sociedad y su continuidad en el tiempo, con una convivencia pacífica entre sus miembros, no puede dejar de realizar políticas

¹⁷⁹ SOARES FARINA, Pedro HENRIQUE; Abogado, Artículo Jurídico Ubicado en el Portal de la Revista Jurídica “Justicando”- Brasil, fecha de publicación del artículo: jueves 13 de agosto del 2015. [En Línea] <http://justificando.com/2015/08/13/direito-penal-do-inimigo-entre-o-estado-de-excecao-e-o-estado-democratico-de-direito/>, Fecha de Consulta: 12 de octubre del 2015.

criminales severas en salvaguarda de su propio continuidad, ya que el aumento de la incidencia de estos delitos es escalofriante, por eso la creación de nuevas figuras delictivas a razón de la actualidad social, cabe mencionar la figura delictiva del sicariato y feminicidio; las cuales son tipificaciones que emergen de la figura ya contemplada del Homicidio.

La política criminal severa, y la vulneración de derechos fundamentales hacen que en el Estado Constitucional se encuentre características marcadas de Derecho Penal del Enemigo, entonces no se podría hablar de un Estado Constitucional si existe vulneración de Derechos Fundamentales dentro del ordenamiento jurídico con la creación de leyes y normas que hacen más severa la política criminal del Estado, en consecuencia el Estado es idealmente Constitucional o Neoconstitucionalista, pero en la práctica es el mayor vulnerando de derechos fundamentales, teniendo como causa la protección de su propia continuidad en el tiempo.

CAPÍTULO IV

DELITOS CONTRA LA VIDA EL CUERPO Y LA SALUD Y DELITOS CONTRA EL PATRIMONIO

4.5. DELITO CONTRA LA VIDA, EL CUERPO Y LA SALUD (HOMICIDIO)

Esta clasificación de delitos, se da por el bien jurídico vulnerado, en este caso la vida en los delitos de homicidio y sus modalidades, el cuerpo o la salud por el delito de lesiones y sus diversas agravantes.

En cuanto a los delitos que atentan contra la vida, son los más aborrecidos por la sociedad, ya que se está atentando contra la vida de una persona, y es repudiable por ésta.

4.1.2 CONCEPTUALIZACIÓN SEGÚN EL CÓDIGO PENAL PERUANO

Artículo 106.- Homicidio

El que mata a otro será reprimido con pena privativa de libertad no menor de seis ni mayor de veinte años.

El tipo penal claramente reprime a la persona (sujeto activo) quita la vida a otra persona (sujeto pasivo), y que al hacerlo tendrá consecuencias jurídicas, las cuales corresponde a la pena, siendo en este caso no menor de seis ni mayor de veinte años, dependiendo claro está de las circunstancias agravantes y atenuantes que tendrá que evaluar el juez a la hora de la imposición de la pena.

4.5.1.1. TIPICIDAD OBJETIVA

Consiste en quitar la vida a dolosamente a una persona, sin concurrencia de alguna circunstancia atenuante o agravante debidamente establecida en el Código Penal como elemento constitutivo de otra figura delictiva.¹⁸⁰

¹⁸⁰ SALINAS SICCHA, Ramiro, Derecho Penal, Parte Especial; Editorial Girjley, 5ta. Edición, Lima 2013. Pág. 09

El elemento más importante en la mayoría de figuras delictivas es el dolo, es así que la tipicidad objetiva (dolo) en este caso tiene que cumplirse, puesto que al no existir este, estaríamos hablando de culpa (homicidio culposo) y al cambiar este elemento, la pena que se va a imponer será menor, resaltando la importancia de este elemento a la concurrencia del delito.

Es requisito *sine qua non* la concurrencia de dolo en el actuar del agente (...) el dolo exige el conocimiento y voluntad de realizar las circunstancias del tipo objetivo, es decir, el sujeto activo debe actuar con conocimiento de dar muerte a su víctima y querer hacerlo¹⁸¹.

La Ejecutoria Suprema del 19 de noviembre de 1998, Exp. N° 4230-98-Puno, señala: *“para la configuración del delito es preciso constatar en el agente una especial intencionalidad dirigida hacia la realización del resultado típico; dicha intencionalidad o animus necandi, importa en el sujeto activo un conocimiento actual de los elementos objetivos del tipo, conocimiento que está indisolublemente ligado al aspecto volitivo de la conducta, de modo que conciencia y voluntad, al ser los dos aspectos indisolubles del dolo, deben concurrir necesariamente para la configuración del delito de homicidio simple”*.¹⁸²

4.5.1.2. BIEN JURÍDICO PROTEGIDO

Se busca tutelar la vida humana independiente, entendida desde la perspectiva natural y biológica (...) se pretende proteger la vida de la persona, la misma que comprende según nuestra sistemática desde el momento del parto hasta la muerte de aquella.¹⁸³

Podemos entender como vida, en dos acepciones¹⁸⁴:

(A) *Vida como vida orgánica (vegetal, animal). La vida tal como la estudian las ciencias biológicas.*

¹⁸¹ Ibídem Pág. 12

¹⁸² Exp. N° 4230-98-Puno, Ejecutoria Suprema del 19 de noviembre de 1998, en SALINAS SICCHA, 2013. Pág.12

¹⁸³ SALINAS SICCHA, Ramiro, Derecho Penal, Parte Especial; Editorial Girjley, 5ta. Edición, Lima 2013 Pág. 11

¹⁸⁴ GARCIA SIERRA, Pelayo, Diccionario Filosófico, Biblioteca Filosófica en español; [En línea] página web consultada < <http://www.filosofia.org/filomat/df336.htm>>, fecha de consulta el día 01 de diciembre del 2014.

(B) Vida como vida espiritual, la vida divina, como vida eterna (interminabilis vitae tota simul et perfecta possessio, de Boecio) pero también la vida humana, como vida moral, cultural, o vida afectada por sus referencias a los valores (vida, tal como aparece en acepciones como Vidas paralelas de Plutarco o incluso La vida es sueño de Calderón, o simplemente en la expresión, común en nuestros días, «vivir mi vida»).

Ninguna persona tiene el derecho ni facultad de poder quitarle la vida a otra, al hacerle se está deshumanizando completamente, ya que con esta conducta incumple y rompe todo el sistema jurídico y social de una sociedad, porque está atentando con un miembro de esta; como bien lo señala y protege nuestra Constitución Política del Estado, el Estado Peruano busca proteger la vida, integridad y dignidad de la persona (de los peruanos).

Al ser esta conducta antijurídica, debe ser reprimida ejemplarmente, ya que la vida humana es el valor supremo que tiene toda persona, desde el momento de su parto hasta la propia muerte, pero ésta no sea provocada por una persona, sino que sea consecuencia de los años o alguna enfermedad.

4.1.1.3 AGRAVANTES DEL DELITO DE HOMICIDIO

4.5.2. DELITO DE FEMINICIDIO

Es definido como el crimen contra las mujeres por razones de género (...) los autores de estos crímenes tampoco tiene calidades específicas, pues pueden ser personas con quienes la víctima mantiene un vínculo afectivo, amical o social, como por ejemplo familiares, parejas, enamorados, novios, conviviente, cónyuges, ex conviviente, ex cónyuges o amigos.¹⁸⁵

Esta figura delictiva, es relativamente mente nueva en nuestro ordenamiento, el gran impacto social que ha tenido es asombroso, puesto que siempre han existido homicidio hacia las mujeres, y si es que existía algún vínculo sería un Parricidio pero

¹⁸⁵ SALINAS SICCHA, Ramiro, Derecho Penal, Parte Especial; Editorial Girjley, 5ta. Edición, Lima 2013. Pág. 32

la denominación cambia porque la mujer en sí, es vulnerable ante su victimario, ese hombre que tiene un vínculo sentimental con ella, además que como toda norma jurídica, tiene una base o fundamento social, ya que existe gran incidencia en quitarle la vida a la mujer y que el sujeto activo (asesino o feminicida) sea conviviente, esposo, ex conviviente, ex esposo de la víctima.

Podemos entender que *“el feminicidio es un crimen que afecta únicamente la vida de las mujeres de todo el mundo(…)El feminicidio es el genocidio contra mujeres y sucede cuando las condiciones históricas generan prácticas sociales que permiten atentados contra la integridad, la salud, las libertades y la vida de las mujeres”*.¹⁸⁶

“Artículo 108-B.- Feminicidio

Será reprimido con pena privativa de libertad no menor de quince años el que mata a una mujer por su condición de tal, en cualquiera de los siguientes contextos:

- 1. Violencia familiar;*
- 2. Coacción, hostigamiento o acoso sexual;*
- 3. Abuso de poder, confianza o de cualquier otra posición o relación que le confiera autoridad al agente;*
- 4. Cualquier forma de discriminación contra la mujer, independientemente de que exista o haya existido una relación conyugal o de convivencia con el agente.*

La pena privativa de libertad será no menor de veinticinco años, cuando concurra cualquiera de las siguientes circunstancias agravantes:

- 1. Si la víctima era menor de edad;*
- 2. Si la víctima se encontraba en estado de gestación;*
- 3. Si la víctima se encontraba bajo cuidado o responsabilidad del agente;*

¹⁸⁶ Centro de la Mujer Peruana, Flora Tristán, [En Línea] artículo en formato pdf, página web <<http://www.flora.org.pe/investigaciones/feminicidio.pdf>>, fecha de consulta: 01 de diciembre del 2014.

4. Si la víctima fue sometida previamente a violación sexual o actos de mutilación;

5. Si al momento de cometerse el delito, la víctima padeciera cualquier tipo de discapacidad;

6. Si la víctima fue sometida para fines de trata de personas;

7. Cuando hubiera concurrido cualquiera de las circunstancias agravantes establecidas en el artículo 108.

La pena será de cadena perpetua cuando concurren dos o más circunstancias agravantes

Este tipo penal abarcará situaciones de feminicidio no íntimo, los cuales ya eran registrados por las organizaciones de mujeres; por ejemplo casos de mujeres violentadas sexualmente, víctimas de hostigamiento sexual y de trata de personas¹⁸⁷.

Este tipo penal tiene sus agravantes por razón de edad, o en todo caso la condición que ella tenga por razones discriminatorias, y debemos hacer hincapié que en nuestro código sustantivo, existen muy pocos delitos que se encuentran con la máxima pena de nuestro ordenamiento, que sería la pena de cadena perpetua, y siendo este delito tan feroz, no es exento a la imposición de esta sanción severa.

¹⁸⁷ Centro de la Mujer Peruana, Flora Tristán, artículo [En Línea], Página web <http://www.flora.org.pe/web2/index.php?option=com_content&view=article&id=610:nueva-ley-de-feminicidio-amplia-posibilidades-para-juzgar-adecuadamente-los-crime-nes-contra-las-mujeres-en-el-pais&catid=52:ddhh-de-las-mujeres&Itemid=70>, fecha de consulta: 01 de diciembre del 2014

4.1.1. DELITO DE SICARIATO

El delito de Sicariato es una nueva figura penal que se desdobra de la figura del homicidio, es así que nuestra legislación Penal la tipifica de la siguiente manera:

4.1.1.1 CONCEPTUALIZACIÓN SEGÚN EL CÓDIGO PENAL PERUANO

Artículo 108-C

El que mata a otro por orden, encargo o acuerdo, con el propósito de obtener para sí o para otro un beneficio económico o de cualquier otra índole, será reprimido con pena privativa de libertad no menor de veinticinco años y con inhabilitación establecida en el numeral 6 del artículo 36, según corresponda.

Las mismas penas se imponen a quien ordena, encarga, acuerda el sicariato o actúa como intermediario.

Será reprimido con pena privativa de libertad de cadena perpetua si la conducta descrita en el primer párrafo se realiza:

- 1. Valiéndose de un menor de edad o de otro inimputable para ejecutar la conducta*
- 2. Para dar cumplimiento a la orden de una organización criminal*
- 3. Cuando en la ejecución intervienen dos o más personas*
- 4. Cuando las víctimas sean dos o más personas*
- 5. Cuando las víctimas estén comprendidas en los artículos 107 primer párrafo, 108-A y 108-B primer párrafo.*

6. Cuando se utilice armas de guerra

Esta nueva tipificación del Delito de Homicidio por encargo, denominado Sicariato, ese ha dado por la gran incidencia de este nuevo comportamiento por parte de los ciudadanos en la sociedad, teniendo características particulares es que el legislador opta por incorporar dicha figura delictiva como parte del Código Penal.

Los sentenciados por este tipo de delito, de acuerdo a las agravantes no podrán optar o hacer beneficiarios de los beneficios penitenciarios, por ser un delito repudiable.

4.2. ANTECEDENTES NORMATIVOS DEL DELITO DE HOMICIDIO EN LA LEGISLACIÓN PERUANA

Feminicidio

- ✓ Artículo incorporado por el Artículo 2 de la Ley N° 30068, publicada el 18 julio 2013.

Sicariato

- ✓ Artículo incorporado por el Artículo 1 del Decreto Legislativo N° 1181 publicado el 27 de julio 2015.

4.3. MODIFICACIONES SIGNIFICATIVAS EN LA PENA DEL DELITO DE HOMICIDIO

a) Delito de Parricidio

a.1. Artículo modificado por el Artículo Único de la Ley N° 29819, publicada el 27 diciembre 2011, en los términos siguientes:

“Artículo 107. Parricidio / Femicidio

El que, a sabiendas, mata a su ascendiente, descendiente, natural o adoptivo, o a quien es o ha sido su cónyuge, su conviviente, o con quien esté sosteniendo o haya sostenido una relación análoga será reprimido con pena privativa de libertad no menor de quince años.

La pena privativa de libertad será no menor de veinticinco años, cuando concurran cualquiera de las circunstancias agravantes previstas en los numerales 1, 2, 3 y 4 del artículo 108.

Si la víctima del delito descrito es o ha sido la cónyuge o la conviviente del autor, o estuvo ligada a él por una relación análoga el delito tendrá el nombre de femicidio.

a.2. Artículo modificado por el Artículo 1 de la Ley Nº 30068, publicada el 18 julio 2013, cuyo texto es el siguiente:

Finalmente el artículo para el delito de Parricidio se encuentra de la siguiente manera expresado en nuestro Código Penal Peruano vigente:

“Artículo 107.- Parricidio

El que, a sabiendas, mata a su ascendiente, descendiente, natural o adoptivo, o a una persona con quien sostiene o haya sostenido una relación conyugal o de convivencia, será reprimido con pena privativa de libertad no menor de quince años.

La pena privativa de libertad será no menor de veinticinco años, cuando concurra cualquiera de las circunstancias agravantes previstas en los numerales 1, 2, 3 y 4 del artículo 108.”

"En caso de que el agente tenga hijos con la víctima, además será reprimido con la pena de inhabilitación prevista en el inciso 5 del artículo 36."(*)

b) Delito de Femicidio

b.1. Artículo modificado por el Artículo Único del Decreto Legislativo N° 1237, publicado el 26 septiembre 2015, cuyo texto es el siguiente:

"Artículo 108-A.- Homicidio Calificado por la Condición de la víctima

El que mata a uno de los altos funcionarios comprendidos en el artículo 39 de la Constitución Política del Perú, a un miembro de la Policía Nacional, de las Fuerzas Armadas, a un Magistrado del Poder Judicial o del Ministerio Público o a un Miembro del Tribunal Constitucional o a cualquier autoridad elegida por mandato popular, en el ejercicio de sus funciones o como consecuencia de ellas, será reprimido con pena privativa de libertad no menor de 25 años ni mayor de 35 años.

"Artículo 108-B.- Femicidio (*) RECTIFICADO POR FE DE ERRATAS

Será reprimido con pena privativa de libertad no menor de quince años el que mata a una mujer por su condición de tal, en cualquiera de los siguientes contextos:

1. Violencia familiar;
2. Coacción, hostigamiento o acoso sexual;
3. Abuso de poder, confianza o de cualquier otra posición o relación que le confiera autoridad al agente;
4. Cualquier forma de discriminación contra la mujer, independientemente de que exista o haya existido una relación conyugal o de convivencia con el agente.

La pena privativa de libertad será no menor de veinticinco años, cuando concorra cualquiera de las siguientes circunstancias agravantes:

1. Si la víctima era menor de edad;
2. Si la víctima se encontraba en estado de gestación;
3. Si la víctima se encontraba bajo cuidado o responsabilidad del agente;
4. Si la víctima fue sometida previamente a violación sexual o actos de mutilación;
5. Si al momento de cometerse el delito, la víctima padeciera cualquier tipo de discapacidad;
6. Si la víctima fue sometida para fines de trata de personas;
7. Cuando hubiera concurrido cualquiera de las circunstancias agravantes establecidas en el artículo 108.

La pena será de cadena perpetua cuando concurran dos o más circunstancias agravantes.”(1)

"En caso de que el agente tenga hijos con la víctima, además será reprimido con la pena de inhabilitación prevista en el inciso 5 del artículo 36."(2)

(1) Artículo incorporado por el Artículo 2 de la Ley N° 30068, publicada el 18 julio 2013.

(2) Artículo modificado por el Artículo 1 de la Ley N° 30323, publicada el 07 mayo 2015.

c) Delito de Sicariato

c.1. Artículo 108-C.- Sicariato

El que mata a otro por orden, encargo o acuerdo, con el propósito de obtener para sí o para otro un beneficio económico o de cualquier otra índole, será

reprimido con pena privativa de libertad no menor de veinticinco años y con inhabilitación establecida en el numeral 6 del artículo 36, según corresponda.

Las mismas penas se imponen a quien ordena, encarga, acuerda el sicariato o actúa como intermediario.

Será reprimido con pena privativa de libertad de cadena perpetua si la conducta descrita en el primer párrafo se realiza:

- 1. Valiéndose de un menor de edad o de otro inimputable para ejecutar la conducta*
- 2. Para dar cumplimiento a la orden de una organización criminal*
- 3. Cuando en la ejecución intervienen dos o más personas*
- 4. Cuando las víctimas sean dos o más personas*
- 5. Cuando las víctimas estén comprendidas en los artículos 107 primer párrafo, 108-A y 108-B primer párrafo.*
- 6. Cuando se utilice armas de guerra.”(*)*

(*) Artículo incorporado por el Artículo 1 del Decreto Legislativo N° 1181, publicado el 27 julio 2015.

(*) De conformidad con la Primera Disposición Complementaria Final del Decreto Legislativo N° 1181, publicado el 27 julio 2015, queda prohibido el derecho de gracia, amnistía, indulto y conmutación de la pena para los delitos previstos en el presente artículo.

(*) De conformidad con el Numeral 1 de la Segunda Disposición Complementaria Final del Decreto Legislativo N° 1181, publicado el 27 julio 2015, se prohíbe los beneficios de semilibertad y liberación condicional a los sentenciados bajo los alcances del presente artículo.

(*) De conformidad con el Numeral 2 de la Segunda Disposición Complementaria Final del Decreto Legislativo N° 1181, publicado el 27 julio 2015, se dispone que en los casos señalados en el párrafo anterior de la citada disposición sólo se les aplicará la redención de pena por trabajo o educación en la modalidad del siete por uno.

La incorporación del delito de Sicariato se dio básicamente por la inseguridad que existe en nuestro país y por la creciente comisión de esta mencionada figura delictiva, es así que a través del Decreto Legislativo N° 1181 del año 2015, el Estado peruano incorporó esta figura, para frenar a través de la coerción y coacción que se cometa este delito, en un afán de disuasión por la gravedad de la pena en el mencionado, la cual es de no menor de 25 años y en su forma agravada de cadena perpetua.

Claramente es un mecanismo de protección que tiene el Estado Peruano para luchar contra la ola de inseguridad y asesinatos por encargado (sicariato) en nuestro país.

c.2. Artículo 108-D.- La conspiración y el ofrecimiento para el delito de sicariato

Será reprimido con pena privativa de libertad no menor de cinco ni mayor de ocho años:

1. Quien participa en una conspiración para promover, favorecer o facilitar el delito de sicariato.

2. Quien solicita u ofrece a otros, cometer el delito de sicariato o actúa como intermediario.

La pena privativa de libertad será no menor de seis ni mayor de diez años, si las conductas antes descritas se realizan con la intervención de un menor de edad u otro inimputable.”()*

(*) Artículo incorporado por el Artículo 1 del Decreto Legislativo N° 1181, publicado el 27 julio 2015.

(*) De conformidad con la Primera Disposición Complementaria Final del Decreto Legislativo N° 1181, publicado el 27 julio 2015, queda prohibido el derecho de gracia, amnistía, indulto y conmutación de la pena para los delitos previstos en el presente artículo.

(*) De conformidad con el Numeral 1 de la Segunda Disposición Complementaria Final del Decreto Legislativo N° 1181, publicado el 27 julio 2015, se prohíbe los beneficios de semilibertad y liberación condicional a los sentenciados bajo los alcances del presente artículo.

(*) De conformidad con el Numeral 2 de la Segunda Disposición Complementaria Final del Decreto Legislativo N° 1181, publicado el 27 julio 2015, se dispone que en los casos señalados en el párrafo anterior de la citada disposición sólo se les aplicará la redención de pena por trabajo o educación en la modalidad del siete por uno.

Bajo esta misma figura delictiva se ha incorporado y modificado el acceso a determinados Beneficios Penitenciarios, es así que se prohíbe los beneficios de semilibertad y liberación condicional a los sentenciados por sicariato, de igual manera en cuanto a la Redención de la pena por Trabajo y Estudio, tiene un tratamiento especial los sentenciados, al ser de la modalidad siete por uno, o sea, siete días de trabajo o estudio es conmutado por un día de pena.

Es claramente severo en este sentido la nueva política criminal empleada por el Estado Peruano para combatir la delincuencia en su modalidad de sicariato.

4.4. DELITO CONTRA EL PATRIMONIO (ROBO)

4.6.1 CONCEPTUALIZACIÓN SEGÚN EL CÓDIGO PENAL PERUANO

Artículo 188.- Robo

El que se apodera ilegítimamente de un bien mueble total o parcialmente ajeno, para aprovecharse de él, sustrayéndolo del lugar en que se encuentra, empleando violencia contra la persona o amenazándola con un peligro inminente para su vida o integridad física será reprimido con pena privativa de libertad no menor de tres ni mayor de ocho años."

El delito de robo es uno de los más comunes en nuestra realidad peruana, la mayoría de personas alguna vez ha sido víctima del despojo de sus pertenencias de una manera violenta, la represión de este delito es con una pena no menor de tres ni mayor de ocho años, siendo una pena con relativa severidad, puesto que se está atentando a nuestro patrimonio e integridad, dependiendo las circunstancias agravantes que concurran en la comisión del ilícito.

4.6.2 TIPICIDAD OBJETIVA

Según la Ejecutoria vinculante R.N. N°3932-2004 del 17 de febrero del 2005, que ha establecido: *"el delito de robo consiste en el apoderamiento de un bien mueble, con animus lucrandi, es decir de aprovechamiento y sustracción del lugar donde se encuentre, siendo necesario el empleo de la violencia o amenaza por parte del agente sobre la víctima (vía absoluta o vis corporalis y vis compulsiva), destinadas a posibilitar la sustracción del bien, debiendo ser estas actuales e inminentes en el momento de la consumación del evento y gravitar en el resultado"*¹⁸⁸

¹⁸⁸ Ejecutoria vinculante R.N. N°3932-2004 del 17 de febrero del 2005, Segunda Sala Penal Transitoria, en SALINAS SICCHA, 2013. Pág. 983

La Ejecutoria Suprema del 22 de mayo del 2008, R.N. N° 813-2008-La Libertad, argumenta que : “ *el delito de robo es aquella conducta por la cual el agente se apodera mediante violencia o amenaza de un bien mueble total o parcialmente, privando al titular del bien jurídico del ejercicio de sus derechos de custodia o posesión, asumiendo el hecho la posibilidad objetiva de realizar actos de disposición, constituyendo sus circunstancias agravantes, aquellas situaciones debidamente tipificadas en el artículo ciento ochenta y nueve del Código Penal, que aunado, a la afectación de bienes de tan heterogénea naturaleza, como son la libertad, la integridad física, la vida, y el patrimonio, lo convierten en un delito de evidente complejidad*”.¹⁸⁹

Estas dos ejecutorias supremas lo que hacen es dilucidar que para la comisión de este ilícito debe existir un animus, o un porqué, es así que corresponde al *animus lucrandi*, es decir, obtener un provecho económico por sustraer un bien mueble de una persona, eso es lo que motiva o el móvil de beneficio económico para sí o para un tercero que conjugará para la comisión del delito de robo.

4.6.3 BIEN JURÍDICO PROTEGIDO

Existe controversia sobre el bien jurídico protegido en este tipo penal, puesto que por un lado se dice que protege el patrimonio, por otro lado protege la vida, la integridad física y la libertad personas. En cuanto al segundo punto existen ejecutorias supremas al respecto, es así que la Ejecutoria Suprema del 19 de mayo de 1998 (Exp. N° 6014-97-Arequipa), expresó: “*el bien jurídico en el delito de robo es de naturaleza pluriofensiva, toda vez que no solo se protege el patrimonio, sino además la integridad y libertad personas*”¹⁹⁰. De igual manera en le Ejecutoria Suprema del 11 de noviembre de 1999 (Exp. N° 821-99-La Libertad) expresó que: “*el delito de robo, atacan bienes de tan heterogénea naturaleza como la libertad, la integridad física, la vida y el patrimonio, lo que hace de él un delito complejo; ello no es más que un conglomerado de elementos típicos, en el que sus*

¹⁸⁹ Ejecutoria Suprema del 22 de mayo del 2008, R.N. N° 813-2008-La Libertad, Segunda Sala Penal Transitoria, en SALINAS SICCHA, 2013. Pág. 980

¹⁹⁰ Exp. N° 6014-97-Arequipa, Ejecutoria Suprema del 19 de mayo de 1998, En SALINAS SICCHA, 2013. Pág. 995.

*componentes aparecen tan indisolublemente vinculados entre sí, formando un todo homogéneo indestructible, cuya separación parcial daría lugar a la destrucción del tipo”.*¹⁹¹

Sobre esta controversia sobre el bien jurídico protegido, deberíamos considerar que en el caso de la perpetración del robo, existe claramente un perjuicio en el patrimonio del sujeto pasivo del delito, pero si es que consideramos las circunstancias agravantes que pueden concurrir en el momento de la comisión del delito, por ejemplo a mano armada, con el concurso de dos o más personas, estaríamos hablando de una desventaja significativa entre el sujeto activo y sujeto pasivo del delito, y que si en un caso opusiera resistencia podría ser víctima de un disparo o agresión física por parte del sujeto (s) activos.

En cuanto al bien protegido como patrimonio, Rojas Vargas sostiene que, “la propiedad (la posesión, matizadamente) es el bien jurídico específico predominante, junto a ella, se afecta también directamente a la libertad de la víctima o a sus aletos funcional-personales. A nivel de peligro mediato y/o potencial- sigue firmando el citado autor- entra el juego igualmente la vida y la integridad física, bien jurídico objeto de tutela de modo indirecto o débil”.¹⁹²

Podemos decir que este delito se encuentra considerado como uno pluriofensivo, es decir, que no solo se ve vulnerado un derecho, sino más que uno, en este caso el derecho a la integridad, al patrimonio y libertad de la víctima.

4.6.4 CIRCUNSTANCIAS AGRAVANTES

"Artículo 189. Robo agravado

La pena será no menor de doce ni mayor de veinte años si el robo es cometido:

1. En inmueble habitado.

¹⁹¹ Exp. N° 821-99-La Libertad, Ejecutoria Suprema del 11 de noviembre de 1999, en SALINAS SICCHA, 2013. Pág. 995

¹⁹² SALINAS SICCHA, Ramiro, Derecho Penal, Parte Especial; Editorial Girjley, 5ta. Edición, Lima 2013. Pág. 996

2. Durante la noche o en lugar desolado.

3. A mano armada.

4. Con el concurso de dos o más personas.

5. En cualquier medio de locomoción de transporte público o privado de pasajeros o de carga, terminales terrestres, ferroviarios, lacustres y fluviales, puertos, aeropuertos, restaurantes y afines, establecimientos de hospedaje y lugares de alojamiento, áreas naturales protegidas, fuentes de agua minero-medicinales con fines turísticos, bienes inmuebles integrantes del patrimonio cultural de la Nación y museos.

6. Fingiendo ser autoridad o servidor público o trabajador del sector privado o mostrando mandamiento falso de autoridad.

7. En agravio de menores de edad, personas con discapacidad, mujeres en estado de gravidez o adulto mayor.

8. Sobre vehículo automotor, sus autopartes o accesorios.

La pena será no menor de veinte ni mayor de treinta años si el robo es cometido:

1. Cuando se cause lesiones a la integridad física o mental de la víctima.

2. Con abuso de la incapacidad física o mental de la víctima o mediante el empleo de drogas, insumos químicos o fármacos contra la víctima.

3. Colocando a la víctima o a su familia en grave situación económica.

4. Sobre bienes de valor científico o que integren el patrimonio cultural de la Nación

(*) Extremo modificado por la Primera Disposición Complementaria Modificatoria de la Ley Nº 30077, publicada el 20 agosto 2013, la misma que entró en vigencia el 1 de julio de 2014, cuyo texto es el siguiente:

"La pena será de cadena perpetua cuando el agente actúe en calidad de integrante de una organización criminal, o si, como consecuencia del hecho, se produce la muerte de la víctima o se le causa lesiones graves a su integridad física o mental."

4.7 ANTECEDENTES NORMATIVOS DEL DELITO DE ROBO EN LA LEGISLACIÓN PERUANA

Código Penal Peruano

Artículo 188 ROBO

El que se apodera ilegítimamente de un bien mueble, total o parcialmente ajeno, para aprovecharse de él, sustrayéndolo del lugar en que se encuentra, empleando violencia contra la persona o amenazándola con un peligro inminente para su vida o integridad física será reprimido con pena privativa de libertad no menor de dos ni mayor de seis años. ()*

(*) Artículo modificado por el Artículo 1 de la Ley N° 26319, publicada el 01-06-94, cuyo texto es el siguiente:

"Artículo 188.- *El que se apodera ilegítimamente de un mueble, total o parcialmente ajeno, para aprovecharse de él, sustrayéndolo del lugar en que se encuentra, empleando violencia contra la persona o amenazándola con un peligro inminente para su vida o integridad física será reprimido con pena privativa de libertad no menor de tres ni mayor de ocho años."* (*)

El primer artículo 188° del Código Penal es el que se encontraba en forma primigenia en el año 1991 hace atrás en donde la pena era de una pena privativa de la libertad no menor de dos ni mayor de seis años, si nos trasladamos a esa época estaba en auge en nuestro país el terrorismo, y podemos notar de la misma manera que realmente existe una pena benigna debiendo considerar que para poder

aprovecharse de los bienes muebles de una persona se necesita haberla amenazado o violentado.

Subsecuentemente en el año 1994 se modifica dicho artículo (delito de robo), sustancialmente esta modificación se da en la parte punitiva del ilícito penal, constituyendo así la pena no menor de tres años ni mayor de ocho años, aumentando no solo el tercio inferior (03 años) sino el superior (08 años), abarcando un año más en el primer tercio y dos años más en el tercio superior.

En tanto solo tres años, por decirlo así existe un cambio sustancial en la parte punitiva del tipo penal, se debe considerar también que el aumento poblacional desmedido, la necesidad que tiene la gente de alimentarse, constituye un elemento probado para que delinquen. Es así que al constituir un delito que la población comienza a cometerlo, el Estado tiene que tomar medidas para poder aplacar la comisión de dicho delito, puesto que generaría un caos al no hacerlo y quedando en estado de indefensión la demás población de nuestro país.

(*) Artículo modificado por el Artículo 1 del Decreto Legislativo N° 896, publicado el 24-05-98, expedido con arreglo a la Ley N° 26950, que otorga al Poder Ejecutivo facultades para legislar en materia de seguridad ciudadana, cuyo texto es el siguiente:

"Robo Artículo 188.-

El que se apodera ilegítimamente de un bien mueble total o parcialmente ajeno, para aprovecharse de él, sustrayéndolo del lugar en que se encuentra, empleando violencia contra la persona o amenazándola con un peligro inminente para su vida o integridad física, será reprimido con pena privativa de libertad no menor de seis ni mayor de quince años." ()*

En esta nueva modificación en la pena del delito de Robo, ahora es de no menor de seis ni mayor de quince años, y valorando los años transcurridos desde la última

modificación que sería en el año 1994, y la que comentamos que es 1998, tanto solo han pasado 04 años, en los cuales después de la última modificación claro está que el Estado como el encargado de cumplir con el rol protector de la sociedad y de todos los ciudadanos, se dio cuenta que no era eficaz dicha norma en su aplicación en la realidad, es por eso que el aumento tan significativo de la pena en su tercio inferior es de 06 años y en su tercio superior es de 15 años y si hablamos en porcentaje podemos decir que es mas de un 50% lo que se incrementó la pena.

Las medidas que toma el Estado es disminuir de cierta manera la comisión del ilícito penal, pero realmente al volver a modificar este tipo penal, es decir, que fracasó en un primer momento, que realmente esa función que tiene la pena (coerción) no está siendo eficaz ni eficiente.

(*) Artículo modificado por el Artículo 1 de la Ley N° 27472, publicada el 05-06-2001, cuyo texto es el siguiente:

"Artículo 188.- Robo

El que se apodera ilegítimamente de un bien mueble total o parcialmente ajeno, para aprovecharse de él, sustrayéndolo del lugar en que se encuentra, empleando violencia contra la persona o amenazándola con un peligro inminente para su vida o integridad física será reprimido con pena privativa de libertad no menor de tres ni mayor de ocho años."

CONCORDANCIAS: R.Adm. N° 185-2001-P-CSJLI-PJ

La última modificación que se tuvo de este artículo fue en el 2001, considerando la parte sustancial del ilícito la pena que en esta oportunidad es no menor de 03 años ni mayor de 08 años, y si comparamos con la anterior modificación, podemos darnos cuenta que ha disminuido la pena, debiéndose esto por los agravantes de dicho delito que se encuentra en el artículo 189° del Código Penal.

4.7. MODIFICACIONES EN LOS AGRAVANTES DEL DELITO DE ROBO

Artículo 189.- *La pena será no menor de tres ni mayor de ocho años, si el robo se comete:*

1. *Con crueldad.*
2. *En casa habitada.*
3. *Durante la noche o en lugar desolado.*
4. *A mano armada.*
5. *Con el concurso de dos o más personas.*
6. *En vehículo de transporte público de pasajeros que esté prestando servicio.*
7. *Fingiendo ser agente de la policía, autoridad o servidor público o mostrando orden o mandamiento falso de autoridad.*

En los casos de concurso con delitos contra la vida, el cuerpo () RECTIFICADO POR FE DE ERRATAS, y la salud, la pena se aplica sin perjuicio de otra más grave que pudiera corresponder en cada caso. (*)*

Al igual que el artículo 188° del Código Penal, al considerar los agravantes que se encuentran en el artículo 189° del precitado código la pena era no menor de dos ni mayor de seis años, y que en este caso la pena al considerar los agravantes del aspecto punitivo en una pena no menor de 03 años ni mayor de 08 años, y al ser las agravantes con crueldad, en casa habitada, durante la noche o en lugar desolado, a mano armada, con el concurso de dos o más personas, en vehículo de transporte público de pasajeros que esté prestando servicio, fingiendo ser agente de la policía, autoridad o servidor público o mostrando orden o mandamiento falso de autoridad.

Si en el primer inciso lo interpretamos habla de gran crueldad, pero si ya en el tipo penal base (artículo 188° del Código Penal) se considera que debe sustraerse los

bienes muebles de una persona utilizando violencia o amenaza, sería redundante volver a decir con gran crueldad, porque esa brutalidad o salvajismo que se debe tener contra la persona ya se encuentran en el tipo penal al decir que es con violencia.

(*) Artículo modificado por el Artículo 1 de la Ley N° 26319, publicada el 01-06-1994, cuyo texto es el siguiente:

"Artículo 189.- *La pena será no menor de cinco ni mayor de quince años si el robo es cometido:*

1. En casa habitada.

2. Durante la noche o en lugar desolado.

3. A mano armada.

4. Con el concurso de dos o más personas.

5. En vehículo de transporte público de pasajeros que esté prestando servicio.

6. Fingiendo ser agente de policía, autoridad o servidor público o mostrando orden o mandamiento falso de autoridad.

Si la violencia o amenaza fuesen insignificantes, la pena podrá ser disminuida en un tercio.

La pena será no menor de diez ni mayor de veinte años si el robo es cometido:

1. Con crueldad.

2. Con empleo de armamentos, materiales o artefactos explosivos.

3. Con abuso de la incapacidad física o mental de la víctima o mediante el empleo de drogas contra la víctima.

4. *Por un agente que actúa en calidad de integrante de una organización destinada a perpetrar estos delitos.*

5. *Colocando a la víctima o a su familia en grave situación económica.*

6. *Sobre bienes de valor científico o que integren el patrimonio cultural de la Nación.*

La pena será no menor de quince ni mayor de veinticinco años cuando el agente actúa en calidad de jefe, cabecilla o dirigente de una organización destinada a perpetrar estos delitos.

En los casos de concurso con delitos contra la vida, el cuerpo y la salud, la pena se aplica sin perjuicio de otra más grave que pudiera corresponder en cada caso."
(*)

En esta nueva modificación del tipo penal agravante (artículo 189°) es mayor, puesto que se toma en consideración diversas circunstancias a la hora de cometer el tipo base (Robo), es así que la pena en el primer caso es de no menor de 05 años ni mayor de 15 años, y suprimiéndose *con gran crueldad* que era considerando en el artículo anterior; en el segundo párrafo menor de 10 años ni mayor de 20 años, y ahora sí se toma en consideración la crueldad; si tomamos en cuenta el aspecto punitivo entre cada párrafo, lo que reprime de manera ejemplar el Estado es que el delincuente, utilice elementos que hagan gran daño a la integridad de la persona, de igual manera que los bienes sustraídos sean parte del patrimonio de la Nación o tengan valor científico.

Esto último podemos decir que se trata del tráfico de patrimonio nacional, robado de los museos de nuestro país, para posteriormente ser vendido en el extranjero, ya que al realizar el robo con esta agravante se perjudica todo nuestra sociedad peruana, al verse afectado su identidad cultura y patrimonio.

De igual manera en el segundo párrafo inciso 4) *Por un agente que actúa en calidad de integrante de una organización destinada a perpetrar estos delitos*, el

Estado reprime que el delincuente se asocie, junte con otras personas, considerándose una banda delictiva u organización, considerando esto como un agravante, ya que se determinaría que existe un autor intelectual o cabecilla, una premeditación para lograr la consumación del ilícito penal.

Al realizar estas agravantes la pena es realmente ejemplar porque existe la vulneración de dos bienes jurídicos protegido, la integridad de la persona o víctima y el patrimonio del mismo.

(*) Artículo modificado por el Artículo 1 de la Ley N° 26630, publicada el 21-06-96, cuyo texto es el siguiente:

"Artículo 189.- La pena será no menor de diez, ni mayor de veinte años, si el robo es cometido:

- 1. En casa habitada.*
- 2. Durante la noche o en lugar desolado.*
- 3. A mano armada.*
- 4. Con el concurso de dos o más personas.*
- 5. En vehículo de transporte público de pasajeros que esté prestando servicio.*
- 6. Fingiendo ser agente de policía, autoridad o servidor público o mostrando orden o mandamiento falso de autoridad.*

Si la violencia o amenaza fuesen insignificantes, la pena podrá ser disminuida en un tercio.

La pena será no menor de veinte ni mayor de veinticinco años, si el robo es cometido:

- 1. Con abuso de la incapacidad física o mental de la víctima o mediante el empleo de drogas contra la víctima.*

2. Colocando a la víctima o a su familia en grave situación económica.

3. Sobre bienes de valor científico o que integren el patrimonio cultural de la nación.

4. Por un agente que haya sido sentenciado por terrorismo.

La pena será de cadena perpetua cuando el agente actúa en calidad de integrante de una organización destinada a perpetrar estos delitos o con empleo de armamentos, materiales o artefactos explosivos o con crueldad." ()*

El nuevo panorama del artículo 189° es el aumento de las penas en gran medida, porque ahora en el primer párrafo la pena es no menor de 10 años ni mayor de 20 años, aumentando el aspecto punitivo en más de un 50%, viendo el impacto social que en menos de dos años, la pena se modificó de una manera tan gravoso, eso podemos discernir que la primera imposición de la pena no cumplió su función de represión o de coacción a las personas para que no cometan este tipo penal, y que el Estado al ver que no funciona la pena como un ente represor de la conducta humana, tiene que aumentar de manera sobresaliente, para buscar un cambio de conducta, una disminución en el índice de comisión del ilícito de Robo, y menos con el concurso de los agravantes estipulados en el código, porque la crueldad con lo que lo cometen hacen que la sociedad se encuentre en un momento de zozobra e indefensión al ver que no se toman medidas, y si es que se toman no son efectivas

(*) Artículo modificado por el Artículo 1 del Decreto Legislativo N° 896, publicado el 24-05-98, expedido con arreglo a la Ley N° 26950, que otorga al Poder Ejecutivo facultades para legislar en materia de seguridad ciudadana, cuyo texto es el siguiente:

"Robo Agravado"

Artículo 189.- La pena será no menor de quince ni mayor de veinticinco años, si el robo es cometido:

1 - En casa habitada.

2 - Durante la noche o en lugar desolado.

3.- A mano armada.

4.- Con el concurso de dos o más personas.

5.- En cualquier medio de locomoción de transporte público o privado de pasajeros o de carga.

6.- Fingiendo ser autoridad o servidor público o trabajador del sector privado o mostrando mandamiento falso de autoridad.

7.- En agravio de menores de edad o ancianos.

8.- Cuando se cause lesiones a la integridad física o mental de la víctima.

9.- Con abuso de la incapacidad física o mental de la víctima o mediante el empleo de drogas y/o insumos químicos o fármacos contra la víctima.

10.- Colocando a la víctima o a su familia en grave situación económica.

11.- Sobre bienes de valor científico o que integren el patrimonio cultural de la nación.

La pena será de cadena perpetua cuando el agente actúe en calidad de integrante de una organización delictiva o banda, o si como consecuencia del hecho se produce la muerte de la víctima o se le causa lesiones graves a su integridad física o mental." ()*

En la modificación sustancialmente del aspecto punitivo de la pena en el caso del artículo 189° (agravante), en el último párrafo se consigna la pena de cadena perpetua en el caso que el agente actúe en calidad de integrante de una organización delictiva (banda), y si es que por la comisión de dicho delito tiene como consecuencia la muerte de la víctima o lesiones graves a la misma; podemos decir que en esa línea de modificaciones de este ilícito penal, tenemos que ha ido en

aumento considerablemente en un periodo no menor de 15 años, las penas se han incrementado en más del 50%, es así que ahora la atentar contra la vida de la persona y ser una banda organizada, se le impondrá de manera ejemplar, la pena más severa que tiene nuestro ordenamiento jurídico que es la pena de cadena perpetua.

(*) Artículo modificado por el Artículo 1 de la Ley Nº 27472, publicada el 05-06-2001, cuyo texto es el siguiente:

"Artículo 189.- Robo agravado

La pena será no menor de diez ni mayor de veinte años, si el robo es cometido:

- 1. En casa habitada.*
- 2. Durante la noche o en lugar desolado.*
- 3. A mano armada.*
- 4. Con el concurso de dos o más personas.*
- 5. En cualquier medio de locomoción de transporte público o privado de pasajeros o de carga.*
- 6. Fingiendo ser autoridad o servidor público o trabajador del sector privado o mostrando mandamiento falso de autoridad.*
- 7. En agravio de menores de edad o ancianos.*

La pena será no menor de veinte ni mayor de veinticinco años, si el robo es cometido:

- 1. Cuando se cause lesiones a la integridad física o mental de la víctima.*
- 2. Con abuso de la incapacidad física o mental de la víctima o mediante el empleo de drogas y/o insumos químicos o fármacos contra la víctima.*

3. Colocando a la víctima o a su familia en grave situación económica.

4. Sobre bienes de valor científico o que integren el patrimonio cultural de la nación.

La pena será de cadena perpetua cuando el agente actúe en calidad de integrante de una organización delictiva o banda, o si como consecuencia del hecho se produce la muerte de la víctima o se le causa lesiones graves a su integridad física o mental." ()*

(*) De conformidad con el Artículo 2 de la Ley N° 28982, publicada el 03 marzo 2007, se modifica inciso 5 del primer párrafo del presente Artículo, quedando redactado en su integridad en los siguientes términos:

“Artículo 189.- Robo agravado

La pena será no menor de diez ni mayor de veinte años, si el robo es cometido:

1. *En casa habitada.*

2. *Durante la noche o en lugar desolado.*

3. *A mano armada.*

4. *Con el concurso de dos o más personas.*

5. *En cualquier medio de locomoción de transporte público o privado de pasajeros o de carga, terminales terrestres, ferroviarios, lacustres y fluviales, puertos, aeropuertos, restaurantes y afines, establecimientos de hospedaje y lugares de alojamiento, áreas naturales protegidas, fuentes de agua minero-medicinales con fines turísticos, bienes inmuebles integrantes del patrimonio cultural de la Nación y museos.*

6. *Fingiendo ser autoridad o servidor público o trabajador del sector privado o mostrando mandamiento falso de autoridad.*

7. En agravio de menores de edad o ancianos.

La pena será no menor de veinte ni mayor de veinticinco años, si el robo es cometido:

1. Cuando se cause lesiones a la integridad física o mental de la víctima.

2. Con abuso de la incapacidad física o mental de la víctima o mediante el empleo de drogas y/o insumos químicos o fármacos contra la víctima.

3. Colocando a la víctima o a su familia en grave situación económica.

4. Sobre bienes de valor científico o que integren el patrimonio cultural de la Nación.

La pena será de cadena perpetua cuando el agente actúe en calidad de integrante de una organización delictiva o banda, o si como consecuencia del hecho se produce la muerte de la víctima o se le causa lesiones graves a su integridad física o mental.” ()*

(*) Artículo modificado por el Artículo 1 de la Ley Nº 29407, publicada el 18 septiembre 2009, cuyo texto es el siguiente:

“Artículo 189.- Robo agravado

La pena será no menor de doce ni mayor de veinte años si el robo es cometido:

1. En casa habitada.

2. Durante la noche o en lugar desolado.

3. A mano armada.

4. Con el concurso de dos o más personas.

5. *En cualquier medio de locomoción de transporte público o privado de pasajeros o de carga, terminales terrestres, ferroviarios, lacustres y fluviales, puertos, aeropuertos, restaurantes y afines, establecimientos de hospedaje y lugares de alojamiento, áreas naturales protegidas, fuentes de agua minero-medicinales con fines turísticos, bienes inmuebles integrantes del patrimonio cultural de la Nación y museos.*

6. *Fingiendo ser autoridad o servidor público o trabajador del sector privado o mostrando mandamiento falso de autoridad.*

7. *En agravio de menores de edad, discapacitados, mujeres en estado de gravidez o ancianos.*

8. *Sobre vehículo automotor.*

La pena será no menor de veinte ni mayor de treinta años si el robo es cometido:

1. *Cuando se cause lesiones a la integridad física o mental de la víctima.*

2. *Con abuso de la incapacidad física o mental de la víctima o mediante el empleo de drogas, insumos químicos o fármacos contra la víctima.*

3. *Colocando a la víctima o a su familia en grave situación económica.*

4. *Sobre bienes de valor científico o que integren el patrimonio cultural de la Nación.*

La pena será de cadena perpetua cuando el agente actúe en calidad de integrante de una organización delictiva o banda, o si, como consecuencia del hecho, se produce la muerte de la víctima o se le causa lesiones graves a su integridad física o mental.” ()*

En el primer párrafo el tercio inferior de la imposición de la pena, ha cambiado siendo ahora de 12 años (anterior 10 años), y que en esta línea de ideas y las modificaciones que se han dado en este tipo penal, en el aspecto punitivo del

mismo, la tendencia del Estado peruano es de reprimir ejemplarmente este tipo de delito, por los bienes jurídicos que se encuentran amenazado, de igual manera que existe por parte del Estado un rol protector que debe cumplir el estado ante todos los ciudadanos que lo integran, y que se espera dentro de la función de la pena como consecuencia de un Derecho Penal del Enemigo (agravamiento de penas) que ya no se cometan estos delitos, que si lo cometen los “enemigos” estos sean reprimidos con fuertes penas y que cumplan con estas sin ningún beneficio ni garantía, ya que están mellando a sus propios iguales (ciudadanos).

(*) Artículo modificado por el Artículo 1 de la Ley N° 30076, publicada el 19 agosto 2013, cuyo texto es el siguiente:

- ✓ **Finalmente el Artículo 189° sobre Robo Agravado ha quedado de la siguiente manera expresado en el Código Penal vigente:**

"Artículo 189. Robo agravado

La pena será no menor de doce ni mayor de veinte años si el robo es cometido:

1. En inmueble habitado.
2. Durante la noche o en lugar desolado.
3. A mano armada.
4. Con el concurso de dos o más personas.
5. En cualquier medio de locomoción de transporte público o privado de pasajeros o de carga, terminales terrestres, ferroviarios, lacustres y fluviales, puertos, aeropuertos, restaurantes y afines, establecimientos de hospedaje y lugares de alojamiento, áreas naturales protegidas, fuentes de agua minero-

medicinales con fines turísticos, bienes inmuebles integrantes del patrimonio cultural de la Nación y museos.

6. Fingiendo ser autoridad o servidor público o trabajador del sector privado o mostrando mandamiento falso de autoridad.

7. En agravio de menores de edad, personas con discapacidad, mujeres en estado de gravidez o adulto mayor.

8. Sobre vehículo automotor, sus autopartes o accesorios.

La pena será no menor de veinte ni mayor de treinta años si el robo es cometido:

1. Cuando se cause lesiones a la integridad física o mental de la víctima.

2. Con abuso de la incapacidad física o mental de la víctima o mediante el empleo de drogas, insumos químicos o fármacos contra la víctima.

3. Colocando a la víctima o a su familia en grave situación económica.

4. Sobre bienes de valor científico o que integren el patrimonio cultural de la Nación.

La pena será de cadena perpetua cuando el agente en calidad de integrante de una organización criminal, como consecuencia del hecho, produce la muerte de la víctima o le causa lesiones graves a su integridad física o mental." ()*

(*) Extremo modificado por la Primera Disposición Complementaria Modificatoria de la Ley Nº 30077, publicada el 20 agosto 2013, la misma que entró en vigencia el 1 de julio de 2014, cuyo texto es el siguiente:

"La pena será de cadena perpetua cuando el agente actúe en calidad de integrante de una organización criminal, o si, como consecuencia del hecho, se produce la muerte de la víctima o se le causa lesiones graves a su integridad física o mental."

CONCORDANCIAS: Ley N° 30077, Arts. 3 (Delitos comprendidos) y 24 (Prohibición de beneficios penitenciarios)

COMENTARIO:

Dentro de la modificación que se ha realizado al artículo 189° del Código Penal (Agravantes del delito de Robo), se le ha aumentado un párrafo en el cual se consigna una circunstancia en la cual si se produce la muerte de a la víctima o se le causa lesiones graves a su integridad física o mental, el delincuente será reprimido con la pena máxima en nuestro ordenamiento jurídico penal, la cual es de cadena perpetua, siendo esta una medida severa, ya que son muy pocos los delitos que dentro de nuestro ordenamiento son penados con reclusión perpetua.

Después de todas las modificaciones el artículo 189° ha quedado con una pena mínima de 8 años y máxima de 20 años, y contemplando agravante sobre agravante, que sería la muerte de la persona o causar lesiones graves, siendo penado con la reclusión perpetua.

CAPÍTULO V

BENEFICIOS PENITENCIARIOS

5.1. NATURALEZA JURÍDICA DE LOS BENEFICIOS PENITENCIARIOS

Un beneficio es una gracia, un favor que se le otorga a una persona, es decir, tiene una génesis premial, en cambio, cuando hablamos de derechos nos referimos a una facultad de exigir todo lo establecido a nuestro favor por la Ley¹⁹³

Al considerar a los beneficios penitenciarios como un derecho, se estaría tomando en cuenta que al momento de que no se les conceda o reconozca dicho derecho, la persona o beneficiado podría recurrir ante un tercero para que se le reconozca dicho derecho, pudiendo apelar cuando se le niega ese derecho; de otro lado al ser considerado una gracia o premio, estaría en base a la discrecionalidad del juez si se lo otorga o no, valorando la peligrosidad del agente, así como su grado de reinserción o reeducación que tiene el mismo.

5.2. EVOLUCIÓN HISTÓRICA

Los beneficios penitenciarios, en el lenguaje común, la expresión *beneficio* no se refiere al status de la persona, sino a la propia acción con la que mejora la situación de una persona o una cosa. El uso que la Ciencia Penitenciaria da a esta palabra se aproxima más a las acciones favorecedoras.¹⁹⁴

Si bien al hablar de beneficios penitenciarios y buscar una conceptualización es complicado, en el lenguaje común se considera al beneficio como una mejora en la situación de la persona, esto podemos decir que en lo que corresponde a la ciencia penitenciar, sería la mejora de la situación de un interno o también llamado beneficiario, que gozará de un privilegio, el cual mejorará su calidad de vida.

En su devenir histórico, ni en las primeras legislaciones penitenciarias ni tampoco en los trabajos doctrinales de los penitenciaristas más importantes, hallaremos la expresión beneficios de un modo generalizado (...). Así por ejemplo Cadalso en su

¹⁹³ SMALL ARANA, GERMÁN; Antecedentes y Evolución Histórica de los Beneficios Penitenciarios, Editorial GRILEY, Año 2006. Pág. 66

¹⁹⁴ *Ibidem*. Pág. 59

obra Instituciones Penitenciarias y similares en España, prefiere calificar a la libertad condicional, que hoy es considerada como un beneficio con una recompensa.¹⁹⁵

Esta recompensa que hace mención Cadalso se da por parte del Estado, para todos aquellos sentenciados que quieren tener alguna gracia que los ayude a mejorar su condición de vida, siempre y cuando cumplan con los requisitos formales para acceder a estos beneficios.

En el Perú recién con el Decreto Ley N°1758 “Unidad de Normas para la Ejecución de Sentencias Condenatorias”, marca el inicio de la etapa normativa en el campo penitenciario peruano, pues introduce una serie de innovaciones, entre ellas la implantación del sistema progresivo que tiene como base y objeto al interno, así como nuevos mecanismo de prelibertad como la semilibertad, permiso especial de salida y redención de las penas por el trabajo como elementos coadyuvante al tratamiento, que fortalecen los mecanismo de rehabilitación mediante el trabajo, la educación y la disciplina”¹⁹⁶.

Dentro de esta evolución de los beneficios penitenciarios en nuestro país, podemos decir que hablar de la unidad de normas para la ejecución de sentencias condenatorias, está referido a lo que hoy en día conocemos como Código de Ejecución Penal, y que en esos años, también acogía las figuras o beneficios penitenciarios actuales como son la semilibertad, permiso de salida y redención de la pena por trabajo, considerando este último beneficio como mecanismo de rehabilitación.

Con la Constitución Política peruana de 1979, en el segundo párrafo del artículo 234° establecía que “*el régimen penitenciario tiene por objeto la reeducación, rehabilitación y reincorporación del penado a la sociedad, de acuerdo con el Código de Ejecución Penal*”.

¹⁹⁵ Ídem

¹⁹⁶ Ibídem Pág. 60

Debemos resaltar el impacto a nivel constitucional que tiene el régimen penitenciario, al tener un reconocimiento constitucional a partir de la Constitución Política de 1979, el status que adquiere es mayor, porque se estaría sustentando en derechos y principios fundamentales. Como bien lo señala dicha Constitución, el fin del régimen penitenciaros es la reeducación, rehabilitación y reincorporación del penado en la sociedad; al hablar de reeducación, haremos mención que en los centros penitenciaros existen talleres en donde se les capacita y enseña un oficio para que al momento de egresar del establecimiento penitenciario lo pongan en práctica, de igual manera pueden estudiar y concluir sus estudios primarios y secundarios en los mismo establecimientos. La rehabilitación está a cargo del equipo multidisciplinario que tiene cada establecimiento, es decir, el psicólogo, asistente social, asesoramiento jurídico, asistencia médica; todo esto en conjunto hacen que el sentenciado pueda rehabilitarse, y por último la reincorporación basada también en el apoyo familiar que tenga el interno, su grado de rehabilitación y readaptación que puede tener en la sociedad, así como la peligrosidad del mismo; porque no se puede reinsertar a un sentenciado que no ha cumplido con rehabilitarse dentro del establecimiento penitenciario.

El Primer Código de Ejecución Penal puesto en vigencia mediante el Decreto Legislativo N° 330 en marzo de 1985, tiene su característica e importancia propia que es necesario resaltar por cuanto fue el primer código en el campo penal que estableció un título preliminar con principios y fundamentos que debían regir su normativa¹⁹⁷.

Al haberse ya tomado el régimen penitenciario dentro de la Constitución, le da otro rango; y ahora con el primer Código de Ejecución Penal, realza la importancia que tiene el sistema penitenciario dentro de nuestro país, de igual manera resaltar que este código fue el primero en establecer principios y fundamentos dentro de su título preliminar.

¹⁹⁷ Ibídem Pág. 62

5.3. DEFINICIÓN

Los beneficios penitenciarios *“son mecanismos que promueven la resocialización del privado de libertad a través de su participación en actividades laborales, educativas, y los servicios psicológicos, legales y sociales que ofrece la administración penitenciaria, así como a través de las actividades que los propios internos implementan con tal finalidad”*.¹⁹⁸

En esta definición que se le da a los beneficios penitenciarios, se ve reflejado los aspectos en que también se tiene que dar esta reinserción a la sociedad y resocialización, es así que las actividades laborales, educativas, servicios psicológicos, legales y sociales, son parte de los beneficios que gozan los internos, y en cuanto a las otras actividades que también se desarrollan dentro del establecimiento penitenciario, deben estar orientadas a su reinserción a la sociedad, y que cambiar sus conductas, para que la egresar del establecimiento penitenciario no cometer nuevos delitos.

La Constitución Política del Estado, contempla en su artículo 139° inciso 22) *“el principio de que el régimen penitenciario tiene por objeto la reeducación, rehabilitación y reincorporación del penado a la sociedad”*, es decir que el Estado peruano consiente y fomenta que el sentenciado una vez que haya cumplido su pena, además de estar sujeto a todos los beneficios para su reinserción, se pueda incorporar este sujeto al sociedad.

Para el Tribunal Constitucional *“los beneficios penitenciarios no son derechos fundamentales, sino garantías previstas por el Derecho de Ejecución Penal, cuyo fin es concretizar el principio constitucional de resocialización y reeducación del interno. En efecto, a diferencia de los derechos fundamentales, las garantías no engendran derechos subjetivos, de ahí que puedan ser limitadas. Las garantías persiguen el aseguramiento de determinadas instituciones jurídicas y no engendran derechos fundamentales a favor de las personas. Por otro lado, no cabe duda de que aún cuando los beneficios penitenciarios no constituyen derechos, su denegación,*

¹⁹⁸Manual de Beneficios Penitenciarios y Lineamientos del Modelo Procesal Acusatorio del Ministerio de Justicia y Derecho Humanos, Primera Edición, Impreso por Editora Perú ABC, Lima, Abril 2012 Pág. 29

revocación o restricción de acceso a los mismo, debe obedecer a motivos objetivos y razonables” (Fundamento jurídico 3, de la Sentencia N° 0842-2003-HC/TC)¹⁹⁹

En este caso ya tenemos un pronunciamiento por parte el máximo intérprete de la Constitución (el Tribunal Constitucional), el mismo que señala la naturaleza que tienen los beneficios penitenciarios, los cuales no corresponden derechos fundamentales, ya que no son derechos subjetivos sino una expresión del principio de resocialización y reeducación del interno, que se encuentra contemplado en la Constitución Política del Estado, son sólo garantías que persiguen el aseguramiento de determinadas instituciones jurídicas.

Como bien lo hemos señalado los beneficios penitenciarios son parte de la política criminal resocializadora del Estado peruano, asimismo que es parte de las garantías que tienen los internos ha poder gozar de estos, como parte de los principios de resocialización y readaptación del interno a la sociedad, los cuales no pueden ser negados, exceptuando caso concretos que son señalados por ley.

De igual manera debemos entender que estas garantías, como son considerados los beneficios penitenciarios, se encuentran dentro de un Estado Constitucional, el cual tiene como aspecto sustancial el respeto a la Constitución Política del Estado en la cual se encuentran los principios de resocialización y reeducación del interno, todo es consecuencia del propio camino que tiene nuestro Estado peruano, con respeto de la Constitución y la convivencia pacífica, el respeto de la persona y de su dignidad como fin supremo del Estado peruano.

5.4. CLASES

Existen dos tipos de beneficios penitenciarios a) beneficios que mejoran las condiciones de vida del interno, b) beneficios que permiten una libertad anticipada; dentro de esta clase de beneficios solo tomaremos dos beneficios penitenciarios que se encuentran en la primera clasificación, es por eso que tenemos:

¹⁹⁹ Ibídem Pág. 30

5.4.1. SEMI LIBERTAD

5.4.1.1. DEFINICIÓN

Permite al sentenciado del establecimiento penitenciario, para efectos de trabajo o educación, cuando ha cumplido la tercera parte de la pena y si no tiene proceso pendiente con mandado de detención (artículo 48° del Código de Ejecución Penal)

Este beneficio penitenciario a comparación con el de libertad condicional, para poder ser beneficiario del mismo, se basa en la pena que se ha cumplido (cómputo de la carcelería efectiva), en base a una tercera parte de la pena y de igual manera no tener proceso pendiente con mandato de detención.

5.4.1.2. Principales Modificaciones al texto del artículo sobre el beneficio de Semi Libertad en el Código de Ejecución Penal Peruano

La Semilibertad se otorgaba sin excepción al interno que había cumplido un tercio de su condena (año 1997) y acreditaba que en libertad desarrollaría alguna actividad laboral o educativa. Sin embargo, sucesivas modificaciones al Código de Ejecución Penal han introducido cambios sustantivos en los términos siguientes: **a)** el tiempo de carcelería mínima para obtener la Semilibertad, depende ahora del tipo de delito por el cual el interno ha sido sentenciado y; **b)** se ha suprimido como requisito para su concesión, la acreditación de una futura actividad laboral o educativa en caso de que obtenga la libertad.²⁰⁰

El desarrollo de la sociedad y el incremento de las criminalidad, creación de nuevas figuras delictivas, y en este caso en particular la reincidencia por parte de los sentenciados, de seguir cometiendo el mismo ilícito que con anterioridad ya cumplieron una pena, hacen que le Estado tome medidas, es así que pone barreras o requisitos formales que hagan más rígida poder hacerse beneficiario; asimismo tenemos que los cambios que se expresan en el párrafo anterior en cuanto al tiempo de la carcelería corresponde al delito que por el cual ha sido sentenciado, es pues claramente expresión de los bienes jurídicos que protege el Estado peruano, por ejemplo cuando se habla de Robo agravado al ser este un delito pluriofensivo,

²⁰⁰ Ibídem Pág. 72

porque se ven vulnerados el derecho a la vida, integridad física (dependiendo el tipo de agravante), y el patrimonio de una persona; y por el mismo índice de comisión del delito, el Estado prevé cambios legislativos para vigilar estos bienes jurídicos de las personas que integran la sociedad, y que en todo caso los internos que han cometido estos delitos crueles, tengan restricciones para acceder a los beneficios penitenciarios.

Sobre el segundo literal le cual señala que se ha suprimido como requisito para su concesión, la acreditación de una futura actividad laboral o educativa en caso de que obtenga la libertad; para poder ser beneficiario como requisitos se debe acreditar que al egresar del establecimiento penitenciario, el exinterno, podrá laboral durante 01 año (se acredita con una promesa de Trabajo); para la obtención de los beneficios ya le corresponde al juez, quien deberá valorar la peligrosidad que tiene el interno al reincorporarse a la sociedad, la conducta que ha tenido este durante el tiempo que ha cumplido en el establecimiento penitenciario, todos los informes tanto sociales, legales, psicológicos, que acreditan el grado de readaptación del interno, asimismo en un grado se ve influenciado el delito que cometió el interno, así hablamos de robo agravado, hurto agravado, TID (Tráfico ilícito de drogas), etc.

5.4.2. LIBERACIÓN CONDICIONAL

5.4.2.1. DEFINICIÓN

La liberación condicional se concede al sentenciado que ha cumplido la mitad de la pena, siempre que no tenga proceso pendiente con mandato de detención (artículo 53 del Código de Ejecución Penal)

Al igual que el beneficio de Semilibertad, se determina para hacerse beneficiario el cumplimiento de la mitad de la pena, y no tener proceso pendiente con mandato de detención, sobre esto último si tiene proceso pendiente, es decir que aún no ha sido condenado por dicho delito, puede recibir la imposición de la misma, dificultando que pueda salir en libertad condicional por un delito, si tiene otro pendiente.

El beneficio de libertad condicional, su concesión se basa en la observancia de los requisitos establecidos por Ley, y a diferencia de la Semilibertad, permite al beneficiado la absoluta discrecionalidad en el uso de su tiempo cuando obtenga la

libertad, hecho que supone el estadio superior en el tratamiento penitenciario progresivo.²⁰¹

5.5. REDENCIÓN DE LA PENA POR TRABAJO

Código de Ejecución Penal

Artículo 44.- El interno redime la pena mediante el trabajo, a razón de un día de pena por dos días de labor efectiva, bajo la dirección y control de la Administración Penitenciaria, salvo lo dispuesto en el artículo 46.

CONCORDANCIAS: Ley N° 27770, Art. 4 inc a)

Ley N° 28704, Art. 3

Ley N° 28950, Art. 8 inc. a)

5.6. REDENCIÓN DE LA PENA POR EDUCACIÓN

Código de Ejecución Penal

Artículo 45.- El interno que recibe educación en sus diversas modalidades, bajo la dirección del órgano técnico del Establecimiento Penitenciario, redime un día de pena por dos días de estudio, debiendo aprobar la evaluación periódica de los estudios que realiza, salvo lo dispuesto en el artículo 46.

CONCORDANCIAS: Ley N° 27770, Art. 4 inc a)

Ley N° 28704, Art. 3

Ley N° 28950, Art. 8 inc. a)

²⁰¹ *Ibíd*em Pág. 81

Artículo 46.- Casos especiales de redención

En los casos de los artículos 129, 200, segunda parte, 325 a 332 y 346 del Código Penal, el interno redime la pena mediante el trabajo o la educación a razón de un día de pena por cinco días de labor efectiva o de estudio, en su caso. ()*

(*) Artículo modificado por el Artículo 2 de la Ley N° 27507 publicada el 13-07-2001, cuyo texto es el siguiente:

"Artículo 46.- Casos especiales de redención

En los casos de los Artículos 129, 173, 173 A, 200, segunda parte, 325 a 332 y 346 del Código Penal, el interno redime la pena mediante el trabajo o la educación a razón de un día de pena por cinco días de labor efectiva o de estudio, en su caso". ()*

(*) Artículo modificado por el Artículo 2 de la Ley N° 29570, publicada el 25 agosto 2010, cuyo texto es el siguiente:

"Artículo 46.- Casos especiales de redención

En los casos previstos en las modalidades agravadas a que se refieren los artículos 46-B, segundo párrafo, y 46-C, primer párrafo, del Código Penal, el interno redime la pena mediante el trabajo o la educación a razón de un día de pena por siete días de labor efectiva o de estudio, en su caso." ()*

(*) Artículo modificado por el Artículo 2 de la Ley N° 29604, publicada el 22 octubre 2010, cuyo texto es el siguiente:

"Artículo 46.- Casos especiales de redención

En los casos de internos primarios que hayan cometido los delitos previstos en los artículos 108, 121-A, 121-B, 189, 200, 325, 326, 327, 328, 329, 330, 331, 332 y 346 del Código Penal, la redención de la pena mediante el trabajo o la educación se realiza a razón de un día de pena por cinco días de labor efectiva o de estudio, en su caso.

Los reincidentes y habituales en el delito redimen la pena mediante el trabajo y la educación a razón de un día de pena por seis días de labor efectiva o de estudio, según el caso.

De conformidad con lo establecido en el segundo párrafo del artículo 46-B y el primer párrafo del artículo 46-C del Código Penal, en los casos previstos en los delitos señalados en los artículos 108, 121-A, 121-B, 152, 153, 186, 189, 200, 325, 326, 327, 328, 329, 330, 331, 332 y 346, el interno redime la pena mediante el trabajo o la educación a razón de un día de pena por siete días de labor efectiva o de estudio, en su caso.”()*

(*) Artículo modificado por el Artículo 4 de la Ley N° 30068, publicada el 18 julio 2013, cuyo texto es el siguiente

“Artículo 46.- Casos especiales de redención

En los casos de internos primarios que hayan cometido los delitos previstos en los artículos 107, 108, 108-B, 121-A, 121-B, 189, 200, 325, 326, 327, 328, 329, 330, 331, 332 y 346 del Código Penal, la redención de la pena mediante el trabajo o la educación se realiza a razón de un día de pena por cinco días de labor efectiva o de estudio, en su caso. () RECTIFICADO POR FE DE ERRATAS*

Los reincidentes y habituales en el delito redimen la pena mediante el trabajo y la educación a razón de un día de pena por seis días de labor efectiva o de estudio, según el caso.

De conformidad con lo establecido en el segundo párrafo del artículo 46-B y el primer párrafo del artículo 46-C del Código Penal, en los casos previstos en los delitos señalados en los artículos 107, 108, 108-B, 121-A, 121-B, 152, 153, 186, 189, 200, 325, 326, 327, 328, 329, 330, 331, 332 y 346, el interno redime la pena mediante el trabajo o la educación a razón de un día de pena por siete días de labor efectiva o de estudio, en su caso.” () (*) RECTIFICADO POR FE DE ERRATAS*

(*) Artículo modificado por el Artículo 5 de la Ley N° 30076, publicada el 19 agosto 2013, cuyo texto es el siguiente:

“Artículo 46. Casos especiales de redención

En los casos de internos primarios que hayan cometido los delitos previstos en los artículos 107, 108-B, 121, 121-A, 121-B, 152, 153, 153-A, 186, 189, 195, 200, 279, 279-A, 279-B, 317, 317-A, 325, 326, 327, 328, 329, 330, 331, 332 y 346 del Código Penal, la redención de la pena mediante el trabajo o la educación se realiza a razón de un día de pena por cinco días de labor o estudios efectivos, en su caso.

Los reincidentes y habituales en el delito redimen la pena mediante el trabajo y la educación a razón de un día de pena por seis días de trabajo o estudio, según el caso.

De conformidad con lo establecido en el segundo párrafo del artículo 46-B y el primer párrafo del artículo 46-C del Código Penal, en los casos previstos en los delitos señalados en los artículos 107, 108-B, 121, 121-A, 121-B, 152, 153, 153-A, 186, 189, 195, 200, 279, 279-A, 279-B, 317, 317-A, 325, 326, 327, 328, 329, 330, 331, 332 y 346 del Código Penal, la redención de la pena mediante el trabajo o la educación se realiza a razón de un día de pena por siete días de labor o estudio efectivos, en su caso." () **RECTIFICADO**
POR FE DE ERRATAS*

(*) Artículo modificado por el Artículo 1 de la Ley N° 30262, publicada el 06 noviembre 2014, cuyo texto es el siguiente:

“Artículo 46. Casos especiales de redención

En los casos de internos primarios que hayan cometido los delitos previstos en los artículos 107, 108-B, 121, 121-A, 121-B, 152, 186, 189, 195, 200, 279, 279-A, 279-B, 317, 317-A, 325, 326, 327, 328, 329, 330, 331, 332 y 346 del Código Penal, la redención de pena por el trabajo o la educación se realiza a

razón de un día de pena por cinco días de labor o estudios efectivos, en su caso.

Los reincidentes y habituales en el delito redimen la pena mediante el trabajo y la educación a razón de un día de pena por seis días de trabajo o estudio efectivo, según sea el caso.

De conformidad con lo establecido en el segundo párrafo del artículo 46-B y el primer párrafo del artículo 46-C del Código Penal, en los casos previstos en los delitos señalados en los artículos 107, 108-B, 121, 121-A, 121-B, 152, 186, 189, 195, 200, 279, 279-A, 279-B, 317, 317-A, 325, 326, 327, 328, 329, 330, 331, 332 y 346 del Código Penal, la redención de la pena mediante el trabajo o la educación se realiza a razón de un día de pena por siete días de labor o estudios efectivo, en su caso”.

CONCORDANCIAS: Ley N° 27770, Art. 4 inc a)

Ley N° 28950, Art. 8 inc. a)

En el artículo 46° del Código de Ejecución Penal peruano se puede apreciar claramente las modificaciones en forma cronológica de casos especiales de redención de la pena, en estos caso se ve un gran número de modificatorias al mencionado artículo para que se varíe la redención de dos días de trabajo u estudio por uno de pena; en ese devenir de modificaciones se han ido considerando diversos delitos, que son de gran comisión en nuestra realidad peruana.

Este artículo del Código de Ejecución penal ha tenido 6 modificaciones: Ley N° 27507 del 2001, Ley N° 29570 del 2010, Ley N° 29604 del 2010, Ley N° 30068 del 2013, Ley N° 30076 del 2013 y finalmente Ley N° 30262 del 2014. Quedando finalmente el artículo 46°:

Artículo 46. Casos especiales de redención

En los casos de internos primarios que hayan cometido los delitos previstos en los artículos 107, 108-B, 121, 121-A, 121-B, 152, 186, 189, 195, 200, 279, 279-A, 279-B, 317, 317-A, 325, 326, 327, 328, 329, 330, 331, 332 y 346 del Código Penal, la redención de pena por el trabajo o la educación se realiza a razón de un día de pena por cinco días de labor o estudios efectivos, en su caso.

Los reincidentes y habituales en el delito redimen la pena mediante el trabajo y la educación a razón de un día de pena por seis días de trabajo o estudio efectivo, según sea el caso.

De conformidad con lo establecido en el segundo párrafo del artículo 46-B y el primer párrafo del artículo 46-C del Código Penal, en los casos previstos en los delitos señalados en los artículos 107, 108-B, 121, 121-A, 121-B, 152, 186, 189, 195, 200, 279, 279-A, 279-B, 317, 317-A, 325, 326, 327, 328, 329, 330, 331, 332 y 346 del Código Penal, la redención de la pena mediante el trabajo o la educación se realiza a razón de un día de pena por siete días de labor o estudios efectivo, en su caso.

Estas 6 modificaciones que ha sido víctima el mencionado artículo de Casos especiales de redención, es claramente la señal que el Estado Peruano dentro de los últimos 15 años ha comenzado con limitar el acceso al beneficio de redención de la pena por trabajo y estudio, pero sólo para determinado delitos, haciendo una distinción entre la redención de la pena de delito a delito, dependiendo de la gravedad.

Delitos en los que se considera la redención de la pena por trabajo y estudio, de UN DIA DE PENA por CINCO DÍAS de labor o estudios efectivos, en caso de internos primarios:

- 107.- *Parricidio*

- 108-B.- *Feminicidio*
- 121.- *Lesiones Graves*
- 121-A.- *Lesiones Graves cuando la víctima es menor*
- 121-B.- *Lesiones Graves por violencia familiar*
- 152.- *Secuestro*
- 186.- *Hurto Agravado*
- 189.- *Robo Agravado*
- 195.- *Distribución de señales de satélite portadores de programas en su Forma Agravada*
- 200.- *Extorsión*
- 279.- *Fabricación, suministro o tenencia de materiales peligrosos*
- 279-A.- *Producción, desarrollo y comercialización ilegal de armas químicas*
- 279-B.- *Sustracción o arrebató de armas de fuego*
- 317.- *Asociación Ilícita*
- 317-A.- *Marcaje o Reglaje*
- 325.- *Atentado contra la integridad nacional*
- 326.- *Participación en grupo armado dirigido por extranjero*
- 327.- *Destrucción o alteración de hitos fronterizos*
- 328.- *Formas agravadas*
- 329.- *Inteligencia desleal con Estado Extranjero*
- 330.- *Revelación de secretos nacionales.*
- 331.- *Espionaje*
- 332.- *Favorecimiento bélico o Estado extranjero- Favorecimiento agravado*
- 346.- *Rebelión.*

Delito en los que se considera la redención de la pena por trabajo y estudio de UN DIA DE PENA por SIETE DIAS de labor o estudios efectivos, en caso sean reincidentes y habituales de los mencionados delitos.

5.7. TRATAMIENTO PENITENCIARIO CON CRITERIOS DISCRIMINATORIOS

Se estableció una clasificación penitenciaria de un conjunto de internos en un determinado régimen penitenciario, sirviéndose para ello como único criterio el tipo penal por el cual se encuentra sentenciado o procesado. Dicha clasificación tiene efectos respecto a la restricción de derechos²⁰²

En nuestra realidad peruana, podemos citar un caso concreto el cual corresponde al delito de Terrorismo, el cual fue incorporado a nuestro ordenamiento jurídico en el año de 1980 (D.L N°046) regulando esta figura delictiva; la comisión de éste ilícito genera que el sentenciado (terrorista) tenga un tratamiento especial después de haber sido condenado.

Esta diferenciación que se hace entre una sentenciado por un delito común (robo, hurto, etc.) a una persona que cometió el delito de terrorismo, hace que el régimen que deberá cumplir dentro del establecimiento penitenciario sea totalmente distinto, puesto que existen limitaciones, por ejemplo en las visitas que debe tener, solo recibirá una visita semanal de tres familiares directos a través de locutorio y por espacio de una hora, de igual manera hubo controversia sobre la redención de trabajo y estudio, puesto que no podían estudiar ni trabajar, llegando inclusive hasta el Tribunal Constitucional, el cual se pronunció que los internos sentenciados por terrorismo si tienen derecho a poder estudiar y trabajar durante el cumplimiento de su carcelería.

Tenemos ejemplos palpables sobre este tipo de discriminación que existe, en el caso de los líderes Terroristas como Abimael Guzmán, no se encuentran en un establecimiento penitenciario de máxima seguridad (por ejemplo: Piedras Gordas), sino que se encuentra en la base Naval de

²⁰² Citado por ZEGARRA MIRANDA, Lourdes; XV Congreso Latinoamericano, VII Iberoamericano XI Nacional del Derecho Penal y Criminología Córdoba- Argentina 2003; Impreso por el Instituto de Estudios Comparados en Ciencias Penales y Sociales Sede Córdoba; impreso en septiembre del 2003. Pág. 406

la Marina de Guerra del Perú, en un parte de la misma, acondicionada y vigilada; esta discriminación separando claramente que él fue el autor intelectual de atentados al Estado peruano y que puso en vilo todo una nación y sumergida en la inseguridad y miedo, es un ser humano, que goza de dignidad, por el sólo hecho de serlo, y que se encuentra aislado de todo el mundo.

Ante esto se debe ponderar y ver la peligrosidad del sentenciado, es así que Estado toma medidas de seguridad extremas para poder dar tranquilidad a la ciudadanía, esta ponderación podemos hacerla, ya que por un lado se encontraría el derecho a poder comunicarse e interactuar con otras personas, de poder ser reubicado a otro establecimiento penitenciario no tan rígido, y por otro lado, la seguridad de la sociedad peruana, la existencia y duración en el tiempo de la misma, la estabilidad económica y política de nuestra nación; claramente que la vulneración de los derechos fundamentales de una persona, se encuentran por debajo (en este caso) de la propia existencia de la sociedad, convivencia pacífica, etc.; que el Estado como máximo ente debe de velar y proteger.

5.8. DELITOS QUE NO GOZAN DE BENEFICIOS PENITENCIARIOS

Ley que prohíbe la concesión del beneficio de la Liberación Condicional y Semilibertad en los siguientes delitos:

- Forma agravada de la Trata de personas (artículo 153°-A del Código Penal)
- Violación de menor de edad (artículo 173° del Código Penal)
- Violación de menor de edad seguida de muerte o lesión grave (artículo 173°-A del Código Penal)
- Comercialización y cultivo de amapola y marihuana, así como la siempre compulsiva (artículo 296° del Código Penal)
- Tráfico Ilícito de insumos químicos y productos (artículo 296°-B del Código Penal)
- Formas agravadas de tráfico de droga (artículo 297° del Código Penal)

- Genocidio (artículo 319° del Código Penal)
- Desaparición Forzada (artículo 320° del Código Penal)
- Tortura (artículo 321° del Código Penal)
- Tortura cometida con participación de profesionales de la salud (artículo 322° del Código Penal)
- Discriminación (artículo 323° del Código Penal)
- Terrorismo (Ley N° 29423)
- Lavado de activos cuando los recursos provengan del tráfico ilícito de drogas, terrorismo, secuestro, extorsión, trata de personas o delitos contra el patrimonio cultural, previstos en los artículo 228° y 230° del Código penal (párrafo final del art. 3° y art. 7° de la Ley N° 2775, modificada por la Ley N° 28355 y el Decreto Legislativo N° 986)

Para los reincidentes habituales, de conformidad con el artículo 46°-B y 46°-C del Código penal, modificado por la Ley N° 29604, tampoco procede la Liberación Condicional ni Semilibertad en caso de que hubieran incurrido en los siguientes delitos:

- Homicidio Calificado o asesinato (artículo 108° del Código Penal)
- Lesiones graves cuando la víctima es menor de 14 años y el agente sea el padre, madre, tutor , guardador o responsable (artículo 121°-A Código Penal)
- Lesiones graves por violencia familiar (artículo 121°-B del Código Penal)
- Secuestro (artículo 152° del Código Penal)
- Trata de Personas (artículo 153° del Código Penal)
- Forma agravada de la Trata de personas (artículo 153°-A del Código Penal)
- Violación de menor de edad (artículo 173° del Código Penal)

- Violación de menor de edad seguida de muerte o lesión grave (artículo 173°-A del Código Penal)
- Hurto Agravado (artículo 186° del Código Penal)
- Robo Agravado (artículo 189° del Código Penal)
- Extorsión (artículo 200° del Código Penal)
- Tráfico ilícito de drogas en modalidades agravadas (artículo 297° del Código Penal)
- Genocidio (artículo 319° del Código Penal)
- Desaparición Forzada (artículo 320° del Código Penal)
- Tortura (artículo 321° del Código Penal)
- Participación en grupo armado dirigido por extranjero (artículo 326° del Código Penal)
- Destrucción o alteración de hitos fronterizos (artículo 327° del Código Penal)
- Vinculación o colusión con invasor (artículo 328° del Código Penal)
- Inteligencia desleal con Estado extranjero (artículo 329° del Código Penal)
- Revelación de secretos nacionales (artículo 330° del Código Penal)
- Espionaje (artículo 331° del Código Penal)
- Favorecimiento bélico a Estado extranjero (artículo 332° del Código Penal)
- Rebelión (artículo 346° del Código Penal)

5.9. SUPRESIÓN DE BENEFICIOS PENITENCIARIOS

Se produce como resultado de la aplicación de políticas neoretribucionistas el incremento de las penas, una de las manifestaciones de la política penal de emergencia fue la supresión de determinados beneficios a los autores o partícipes de los delitos de terrorismo, crimen organizado, secuestros, etc²⁰³

²⁰³ OROS CARRASCO, Rodolfo; El Derecho penal en la Era de la Postmodernidad, La Globalización y los derechos fundamentales, Editorial Grijely, Edición 2014. Pág. 210.

Debemos decir que la supresión de los beneficios penitenciarios se encuentra dentro de la política criminal de un Estado, que tiene como función poder combatir el crimen, es así que es el Estado en un rol preventivo y punitivo, disminuye los beneficios penitenciarios para frenar la delincuencia en nuestro país.

Para determinados delitos, como son en este caso el terrorismo, traición a la patria, que tiene un gran impacto social y político en nuestra sociedad, es importante resaltar que existen varias vulneraciones a bienes jurídicamente protegidos por el Estado que estos delios vulneran, es por eso que se hacen excepciones legislativa para la condiciones carcelarias que tendrán los delincuentes que cometan este tipo de delitos.

A raíz de esto es que estaría vulnerando el principio de igualdad ante la ley, porque al hacer excepciones que no son beneficiosas para al sentenciado, vemos claramente una vulneración a sus derechos fundamentales, y el respeto de su dignidad.

En la política criminal democrática es importante garantizar que el Estado solo intervendrá en la medida de lo necesario para mantener el orden establecido y que la aplicación de la pena deba ejecutarse en armonía con los principios de necesidad, merecimiento y proporcionalidad, y las exigencias de prevención general y especial (...) ²⁰⁴

El Estado como el ente encargado de velar por la seguridad de la sociedad, y el principal generador de políticas criminales, debe velar por el respeto de los derechos fundamentales, así como no sobrepasar el ius imperum, que posee, esto expresado en tomar medidas político criminales normales, que respeten los principios de proporcionalidad, dignidad humana.

²⁰⁴ ídem.

No puede infringir sus propios preceptos constitucionales, es decir, que no puede realizar a través de sus políticas criminales una vulneración de los derechos de los sentenciados.

Pero por otro lado tenemos los bienes jurídicamente protegidos de la sociedad, en donde el Estado también está obligado a protegerlos, en todo caso estaríamos en una encrucijada porque en un lado estarían los derechos de una persona (sentenciado), y por otro lado los derechos de las demás personas (sociedad), en este caso estamos frente a una ponderación de derechos fundamentales; la cual tendrá como respuesta final la protección de los derechos de la sociedad, porque estaríamos hablando de un bien macro que debe ser protegido; a veces se puede escoger dentro de un caso concreto un derecho sobre otro, para que el grado de satisfacción que otorga el último sea mayor, que al derecho no escogido.

a) Delitos que no tiene beneficios penitenciarios en nuestro sistema penal son los siguientes: ²⁰⁵

- Art. 173° Violación Sexual del Menor (Ley N° 28704)
- Art. 297° Tráfico Ilícito de Drogas (Código de Ejecución Penal art. 47,53)
- Art. 301 Tráfico Ilícito de Drogas
- Los “Dirigentes”, “jefes”, “cabecillas” de bandas u organizaciones dedicadas al Tráfico Ilícito de Drogas (Decreto Legislativo N° 824)
- Los condenados por Terrorismo y/o Traición a la patria (Ley N° 29423)
- Tampoco tiene indulto, conmutación de pena ni derecho de gracia los delitos de secuestro y extorsión.

En los delitos que antes han sido mencionados, debemos decir que son pluriofensivos, no basándonos en la ubicación que tienen estos en el

²⁰⁵ *Ibidem*. Pág. 212

Código Penal, sino por el contrario que las figuras delictivas vulneran o colisionan con varios bienes protegidos de la personas. Es por eso que la violación que atenta contra la libertad sexual de la persona y su autodeterminación sexual y dignidad, los sujetos activos sentenciados que la cometan no gozarán de beneficios penitenciarios o en todo caso habrá una disminución de los mismo, redención de la pena por trabajo y estudio. De igual manera podemos decir con el delito de Tráfico Ilícito de drogas, que no solo vulnera la salud pública, sino mella al propio Estado.

Es por todas esas consideraciones que al momento de poder acceder a un beneficio penitenciario el juez debe valorar al sentenciado, no solo en el grado de readaptación del mismo, sino la naturaleza del delito cometido.

En cuanto los beneficios penitenciarios el Tribunal Constitucional, máximo intérprete de la Constitución, han señalado que *“no constituyen un derecho que pueda ser exigido por el solo motivo de reunirse los requisitos formales. Por el contrario, el juez de ejecución ejerce una potestad discrecional al conceder un beneficio, que por lo demás debe estar debidamente motivado, teniendo en consideración la resocialización del interno, además de otros principios constitucionales, tales como la dignidad humana entre otros; por ello además del cumplimiento de los requisitos establecidos en la Ley, se debe tener en cuenta la personalidad del agente y los bienes que se busca proteger”*²⁰⁶

Tal cual lo señala el Tribunal Constitucional, el rol que cumple el juez de ejecución o en otras palabras el juez que concederá o no el beneficio penitenciario, es esencial; porque resalta la facultad discrecional que tiene el mismo, quien al ejercerla determinará si realmente el interno cumple con los requisitos de resocialización, tanto formales como material, es decir, que realmente se haya rehabilitado y que este expedito para reinsertarse a la sociedad.

²⁰⁶ Sentencia del Tribunal Constitucional , Expediente N° 00033-2007-PI/TC

Esta discrecionalidad se basa principalmente en determinar el grado de peligrosidad que tiene el agente, la naturaleza del hecho delictivo, si cumple los requisitos formales, y la conducta que tuvo el sentenciado durante el tiempo que estuvo en el establecimiento penitenciario, todas estas consideraciones son evaluadas por el juez, para resolver si se concede o no el beneficio penitenciario.

Como bien lo señala el Tribunal Constitucional *“el otorgamiento de beneficios no está circunscrito únicamente al cumplimiento de los requisitos formales que el legislador pudiera haber establecido, pues teniendo en cuenta que en un Estado Democrático de Derecho, el régimen penitenciario tiene por objeto la reeducación, rehabilitación y reincorporación del penado a la sociedad, principio contenido en nuestra Constitución Política, artículo 139° inciso 22, su concesión está condicionada a una evaluación judicial previa, consistente en analizar si el tratamiento penal brindado al condenado durante la ejecución de la pena, permita prever que esté apto para ser reincorporado a la sociedad, precisamente por haber dado muestras, evidentes y razonables, de haberse reeducado y rehabilitado”*²⁰⁷

Esta discrecionalidad o evaluación judicial determinará la decisión final del juez, asimismo el Tribunal Constitucional da mayor importancia a que realmente se hayan cumplido los fines del sistema penitenciario que se encuentran amparados en la Constitución como son la reeducación, rehabilitación y reincorporación del penado en la sociedad, teniendo en cuenta que estamos dentro de un Estado Democrático de Derecho

No dice Oros Carrasco que cuando un interno que ha sido condenado por un delito (terrorismo) y ha demostrado una evidente peligrosidad no solo para los demás individuos, sino hacia el propio Estado; los llamados “beneficios penitenciarios” podrán relativizarse, y por consiguiente se podrán realizar algunas diferencias en función de las finalidades político-criminales del Estado para precisamente cautelar otros derechos

²⁰⁷ Sentencia del Tribunal Constitucional, Expediente N° 05439-2008-HC/TC

*fundamentales de naturaleza colectiva, como podría ser la seguridad ciudadana o la tranquilidad pública.*²⁰⁸

En lo que en líneas arriba se entiende esta relativización de los beneficios penitenciarios, nacen las diferencias o cambios que dependen del agente y de la comisión de determinado delito para que el tratamiento político criminal penitenciario sea distinto al común de los internos. Es por eso que la peligrosidad de los individuos ponen en peligro la permanencia del propio Estado, porque lo que más deben interesar para el Estado es proteger los derechos fundamentales pero de manera colectiva, porque el grado de satisfacción será mayor, por los bienes jurídicos de seguridad y protección primaran frente a otros.

Bajo esta misma línea nos dice Oros que asumiendo una posición coherente con el respeto a la dignidad del ser humano y a los derechos fundamentales en un Estado democrático de Derecho, la prohibición o limitación de beneficios penitenciarios (...) resulta contraproducente para la seguridad penal.

Se debe buscar la readaptación de interno, mejorando su condiciones en el establecimiento penitenciario, esto quiere decir que la política penitenciaria debe enfocarse en mejorar el nivel de readaptación, el sistema de trabajo y estudio dentro del penal, asimismo como poder acceder a beneficios penitenciarios, sin dejar de lado el hacinamiento penitenciario que sufren todos los establecimientos penitenciarios en nuestro país, es porque la disminución de estos beneficios Penitenciarios deben lograr un determinación de las penas y beneficios basados en el respeto de la dignidad humana y el principio de humanidad en las penas.

²⁰⁸ OROS CARRASCO, Rodolfo. Ob. Cit. Pág. 213

5.10. POLÍTICA RESOCIALIZADORA

5.10.1. Definición

Para poder entender mejor la política resocializadora tenemos que según García Valdés, *“la noción resocializadora es entendida no como una reinserción del interno a una sociedad que lo rechaza o que aquel no acepta, sino como modesta posibilidad de ser capaz de llevar una vida de libertad sin delito”*.²⁰⁹

Esta definición que nos da García Valdés tiene un sentido más social, ya que el propio interno que busca la reinserción en la sociedad, básicamente lo que propugna es una vida digna en libertad sin la comisión de delitos. De igual manera el estudioso Borja Mapelli conceptúa a la *“resocialización como un principio fundamental de humanización de la ejecución de las penas y medidas privativas de libertad en virtud del cual éstas deben adaptarse a las condiciones generales de vida en sociedad (principio de atenuación) y contrarrestar las consecuencias dañinas de la privación de libertad (principio de nil nocere)”*.²¹⁰

Sobre los que nos dice Borja Mapelli, esta resocialización es vista como un principio o derecho fundamental de las personas, ya que forma parte del fin de la pena, es así que la resocialización para este estudioso es la adaptación de las condiciones de vida en la sociedad, porque al ser privado de su libertad por el hecho delictivo cometido, estuvo en un contexto social distinto.

²⁰⁹ BARRASO GONZALES, Jorge Luis, El fin resocializador de la pena. Consideraciones teóricas y desde el ordenamiento penal cubano, Artículo jurídico ubicado en la página web de la Revista Ámbito Jurídico, Brasil. Artículo [En Línea], Página web consultada < http://www.ambito-juridico.com.br/site/?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=13584&revista_caderno=3>, Fecha de Consulta: 30 de octubre del 2015.

²¹⁰ SOLÍS ESPINOZA, Alejandro; Política Penal y Política Penitenciaria, Cuaderno No. 8; Departamento Académico de Derecho de la Pontificia Universidad Católica del Perú, Setiembre, 2008. Formato PDF [En Línea], Página web consultada < http://departamento.pucp.edu.pe/derecho/wp-content/uploads/2014/05/Politica_penal.pdf>, fecha de consulta: 30 de octubre del 2015.

5.10.2. La ciencia Penitenciaria

La Resocialización se encuentra relacionado con la previsión especial de la pena, y con la ciencia penitenciaria ya que corresponde ser *“una ciencia multidisciplinaria que se encarga del estudio de las ejecución de las sanciones privativas de la libertad, tanto en ambientes cerrados como abiertos, así como de la asistencia post – penitenciaria, con el fin de lograr la reinserción del penado a la sociedad y su resocialización”*.²¹¹

a) Fines de la Ciencia Penitenciaria

a.1. RESOCIALIZACIÓN DEL CONDENADO

Los fines que tiene la ciencia penitenciaria, tiene como *“propósito que haya relacionado con uno de los extremos de la política criminal contemporánea, la cual busca cambiar los conceptos clásicos de la pena como el castigo o hasta a veces taliónales, buscando un fin resocializador o de readaptarse a su sociedad; lo cual se puede expresar en tres formas muy amplias de tratamiento: tratamiento en medio institucional, tratamiento en medio semi – institucional, tratamiento extra – institucional o en libertad”*.²¹²

Este fin que tiene la ciencia penitenciaria es importante, ya que dentro de la Constitución Política peruana se busca la resocialización del interno expresado esto en el artículo 139° numeral 22) de la mencionada, ya que como bien se señala, no solo se debe castigar a las personas que delinquen, (retribucionismo penal) sino que se debe dar un tratamiento dentro del establecimiento penitenciario, para que pueda resocializarse y poder reinsertarse a la sociedad.

²¹¹ MALAVER CASTAÑEDA, Richard, Tesis titulada “Tratamiento Penitenciario y Resocialización de los Internos Reincidentes del Centro Penitenciario de Cajamarca”, Tesis para optar el Título Profesional de Abogado, Cajamarca-Perú, 2014, la Tesis se encuentra en el Repositorio de la Universidad Privada del Norte. Formato PDF [En Línea], Página web consultada < <http://repositorio.upn.edu.pe/xmlui/bitstream/handle/11537/1310/Richard%20Mavaler%20Cata%C3%B1eda.pdf?sequence=1&isAllowed=y> >, Fecha de consulta: 13 de noviembre del 2015.

²¹² Ídem.

a.2. ORIENTACIÓN Y AYUDA A LA FAMILIA DEL INTERNO

Este tipo de orientación corresponde que *“la ayuda a las familias de los internos se realizaran cuando existan las medidas privativas o restrictivas de la libertad sobre el condenado”*.²¹³

Al ser privado de la libertad una persona, tiene consecuencias dentro de su entorno familiar, es por eso que también es importante que los familiares de los condenados tenga orientación y ayuda para que la resocialización sea más eficiente, por ser parte esencial el apoyo familiar hacia los condenados.

a.3. ORIENTACIÓN Y ASISTENCIA POST-CARCELARIA

Entendemos que *“para lograr que el liberado logre su integración o reinserción a la sociedad y ella lo acepte o lo admita como miembro de su entorno”*.²¹⁴

La función de resocialización no sólo debe darse cuando esté dentro del establecimiento penitenciario, sino que posteriormente a su liberación se debe hacer un seguimiento sobre la conducta de éste en la sociedad, si es que existe un grado de adaptación e resocialización bueno, además que pueda aceptar y ser parte de la sociedad, y que no vuelva a cometer hechos delictivos.

5.10.3. Política Resocializadora en el Perú

Se encuentra plasmada la Política Resocializadora del Estado Peruano en la Constitución Política del Estado, la cual señala en el artículo 139° *Son principios y derechos de la función jurisdiccional: inciso 22.- El principio de que el régimen penitenciario tiene por objeto la reeducación, rehabilitación y reincorporación del penado a la sociedad.*

²¹³ ídem.

²¹⁴ ídem.

En igual sentido en el Código Penal vigente, también se encuentra plasmada la finalidad de la pena, es así que en el artículo IX del Título Preliminar expresa que *“la pena tienen función preventiva, protectora y resocializadora”*.

Cómo lo menciona Mir Puig, *“puede sostenerse que del reconocimiento del Estado como un de carácter social y democrático (artículo 43 de la Constitución Peruana), es posible deducir una finalidad preventivo general (intimidación o integrativa) de la pena”*.²¹⁵

Si la propia Constitución Política Peruana establece una finalidad preventivo general de la pena, el fin resocializador está inmerso en la misma, pero es el mismo Tribunal Constitucional Peruano que adopta la postura del Tribunal Español, considerando que los beneficios penitenciarios no corresponden ser derechos, sino garantías, y que no son compatibles con el mandato o política de resocialización porque no se encuentran vinculados.

El Tribunal Constitucional ha señalado a través de la Sentencia del Expediente N.º 2700-2006-PHC (Víctor Alfredo Polay Campos) que *“en este caso fue sobre la visita íntima lo cual el Tribunal señaló (STC 0842-2003-HC/TC.FJ3) que: en estricto, los beneficios penitenciarios no son derechos fundamentales, sino garantías previstas por el Derecho de Ejecución Penal, a fin de concretizar el principio constitucional de resocialización y reeducación del interno, (...) En efecto, a diferencia de los derechos fundamentales, las garantías no engendran derechos subjetivos, de ahí que puedan ser limitadas. Las garantías persiguen el aseguramiento de determinadas instituciones jurídicas y no engendran derechos fundamentales a favor de las personas (...) Por otro lado, no cabe duda que aún cuando los beneficios penitenciarios no constituyen derechos, su denegación, revocación o restricción del acceso a los mismos, debe obedecer a motivos objetivos y razonable”*.²¹⁶

Sobre esta sentencia del caso Polay Campos que deriva de un proceso de Habeas Corpus, el Tribunal Constitucional es tajante al decir que los

²¹⁵ La Constitución Comentada, Tomo II, Editorial Grijley; Primera Edición Diciembre 2005. Página 639

²¹⁶ Sentencia del Tribunal Constitucional Exp. N.º 2700-2006-PHC

beneficios penitenciarios no son derechos propiamente dichos, ya que el propio Tribunal pone más énfasis en el resultado de reinserción que en el proceso de resocialización como derecho fundamental del condenado o sentenciado.

De igual manera el Pleno jurisdiccional N° 00033-2007-PI/TC, señala en su Fundamento 47. “Entonces, los beneficios penitenciarios son considerados como garantías que coadyuvan a la reinserción del interno en la sociedad. No constituye, por tanto, un derecho que pueda ser exigido por el solo motivo de reunirse los requisitos formales (...)” ratificándose para que sea de obligatorio cumplimiento que los beneficios penitenciarios son considerados garantías.

Pero debemos mencionar que para que “la resocialización, podamos entenderla como un derecho fundamental, requiere para su plena vigencia de un desarrollo legal. Se trata, entonces, de un derecho que básicamente se hace posible con el establecimiento de una ley que regule su ejercicio, pero cuya eficacia concreta excede la misma, debiéndose incluir como parte del derecho a acceder a un beneficios penitenciario establecido por ley”.²¹⁷

Esta resocialización debe ser un derecho fundamental, para que el sentenciado a pena privativa de la libertad pueda acceder a éste a través de la obtención de un Beneficio Penitenciario. No podemos dejar de mencionar que dentro “de los principios del derecho penitenciario están el de legalidad, el de resocialización”.²¹⁸

Dentro de las posturas que se optan es que para que funcione una Política Resocializadora debe existir un juez de ejecución penal para que pueda salvaguardar el cumplimiento de estos derechos, que en el caso particular peruano no existe.

²¹⁷ Constitución Comentada ob. Cit. Página 641

²¹⁸ CHANG KCOMT, Romy; Función Constitucional asignada a la pena: bases para un plan de política criminal, Revista de la Facultad de Derecho de la Pontificia Universidad Católica del Perú N°71-2013 Artículo jurídico en Formato PDF. [En Línea], Página web consultada <http://departamento.pucp.edu.pe/derecho/wp-content/uploads/2014/06/Funcion_constitucional_asignada_a_la_pena_bases_para_un_plan_de_politica_criminal.pdf>, Fecha de Consulta: 10 de noviembre del 2015.

Básicamente podemos resumir la resocialización en el Perú que *“si en las cárceles no se puede proteger al delincuente como hombre, no se podrá curar al hombre como delincuente”*.²¹⁹

Al existir una deficiente política resocializadora del Estado peruano, al tener problemas como la corrupción, sobrepoblación, falta de seguridad, problemas de salud penitenciaria, ausencia de tratamiento efectivo, recursos humanos insuficientes y la falta de prevención de delito, y al no cumplir el INPE (Instituto Nacional Penitenciario con la misión institucional que tiene la cual es la inserción social efectiva de las personas privadas de libertad, el Estado Peruano esta aglomerando sentenciados, sin poder hacer efectiva la reinserción y resocialización de estos en la sociedad, durante el tiempo que cumplen su pena.

²¹⁹ ACOSTA MUÑOZ, Daniel. *Sistema Integral de Tratamiento Progresivo Penitenciario*, el libro se encuentra en la página del Instituto Nacional Penitenciario Carcelario de Colombia. Libro en Formato PDF [En Línea] Página web consultada < <http://www.inpec.gov.co/portal/page/portal/Inpec/Institucion/Estudios%20Penitenciarios/1.2.pdf>>, fecha de consulta: 11 de noviembre del 2015.

CAPITULO VI **POLÍTICA CRIMINAL**

6.1 CONCEPTO

Dentro de su conceptualización podemos decir que, es la ciencia de la que se deriva el arte de explorar, buscar y hallar soluciones legales que vengán a mejorar la eficacia y justicia del Ordenamiento penal propio de cada sociedad y momento histórico.²²⁰

Sobre este primer concepto podemos decir que lo que se busca en realidad es soluciones legales (creación de dispositivos legales) para mejorar la eficacia del ordenamiento jurídico, discrepando en el sentido, cuando se habla de mejorar la justicia, puesto que la justicia no se puede mejorar, puesto que es un término subjetivo a cada persona, puesto que es una sensación o percepción de la misma.

Se busca con la aplicación de una política criminal que cada sociedad tenga un ordenamiento jurídico que sea eficaz y eficiente en la misma sociedad, puesto que solo así se tendrá una convivencia pacífica por parte de cada ciudadano que la integra, y la observancia de nuevas normas jurídicas que van a mejorar lo antes mencionado.

El objeto de la política criminal es la mejora y optimización del Derecho Penal positivo vigente, en orden a la consecución de fórmulas legislativas más justas y eficaces en esta rama del Derecho.²²¹

El objeto de la Política Criminal, se basa fundamentalmente que todas las medidas que son tomadas por el Estado como expresión del *ius imperum* que posee, es poder crear formulas legislativas (leyes, etc.) que optimicen o hagan eficaz el cumplimiento de las mismas, para poder velar por la seguridad del Estado, la permanencia en el tiempo de la sociedad, y el cumplimiento de los derechos fundamentales entre las personas que integran dicho Estado.

²²⁰ Citado por BLANCO LOZANO, Carlos; Tratado de Política Criminal, Tomo I, Fundamentos científicos y Metodológicos de la lucha contra el delito, Editorial Bosch Penal, Impreso en España-2007. Pág. 63

²²¹ BLANCO LOZANO, Carlos; Tratado de Política Criminal, Tomo I, Fundamentos científicos y Metodológicos de la lucha contra el delito, Editorial Bosch Penal, Impreso en España-2007. Pág. 274

La relación que existe del Derecho Penal con la Política Criminal se da, porque el primera de estos nace de la exigencia de las segunda, ya que lo que se busca es la convivencia pacífica de la sociedad.

Para Franz Von Liszt²²² *“quien por primera vez creo la Política Criminal como una disciplina científica, concibiéndola como el conjunto de criterio determinante de luchas eficaz contra el delito”*.

Es la acción planeada de procedimientos preventivos y represivos contra el crimen. Como cualquier política, es comandada por un discurso orientado que propone un conjunto de estrategias o procedimientos por medio de los cuales el Estado y la sociedad organizan sus respuestas al problema de la criminalidad La aplicación de los conocimientos criminológicos para prevenir y controlar las conductas antisociales. Atiende desde la prevención del delito hasta la reincorporación del exreco a la vida en sociedad.

6.2 ESCUELAS DOGMÁTICAS DE LA POLÍTICA CRIMINAL

Para que se dé el surgir de una institución o nueva visión en el Derecho, existen fundamentos o corrientes de grandes pensadores que aportan desde cada punto de vista, una manera distinta de ver dicha institución, es así que tenemos dentro de la Política criminal diferentes expresiones dogmáticas las cuales le dan una diferente perspectiva a la misma.

A) FUNCIONALISMO

Este sistema cambió el pensamiento de la dogmática jurídico penal, es pues Roxin y Jakobs los que fundaron esta postura la cual cambio la teoría del delito.

Para Jakobs²²³, define al funcionalismo como aquella según la cual el Derecho penal está orientado a garantizar la identidad normativa, la

²²² BLANCO LOZANO, Tomo I. Ob.Cit. Pág.20

Constitución y la sociedad. Asimismo que esta se basa en la concepción de la prevención general orientada hacia el mantenimiento del sistema social.

Como bien lo dice Jakobs la función que tiene el Derecho Penal, es meramente social ya que está orientada a la propia Constitución en la cual se encuentra la organización de un Estado-seguridad jurídica, derechos fundamentales- respeto de a la persona, y a la sociedad en sí. Es por eso que entendemos que la prevención general se diversifica y busca esencialmente que la sociedad tenga paz o una estabilidad a través del cumplimiento de las normas jurídicas de un Estado.

Las concepciones funcionalistas o el Funcionalismo centran la esencia del Derecho Penal precisamente en la función que está llamado a cumplir en los complejos sistemas sociales propios del tiempo presente.²²⁴ Dentro de una sociedad que vive diversos cambios o va evolucionando a través del tiempo, es necesario tener un Derecho Penal acorde con cada cambio de la misma, así como evoluciona la sociedad de igual manera lo hace el Derecho. Esto hace que la interacción que tengan los ciudadanos con el Derecho este acorde con los cambios de la sociedad, el funcionalismo quiere lograr la adaptación a estos sistemas sociales, para que su fin u objetivo se pueda cumplir a cabalidad.

En otras palabras basándonos en la Política Criminal, que a pesar de que existan diversas particularidades o sistemas sociales dentro de un Estado, con las políticas criminales se trata de abarcar en gran medida la satisfacción de estas.

Pero como todo sistema existen críticas al misma, las cuales se dan en mayor medida en lo relacionado con la teoría del delito, es decir,

²²³ *Ibidem* pág. 110

²²⁴ *Ibidem* pág. 109

que en el funcionalismo la determinación del dolo eventual y la culpabilidad inconsciente, esto nos quiere decir que viéndolo desde el punto de vista del *inter criminis*, la determinación de la acción o el grado de dolo o culpabilidad es indeterminado, logrando establecer que para la comisión del delito solo se necesita el del dolo.

En definitiva el Funcionalismo corresponde a un sistema que busca poder adaptarse a los nuevos fenómenos sociales para que su eficacia en la sociedad sea óptima.

Debemos decir que dentro de las funciones del Derecho, a éste le interesan en relación a la pena: ²²⁵

- **El garantizar la pena social, es decir, la función de seguridad jurídica.**

Esta función que tiene el Derecho, y no solo él, puesto que es un deber del Estado poder garantizar la seguridad jurídica, entendiendo esta última como el cumplimiento obligatorio de las normas jurídicas dentro de un Estado constitucional.

Al existir esta seguridad jurídica basada también en la rigurosidad de las normas jurídicas, el respeto de los derechos fundamentales y garantías constitucionales, hacen que el clima político, económico y social de un país sea favorable para su crecimiento y desarrollo; en términos más sencillos existe paz social, eso es lo que se logra con la seguridad jurídica.

Al darse un clima desfavorable en donde no se cumplan, garanticen o respeten las normas dentro de un Estado, y menos

²²⁵ Ídem

los derechos fundamentales de las personas hace que en ese Estado existan conflictos sociales, caos y perturbación por parte de los ciudadanos que lo integran al verse vulnerados en sus derechos y sin haber un control social por parte del Estado a través del cumplimiento de las normas jurídicas.

- **El garantizar el equilibrio social, es decir, la función de justicia.**

Este equilibrio al que se hace referencia es llegar como sociedad a un clima de paz, esta paz en función de poder lograr el valor supremo para toda sociedad que es justicia. Como bien sabemos dentro de los fines del Derecho es poder llegar a la paz social en justicia, es pues un fin que tiene el Estado puesto que al ser un ente supremo el cual regula y busca el equilibrio social, para poder llegar a esto debe existir justicia, como bien lo decía Ulpiano “ dar a cada uno lo que le corresponda”; llegar hasta este punto por parte del Estado, es poder cumplir por decirlo así la satisfacción plena por parte de la sociedad, ya que la justicia es tan añorada por toda persona y al cumplimiento de esta se acabarían las desigualdades y conflictos por que todo ciudadano estaría conforme con lo que tiene.

6.3 MODERNO DERECHO PENAL

Para Gracia Martín, refiere que para que el Derecho penal del presente merezca adquirir la condición de moderno será preciso que el mismo se distinga del liberal de la ilustración no sólo por extenderse a nuevos y distintos ámbitos o formas de los tradicionales sino también que suponga

una ruptura substancial con que, esto es, una desviación de por lo menos alguno de sus principios o aspectos fundamentales.²²⁶

Sobre lo que nos dice Gracia Martín debemos deducir que el Derecho Penal desde un punto de vista sancionador, coercitivo, busca reprimir conducta de las personas, pero de manera drástica; en la adaptación a las nuevas tendencias sociales y jurídicas que existen hoy en día, señala Gracia que va a perder o desviar sus principios fundamentales.

En esta adaptación del Derecho Penal a la nueva era o tendencia en donde por ejemplo, los derechos fundamentales se encuentran en un máximo apogeo a través del Neoconstitucionalismo o como bien se dice la Constitucionalización del Derecho Penal, por sobre cualquier cosa los derechos fundamentales deben ser garantizados y respetados; claramente podemos darnos cuenta que de cierta manera esta nueva tendencia colisione con principios fundamentales del Derecho Penal, por ejemplo en el caso de la sanción penal, se debe evaluar la calidad del agente, la circunstancias eximentes de responsabilidad, asimismo que en la parte procesal penal, no se contravengan ningún derecho o garantía constitucional.

Gracia Martín señala que el moderno Derecho Penal se estructura en los siguientes ámbitos:²²⁷

- 1. Derecho Penal del Riesgo, basado en la creciente previsión de tipos de peligro como consecuencia de la sociedad de riesgos-idea formada por el sociólogo alemán Ulrich Beck- en que se desenvuelve la vida actual.**

La Sociedad de Riesgos *“supone una constelación de conceptos que, en conjunto, permiten componer la trama de análisis de una*

²²⁶ Ibídem Pág. 207
²²⁷ ídem

ambiente sano y el derecho al ambiente, para lo cual se crearon conductas delictivas penadas, que lo que hacen es proteger el ambiente en que vivimos. Todo esto se dio básicamente por el abuso de los recursos naturales por parte de los ciudadanos, y cambios climáticos como el calentamiento global.

- 3. Derecho penal de la empresa: el moderno Derecho Penal de la empresa, plantea a la ciencia penal del presente uno de sus retos más importantes (...) más allá de las cuestiones político-criminales que suscita esta parcela en el ámbito de la parte especial, los problemas que plantea en el plano de la imputación constituyen en duro blanco de pruebas para la validez.**

Este Derecho Penal debemos decir que la empresa como sujeto activo de la comisión de delitos, es decir en caso de los delitos de insolvencia, delitos ecológicos, en donde es este sujeto jurídico el sujeto activo de la comisión de delito; en este ámbito se ve cuanto ha evolucionado la concepción de la persona en este caso la responsabilidad penal de la persona jurídica, porque desde tiempo remotos siempre ha tenido solo responsabilidad civil dentro de los procesos penales.

- 4. Derecho Penal de la Globalización: la criminalidad globalizada, para la cual, conforme a los modernos mecanismos técnicos, logísticos y legales, las fronteras se hacen relativas, exige asimismo un adecuado y novedoso marco de respuesta por parte del sistema penal.**

Este nuevo Derecho Penal, se encuentra básicamente vinculada con los delitos de la globalización o la también llamada criminalidad globalizada; la particularidad de los tipos delictivos que se encuentran en este Derecho Penal es que tienen no solo un alcance nacional sino supranacional, porque los bienes jurídicos protegidos son de

relevancia mundial, es decir, que es competente protegerlos a todos los estados.

Sobre los delitos que se encuentran considerados dentro de la criminalidad globalizada, debemos hacer mención la Convención de Palermo en donde señala que los delitos que son considerados bajo esta denominación son el tráfico ilícito de drogas, la trata de personas, minería ilegal, lavado de activos, etc.

5. Derecho Penal del Enemigo: ha sido formulado por Gunther Jakobs para contraponerlo al Derecho penal del ciudadano. Se dirige a los que se dedican asidua y profesionalmente a la actividad delictiva, esto es, a las que han abandonado permanentemente el Derecho.

Esta nueva visión que se tiene del Derecho Penal a través del Derecho Penal del Enemigo hace que el tratamiento hacia las personas sea distinto, es decir, los que han cometido delitos execrables contra la sociedad deben ser considerados enemigos, en cuenta las personas que han delinquido o solo han cometido faltas seguirán siendo considerados como ciudadanos. Asimismo como característica fundamental del Derecho Penal del Enemigo se da en el adelantamiento de la punibilidad, es decir, tomar medidas en las cuales exista un aumento en la pena de los delitos, el tratamiento diferenciado para un enemigo, además de no poder gozar de beneficios penitenciarios o garantías constitucionales, porque al ser considerado un enemigo, es decir una persona que atenta contra la sociedad, debe de ser cruelmente sancionado.

6.4 MÉTODO POLÍTICO –CRIMINAL

Para Luzón Peña, existen tres etapas de trabajo en cuanto al método político criminal:²²⁹

- a) Fase de Orientación de la creación legislativa: en esta fase, la política criminal interviene guiando al legislador en el proceso de elaboración normativa.
- b) Fase de Orientación de la labor dogmática: establecida la ley penal, la Política criminal impregna el proceso de trabajo dogmático, orientando las tendencias interpretativas y las categorías sistemáticas.
- c) Fase de crítica del Derecho vigente y las propuestas de *lege ferenda*: en esta fase, que enlaza con la primera, la Política criminal actúa a la vista de los resultados de la labor dogmática, criticando el Derecho positivo y formulando propuestas de reforma.

Sobre estas tres etapas del método político criminal, podemos señalar en cuanto al literal a), que corresponde al poder legislativo como ente creador de normas jurídicas este estadio o fase, ya que son los legisladores los encargados de crear normas jurídicas de observancia obligatoria que estén acorde a la política y gobierno del Estado peruano, el cual debe de velar por una elaboración normativa eficaz y optima acorde a la Constitución Política peruana.

En cuanto al literal b), podemos decir se sustenta en buscar tendencia de interpretación y categorías sistemáticas de estos nuevos dispositivos legales o normatividad que ha sido creada (la ley penal), es así que al tener la tendencia o visión que tiene las mismas, se determinará cuál es la orientación que tiene el

²²⁹ Citado por BLANCO LOZANO, Carlos; Tratado de Política Criminal, Tomo I, Ob. Cit. Pág. 65

Estado para la lucha contra el crimen, la perspectiva que tiene sobre los internos y el grado de readaptación y reeducación.

Finalmente el literal c) orientando a dar una crítica el Derecho positivo vigente, y formula nuevas propuestas de reforma, puesto si es que existe una incongruencia entre los pilares que persigue el Estado Peruano con su normatividad, se deben modificar la políticas criminales que opta el Estado que estén acorde con la tendencia Neoconstitucionalista del Estado Peruano, es decir el respeto de la Constitución (Constitución material), respeto por la persona y dignidad humana.

Debemos resaltar que frente a la sociedad de riesgo que vivimos, una política criminal adecuada deberá evocar cuatro grandes rasgos.²³⁰

a. Ampliación del ámbito sobre nuevas realidades sociales

Sobre este rasgo debemos decir que la política criminal debe abarcar en gran medida distintas realidades sociales; esto se debe a que nuestro país por ser multirracial y multicultural, existen diversas costumbres, de igual manera por el ámbito geográfico en la mayoría de ocasiones, se dan determinados delitos, pudiendo hacer mención que en zona de frontera con Perú-Bolivia, Perú-Chile, existe gran cantidad de contrabando así como tráfico ilícito de drogas. Al ver esos focos localizados de crimen el Estado debe tomar medidas específicas para cada región o ciudad de nuestro país, para que tenga mayor efectividad sus medidas político-criminales para que puedan surtir efectos en la realidad, disminuyendo el crimen en estas regiones.

b. Concentrar esfuerzos en perseguir a la criminalidad más poderosa

Cuando hablamos de criminalidad más poderosa podemos hacer mención a la criminalidad organizada, la cual tiene una conceptualización en la Convención de

²³⁰ *Ibidem* pág. 67

Palermo sobre delincuencia organizada transnacional que adoptada por la Asamblea General de las Naciones Unidas el 15 de noviembre del 2000, en Palermo Italia, y fue ratificada por el Estado Peruano el 19 de noviembre del 2001, mediante el Decreto Supremo N°88-2001-RE; por el cual marca una pauta a seguir por indicación de la ONU (Organización de las Naciones Unidas); es pues en esta convención que se define el Grupo Delictivo Organizado como *“un grupo estructurada de tres o más personas que existe durante cierto tiempo y que actúa concertadamente con el propósito de cometer uno o más delitos graves o delitos tipificados con arreglo a la presente Convención con miras de obtener, directa o indirectamente, un beneficio económico u otro beneficio de orden material”*.

Es también llamada la delincuencia de la globalización, ya que estamos hablando un delito global, porque se expresa en la criminalidad organizada, ya que dentro de ella se derivan gran variedad de delitos graves como delitos financieros, trata de personas, tráfico de drogas, tráfico de armas y explosivos, corrupción, falsificación de moneda, inmigración ilegal, delitos contra el medio ambiente de carácter grave, etc; y que ahora en este mundo globalizado son considerados de persecución transnacional. Este delito global afecta al ordenamiento jurídico de un país, la seguridad nacional e internacional, la económica, la política, en sí a toda la sociedad, desestabilizando a un Estado, ya que afectan sus principales sectores para el desarrollo.

Al tomar estas consideraciones, el Estado peruano prevé la gravedad de este tipo de delitos que tienen persecución transnacional, es por eso que toma medidas severas para contrarrestar los principales ejes delincuenciales en nuestro país que es el tráfico ilícito de drogas, la trata de personas y la minería ilegal. Este problema (criminalidad organizada) tiene dimensión global, afecta a varios países los que se encuentran acechados por esta criminalidad, es por eso que unen fuerzas a través de Convenios Internacionales, que buscan crear unanimidad legislativa y cooperación internacional para combatir juntos la criminalidad organizada.

c. Medidas de política económica y social

Como todo Estado, debe tomar políticas en todos los ámbitos de la sociedad, es así que la política económica y social de un Estado está de la mano con la política

criminal, que vendría hacer un todo, porque siempre se ha criticado que cómo puede haber crecimiento económico si la inseguridad en nuestro país es apremiante.

Dentro de cualquier sociedad políticamente organizada es el deber del Estado, en este caso peruano, dotar a su población de seguridad, como parte del compromiso que tiene por a ver suscrito el “contrato social”. Toda sociedad necesita seguridad para poder surgir, progresar o desarrollarse, es un deber y obligación que tiene nuestro Estado Peruano, cumplir y realizar todas las políticas para vencer a la inseguridad, de igual manera velar por la estabilidad económica y social de nuestro país.

d. Adecuar las normas de Derecho penal y procesal penal a una adecuada persecución de este tipo de criminalidad.

La adecuación que debe existir de las normas en nuestro país, debe corresponder a la diversidad de culturas y costumbres que existen en el mismo, es decir, como bien lo mencionamos el Estado debe aplicar políticas criminales dependiendo la incidencia de determinados delitos de cada ciudad o región, para aplicar medidas criminales determinadas en función a combatir determinado delito.

Es por eso que al hablar de una adecuada persecución de la criminalidad, estaríamos hablando de políticas criminales específicas para combatirlo, ya sea por el ámbito territorial (fronteras) o por la idiosincrasia de la ciudad que es abatida por índices de criminalidad altos. Esta especificidad de las normas, harán que exista una eficacia en la lucha contra el crimen, no puede existir una correspondencia de normas de otros países, porque no pueden asemejarse a nuestra realidad peruana, la idea es tener determinadas normas jurídicas penales y procesales que vayan acorde con nuestra sociedad, para que sean eficaces en la aplicación a la misma.

Dentro de los fenómenos políticos criminales del mundo contemporáneo que se relaciona al tema de política criminal del enemigo, tenemos²³¹:

²³¹ *Ibidem*. Pág. 68

6.5 LA EXPANSIÓN DEL DERECHO PENAL

Para Ramón Rasgues²³² ha expresado con acierto que en los últimos años el Derecho Penal está experimentado un fenómeno de crecimiento y endurecimiento que esta vez no es consecuencia de los desmanes de regímenes totalitarios, sino que, por el contrario, surge de muchas ocasiones de la voluntad política de dar respuesta a las reivindicaciones de la ciudadanía.

Esta expansión se debe a que en los últimos años por ejemplo en nuestro país el crecimiento normativo de las normas jurídico penales, así como el agravamiento de las penas, han hecho que el Derecho Penal peruano crezca enormemente, debido a las políticas criminales de cada gobierno, así como en el ámbito social, existe la incidencia de innumerables delitos, los cuales deben ser reprimidos por nuestro Estado, el cual es el encargado de velar por nuestra seguridad.

La consecuencia de estas expansión es la falta de eficacia en las normas, como bien lo han dicho varios políticos, que de nada sirve crear nuevas leyes, agravar las penas en determinados delitos, si es no existe eficacia con el cumplimiento de las normas jurídicos penales que ya se encuentran vigentes en nuestro país.

6.5.1 EL DERECHO PENAL SIMBÓLICO

Si consideramos que la “manifiesta incidencia globalizadora en la despenalización de conducta, se trata de la relación fundamentalmente con las políticas económicas, al dotar al Derecho Penal una mera función simbólica que trasciende el propio principio de intervención mínima del Derecho punitivo para situarse en coordenadas de inhibición que llevan a una evidente e interesada desregulación penal”.²³³

Las nuevas tendencias y corrientes del Derecho Penal en amalgama con el Derecho Constitucional, y la defensa de los derechos humanos y la dignidad de la persona, buscan la despenalización de la conducta; es decir, que en las nuevas sociedades

²³² Ídem.
²³³ Ídem

el Derecho Penal solo cumpla simbólicamente con su función coercitiva, no aplicándose en la realidad las penas contra los infractores, lo que se propone es que haya una intervención mínima del Derecho punitivo expresado en la desregulación penal.

Entendemos que al hablar del simbolismo del Derecho Penal, estaría perdiendo eficacia en la realidad, por ende al realizar una conducta antijurídica, típica y culpable, la persona no recibirá sanción alguna; buscando a través del tiempo que ya no exista la penalización de conductas, y donde la individuos que integran la sociedad sepan corregirse, auto regularse, viviendo pacíficamente unos con otros.

6.5.2 LA SOCIEDAD DE RIESGOS

Es producto de nuevas tecnologías y actividades humana cada vez más complicadas y generalmente de gran envergadura, por lo que demanda una intervención del Estado por el sentimiento de inseguridad que se general. La minería, la industria químicas, petroleras conllevan en sí un riesgo de contaminación ambiental y eventuales catástrofes por lo que el Estado debe plantearse una política de respuesta adecuada a tales situaciones más aún si el Estado tiene que enfrentarse a organizaciones de gran poder económico.²³⁴

Como toda sociedad, que con el devenir del tiempo ha evolucionado, ha tenido que acreenciarse de recursos para su subsistencia, pero esto en qué medida nos está afectando; como bien hace mención el párrafo antecesor, le crecimiento poblacional, la globalización, industrialización, hacen que existe por parte de la sociedad inseguridad; al hablar de esta inseguridad no solo la apremiante en cuanto a delitos contra el patrimonio o la vida el cuerpo y la salud, sino de un riesgo global, expresado en la vulneración y afectación de nuestro medio ambiente, ecosistema y en general a nuestro planeta.

Cuanto es el precio que debe pagar nuestra sociedad o país para poder explorar un sinfín de recursos naturales que generan riqueza a nuestro país, pero el impacto

²³⁴ ídem.

que tiene la extracción de diversos minerales en nuestro suelo, general un impacto socioambiental, un riesgo a todo el país. Dentro de los delitos que se encuentra considerados como criminalidad organizada, está la minería ilegal que en nuestro país, tiene un gran índice de comisión en la parte de la selva (Madre Dios), en donde se está poniendo en peligro a la población de Madre Dios, así también se está favoreciendo a otros delitos conexos, como el tráfico ilícito de droga y la trata de personas.

6.6 LA PREVENCIÓN DEL DELITO EN UN ESTADO SOCIAL Y DEMOCRÁTICO DE DERECHO

La Criminología clásica contempló *“el delito como enfrentamiento formal, simbólico y directo de dos rivales- el Estado y el infractor- que lucha entre sí en solitario, como luchan el bien y el mal (...) sin otro final imaginable que el sometimiento del vencido a la fuerza victoriosa del Derecho”*.²³⁵

Por otro lado “la moderna Criminología, participa de una imagen más compleja del sucesivo delictivo de acuerdo con el rol activo y dinámico que atribuye a los protagonistas del mismo (delincuente, víctima, comunidad) y la relevancia acusada de los diversos factores que convergen e interactúan en el escenario criminal”.²³⁶

c) Modelos Teóricos de previsión del delito

a.1. El modelo Clásico

El Derecho Penal simboliza la respuesta primaria y natural, por excelencia, al delito, la más eficaz.²³⁷

Este modelo clásico de criminología, en cuanto al Derecho Penal el cual es disuasorio, ya que debe repelar el crimen a través de la imposición de penas o del castigo. Esta es pues la primera respuesta del Derecho Penal

²³⁵ GARCÍA-PABLOS DE MOLINA, Antonio; Tratado de Criminología, Introducción, Modelos teóricos explicativos de la criminalidad, Prevención del delito, Sistemas de respuesta al crimen; 3 era Edición, Editorial Tirant Lo Blanch, Año 1999. Pág. 879.

²³⁶ Idem.

²³⁷ Ibídem. Pág. 886

de forma disuasoria, cuando la delincuencia crece y el Derecho penal o el poder disuasorio es poco eficaz, la criminalidad aumenta y la prevención es en vano.

Este modelo revela un análisis demasiado primitivo y simplificador del proceso motivacional y del propio mecanismo disuasorio.²³⁸

Decimos que es primitivo y simplificador, porque no abarca totalmente lo que significa el crimen, ya que al hablar solo de la función prevencionista del Derecho Penal no hace que llegue a cumplir su función disuasoria, y menos que realmente el sistema legal llega eficazmente su rol en la sociedad, porque crear ese miedo a través de la imposición de penas más elevadas o crear agravantes o nuevas figuras delictivas como un forma de disuasión, en nuestro país no funciona, no existe una mejora al modificar delitos o cambiar la política criminal y ponerla más severa, a pesar de que Estados en un Estado Constitucional de Derecho.

a.2. El modelo Neoclásico

El efecto disuasorio preventivo aparece más asociado al funcionamiento del sistema legal que al rigor nominal de la pena.²³⁹

En este modelo neoclásico de criminalidad, no solo se basa en la prevención del crimen, sino en la sociedad y el ambiente que rodea al crimen; es entonces abarcar mas allá de la pena, abarca los jueces, policías, todos los entes represores que de alguna manera combaten el crimen y los delitos dentro de la sociedad. Por decirlo así busca un sistema conjunto e integrado en donde todos los que intervengan en la represión del crimen cumplen efectivamente su función en este proceso o ciclo.

Lo que se busca con este modelo es mejor la lucha contra el crimen, implementando el sistema legal y con los demás participantes u operadores que interviene en el crimen.

²³⁸ *Ibidem*. Pág. 887

²³⁹ *Ibidem* Pág. 889

a.3. El modelo situacional como modelo prevencionista

Este modelo como opción racional, utilitaria, instrumental, altamente selectiva (el delito busca el espacio adecuado, el momento oportuno, la víctima propicia, etc) propugnando, en consecuencia, una intervención específicamente dirigida a neutralizar aquellas situaciones de riesgo (oportunidades) que ofrecen un mayor atractivo al infractor.²⁴⁰

Podemos entender de este modelo que lo esencial vendría hacer como se ve el delito, es decir, que para que se concrete un delito o crimen deben existir varios elementos que se concreten para que éste se consuma, es así que lo que se busca lograr en este modelo es buscar la prevención en los elementos de este delito; como se expresa en el párrafo de arriba una función neutralizadora de la concretación del delito.

d) Bases de una moderna política criminal

Una moderna política criminal de prevención del delito debe descansar sobre las siguientes bases:²⁴¹

- 1. El objetivo último, de una eficaz política de prevención no es erradicar el crimen, sino controlarlo razonablemente.**²⁴²

Con respecto a la eficacia que debe tener las políticas criminales dentro de un Estado, es primordial para crear un ambiente de previsión, es así que estas medidas deben estar orientadas no a reprimir la criminalidad ni el delito, sino buscar los elementos neurálgicos del delito, los factores que influyen en él y poderlos combatir con los diferentes órganos estatales como son el Ministerio Público y Policía Nacional del Perú.

²⁴⁰ *Ibidem* pág. 891

²⁴¹ *Ibidem* pág. 930

²⁴² *Ibidem* pág. 930

Además del funcionamiento de los entes del Estado que luchan para prevenir el crimen y delito, se debe evaluar el impacto que tiene los entes disuasivos del delito, así como la sensibilización de la sociedad para que las políticas criminales que se apliquen en esta surten efecto; influye en gran medida la determinación de las características de cada sociedad para prevenir el delito.

2. En el marco de un Estado social y democrático de Derecho, la prevención del delito suscita inevitablemente el problema de los medios o instrumentos utilizados, y el de los costes, sociales de la prevención.²⁴³

Por otra parte al considerar a nuestro país un Estado Neoconstitucionalista, donde el respeto por los derechos humanos y dignidad humana son el eje primordial del mismo, la protección de éstos y de los bienes jurídicos de los ciudadanos que lo integramos debe ser una prioridad del Estado peruano.

Pero debemos decir que para que el Estado cumpla con esta protección integral de los ciudadanos y sus bienes jurídicos, tiene un costo económico y social; cuando hablamos del primero, es más que todo la logística institucional que como Estado mueve para crear un clima de protección en nuestro país, así como la creación de leyes que repriman fuertemente el crimen. Sobre el costo social de prevención este se da por que los ciudadanos que integran la sociedad, ven sus derechos limitados como costo de prevención contra el crimen, por ejemplo podemos decir que cuando existe las jornadas de prevención del delito que lo realiza la Policía Nacional y el Ministerio Público en forma conjunta y cierran calles o avenidas, evitando y atentando de cierta manera con la libertad de tránsito de los demás ciudadanos, existe entonces un costo o afectación al derecho de las personas, para poder velar por un bien jurídico que abarca a toda la sociedad.

²⁴³ Ídem

3. Prevenir es más que disuadir, más que obstaculizar la comisión de delitos, intimidando al infractor potencial o indeciso.²⁴⁴

Respecto a prevenir es más que disuadir, esta frase se encuentra en la visión de una moderna política criminal, puesto que en estos días y básicamente dentro de un Estado, ya no se busca la represión del crimen de manera ejemplar, sino concretizar mecanismos de prevención del delito; si en la actualidad como país estamos perdiendo en la lucha contra el crimen, hablamos en presente; porqué no tomar medidas de prevención del delito, mejorando desde niños las condiciones de vida, poder gozar de alimentación vivienda y estudios, la sensibilización de las familias, la integración de la sociedad, y combatir la indiferencia social, para que conjuntamente se pueda prevenir el delito; si bien es cierto las políticas criminales son de verificación a largo plazo, eso no quiere decir que se deje en desamparo a la sociedad y sus integrantes.

En alguna medida las políticas criminales en cuanto al agravamiento de penas realizan una función de disuasión a los futuros delincuentes o enemigos, pero realmente no es suficiente para combatir el delito, porqué estaríamos hablando dentro de la comisión del delito que afectaría en el momento o fase de deliberación; y con esta base de prevención es buscar un antes, hablando del momento del delito, en la etapa psicológica.

4. La efectividad de los programas de prevención debe plantearse a medio y largo plazo.²⁴⁵

Como bien lo hemos expresado líneas arriba, al políticas criminales que son expresión de su *ius imperum* del Estado para combatir el crimen y la delincuencia, son medidas que se toman en un determinado momento socio

²⁴⁴ Ídem

²⁴⁵ Ibídem pág. 931

cultural y político dentro de una sociedad, que hará que en los subsiguientes años las medidas que se tomen podrán repercutir de manera favorable a la sociedad. Pero por otro lado se debe determinar y realizar políticas criminales que vendrían hacer de emergencia para frenar en cierta medida el delito en nuestra sociedad.

Estos programas de prevención buscan que en conjunto los elementos del Estado que están relacionados con la prevención del delito y su represión, funcionen de manera optima y que den como resultado final un represión y prevención óptima que se vea reflejada en la sociedad con un clima de seguridad y buena ambiente, donde la comisión del delito sea algo suigeneris no cosa de todos los días.

5. La prevención debe contemplarse, ante todo, como prevención social y comunitaria, precisamente porque el crimen es un problema social y comunitario.²⁴⁶

Determinar la prevención desde dos perspectivas una social y otra comunitaria, está orientada a la afectación que se da cuando se comete un delito, es así que se habla en términos macro y micro; determinando de esta manera que al hablar de social, busca que la sociedad en su conjunto denominada también nación o Estado no se afecto por el clima de problemas sociales, es así que los delitos que se confrontan con ésta vendrían hacer los que se encuentran inmersos en la criminalidad organizada, es decir, tráfico ilícito de drogas, trata de personas, minería ilegal, lavado de activos, etc, por nombrar algunos.

Entonces si hablamos de un problema comunitario o la prevención comunitaria, estamos mencionando en nivel micro, porque es el entorno donde nos desenvolvemos, nuestra comunidad, en donde apreciamos que los delitos más comunes o de gran comisión serían los delitos contra el

²⁴⁶ Ídem.

patrimonio (robo) y contra la vida el cuerpo y la salud (lesiones), asimismo que son los delitos que contraviene los bienes jurídicos de los ciudadanos.

6. La prevención del delito implica prestaciones positivas, aportaciones y esfuerzos solidarios que neutralicen situaciones carenciales, conflictos, desequilibrios, necesidades básicas. Solo reestructurando la convivencia, redefiniendo positivamente la relación entre sus miembros.²⁴⁷

La paz social dentro de un Estado es uno de sus fines, por llegar a un clima en donde no existe conflictos sociales, no existe el delito; es así que todas las medidas o políticas criminales que tome el Estado deben ser optimas y eficaces en nuestra sociedad, para que puedan intervenir en la conducta de las personas o ciudadanos que la integramos de manera positiva, en cuanto a la modificación de su conducta para no cometer delitos, ya sea por que se actuó preventivamente o porque se reprimió el crimen en una incipiente oportunidad.

La reestructuración de la convivencia entre las personas, hace que los ciudadanos integrantes de una sociedad conflictiva, cambie su manera de pensar, y busque la calma, para esto contribuirá con su conducta el cambio de su país o Estado.

7. La prevención del delito, la prevención científica y eficaz del delito requiere una estrategia coordinada y pluridireccional.²⁴⁸

Si el Estado quiere combatir el delito, debe determinar primero cuales son los ejes neurálgicos del problema, verificar el ambiente en donde se realiza las características socio culturales, ambientales, asimismo cuales son los delitos que son recurrentes en determinado lugar, los factores externos e internos que influyen en la conducta delictiva de los delincuente, todas estas

²⁴⁷ ídem
²⁴⁸ ídem.

y más factores harán que el Estado trabaje de manera eficaz en la sociedad para combatir el delito.

En cuanto a la estrategia coordinada, el Estado es quien propone y ejecuta las políticas criminales para combatir el crimen o en este caso prevenirlo eficazmente, esta coordinación la realiza con todos sus entes que se encuentran vinculados, es decir, el Ministerio Público, la Policía Nacional del Perú y el Poder Judicial, este último como órgano que vela por los bienes jurídicos de la sociedad.

Es por todas estas consideraciones que se denomina pluridireccional, porque está enfocado a varios ejes, relacionado con la institucionalidad del Estado, así como los factores determinantes que influyen en él.

8. Se evita, también el delito previniendo la reincidencia. Pero, desde luego, mejor que prevenir más delito, sería producir o generar menos criminalidad.²⁴⁹

Tomando en consideración que después de haber cometido un delito el delincuente recibe en contraprestación una pena, por haber infringido un bien jurídico de un ciudadano, debe cumplir esta pena que fue determinada por el Poder Judicial (juez), la cual deberá cumplir dentro de un establecimiento penitenciario, asimismo está dentro de un régimen de acuerdo al delito que cometió, de igual manera goza de beneficios penitenciarios los cuales con elementos que ayudan a la reinserción, reeducación y rehabilitación del sentenciado a la sociedad.

Pero una vez que salen del establecimiento penitenciario y si es que realmente no se cumplió con los fines de estas institucionales, queda en gran medida una incertidumbre sobre el futuro de los ex reos, porque tiene una mayor predisposición a volver a delinquir. Es así en donde el Estado

²⁴⁹ Ídem.

debe cumplir su función de resocialización, reeducación y rehabilitación que es un deber amparado en nuestra Constitución, y que en el caso no lo cumpliera el ciclo del crimen continuará en nuestra sociedad.

Poder cumplir entonces las políticas criminales de prevención, asimismo como las correspondientes a la reeducación, rehabilitación y reinserción a la sociedad del sentenciado, deben ser evaluadas y concretizadas de manera optima y eficiente por nuestro Estado.

6.7 POLÍTICA CRIMINAL INTERNACIONAL

B) Corte Penal Internacional

Nace como institución independiente, aunque vinculada con el sistema de las Naciones Unidas, dotada de personalidad internacional y con la capacidad jurídica necesaria para el desempeño de sus funciones²⁵⁰.

La Corte Penal Internacional fue creada tomando en consideración la realidad social en la que se encontraba el mundo, esto sucede después de la segunda guerra mundial.

Esta institución independiente está vinculada con la ONU al ser este último el encargado de proteger los derechos de las personas, una convivencia pacífica entre los países, etc.

Se constituye como una institución de carácter permanente, facultado para ejercer su jurisdicción sobre personas respecto de los crímenes más graves de trascendencia internacional de conformidad con el Estatuto y con carácter complementario de las jurisdicciones penales nacionales²⁵¹.

El eje primordial que es de suma importancia para la corte, es que no importa realmente la calidad del agente, o del país, sino que al existir un

¹⁵⁸ BLANCO LOZANO, Carlos; Tratado de Política Criminal, Tomo II, Fundamentos científicos y Metodológicos de la lucha contra el delito, Editorial Bosch Penal, Impreso en España-2007.pág. 188

²⁵¹ *Ibidem* Pág. 197

crimen cometido por el mismo, la Corte tiene jurisdicción de poder interceder como ente supresor para hacer cumplir y proteger los Derechos Fundamentales de las personas, y busca la convivencia pacífica entre los estado a través del cumplimiento de los derechos y disminuyendo la faltas contra las personas.

4. Objetivos

Nace con los siguientes objetivos.²⁵²

- a) Permanencia en el tiempo
- b) Universalidad en el espacio
- c) Cobertura de lagunas para la sanción de los crímenes más graves y nefandos contra el Derecho Humanitario y de genes.
- d) Complementariedad, a tales efectos, de los sistemas punitivos nacionales

Como podemos apreciar la Corte no es solo por un momento o determinado momento social o histórico, lo que busca es poder seguir funcionando o manteniéndose en el tiempo, no teniendo espacio o jurisdicción restringida.

Asimismo en cuando a los delitos que conoce la Corte están los considerados dentro del Derecho humanitario o de genes.

5. Competencia

La Corte se limitara a los crímenes más graves de trascendencia para la comunidad internacional en su conjunto.

Esta competencia que se le da a la Corte Penal internacional no es otra cosa de que tenga conocimiento de los crímenes de la humanidad, porque es el mundo o todos los humanos quienes nos vemos afectados directamente, por que se atenta la raza humana.

Todos los delitos que son de competencia de la corte corresponden ser el genocidio, crimen de lesa humanidad y crímenes de guerra.

²⁵² Ibídem Pág. 196

6. Crímenes de Competencia de la Corte

6.1. Genocidio

Se entiende por genocidio, en el marco estatutario de la Corte, art. 6

A los Efectos del Presente Estatuto, se entenderá por "genocidio" cualquiera los actos mencionados a continuación, perpetrados con la intención de destruir o totales parcialmente a un grupo nacional, étnico, o racial como religioso tal:

- a) matanza de miembros del grupo;
- b) lesión tumba a la integridad física o mental, de los miembros del grupo;
- c) sometimiento intencional del grupo a las condiciones de existentes que hayan de acarrear su destrucción física, el total o parcial;
- d) medidas destinadas a impedir nacimientos en el seno del grupo;
- e) traslado por la fuerza de niños del grupo un otro grupo.

Como tenemos conocimiento en nuestro país pudimos vivir en carne propia este tipo de delitos, ya que nuestro es presidente Alberto Fujimori, cometió genocidio ya que fue el autor intelectual de un grupo de alumnos, teniendo en cuenta que el Perú se encontraba en una época de conflicto, cometida por grupos terroristas.

En este caso en particular nuestro país no tenía en su ordenamiento jurídico penal, la figura del genocidio, y como sabemos el principio de legalidad amparaba a este ex mandatario.

Al ser un hecho execrable para la raza humana, tenía que ser penado y sancionado por la legislación interna; en este caso en particular se debe ponderar los derechos de una persona, para poder cumplir y sancionar delitos contra la raza humana.

El solo hecho de quitar la vida a una persona ya es perturbador, pero matar a una persona, o someterla a tortura, por un hecho de destruir a un grupo religioso, social, hace que este delito en particular sea considerado cruel y despiadado.

1.1. Crimen de lesa humanidad

Se entiende por crimen de lesa humanidad, en el marco estatutario de la Corte art. 7

A los efectos del Estatuto de Roma, se entenderá por "crimen de lesa humanidad" cualquiera de los actos siguientes cuando se cometa como parte de un ataque generalizado o sistemático contra una población civil y con conocimiento de dicho ataque:

- a) Asesinato;
- b) Exterminio;
- c) Esclavitud;
- d) Deportación o traslado forzoso de población;
- e) Encarcelación u otra privación grave de la libertad física en violación de normas fundamentales de derecho internacional;
- f) Tortura;
- g) Violación, esclavitud sexual, prostitución forzada, embarazo forzado, esterilización forzada u otros abusos sexuales de gravedad comparable;
- h) Persecución de un grupo o colectividad con identidad propia fundada en motivos políticos, raciales, nacionales, étnicos, culturales, religiosos, de género definido en el párrafo 3, u otros motivos universalmente reconocidos como inaceptables con

arreglo al derecho internacional, en conexión con cualquier acto mencionado en el presente párrafo o con cualquier crimen de la competencia de la Corte;

i) Desaparición forzada de personas;

j) El crimen de apartheid;

k) Otros actos inhumanos de carácter similar que causen intencionalmente grandes sufrimientos o atenten gravemente contra la integridad física o la salud mental o física.

Como sabemos el delito denominado de lesa humanidad, son delitos crueles ya que son realmente aberrantes, asimismo porque atentan u ofenden ala humanidad, la caracterización de este delito es que el sujeto activo, o sea el que realiza o comete dicho delito es ocasiones es un funcionario público que tiene poder de mando, de igual manera organizaciones políticas, estos actos cometidos son de forma sistemática contra determinado grupo civil u organización, según las modalidades que nos da el propio Estatuto de Roma.

Dentro de los delitos que se encuentran enumerados como de lesa humanidad se encuentra e, asesinato, exterminio, esclavitud, deportación, encarcelamiento, tortura, violación, persecución, desaparición forzosa de personas, crimen apartheid. Dentro de estas figuras delictivas debemos decir que la figura que no se conoce mucho de ella es el Crimen Apartheid²⁵³, “el cual constituye un término afrikáner que significa “separación”. Es un sistema que consagra, a través de leyes, políticas y prácticas la supremacía de un grupo humano sobre otro, basándose en criterios raciales”.

Es así que este delito denominado crimen apertheid, constituye la sobre posición de un grupo de poner a través de medidas políticas y sociales sobre otro grupo, principalmente basándose en razones de tipo étnico, pudiendo citar que en el país de Palestina hubo este tipo de delito.

²⁵³ Página web de la Asociación para la Cooperación en el Sur-LAS SEGOVIAS; España, página web consultada < <http://www.acsur.org/Informe-Crimen-de-apartheid-contra> >, fecha de consulta: 02 de marzo del 2015.

1.2. Crimen de guerra

Se entiende por crimen de guerra, en el marco del estatutario de la Corte Art. 8

1. La Corte tendrá competencia respecto de los crímenes de guerra en particular cuando se cometan como parte de un plan o política o como parte de la comisión en gran escala de tales crímenes.

2. A los efectos del presente Estatuto, se entiende por "crímenes de guerra": a) Infracciones graves de los Convenios de Ginebra de 12 de agosto de 1949, a saber, cualquiera de los siguientes actos contra personas o bienes protegidos por las disposiciones del Convenio de Ginebra pertinente:

i) Matar intencionalmente;

ii) Someter a tortura o a otros tratos inhumanos, incluidos los experimentos biológicos;

iii) Infligir deliberadamente grandes sufrimientos o atentar gravemente contra la integridad física o la salud;

iv) Destruir bienes y apropiarse de ellos de manera no justificada por necesidades militares, a gran escala, ilícita y arbitrariamente;

v) Obligar a un prisionero de guerra o a otra persona protegida a prestar servicio en las fuerzas de una Potencia enemiga;

vi) Privar deliberadamente a un prisionero de guerra o a otra persona de sus derechos a un juicio justo e imparcial;

vii) Someter a deportación, traslado o confinamiento ilegales;

viii) Tomar rehenes;

Dentro de estas primeras formas de crimen de guerra, se dan estos básicamente por la violación de Convenios de Ginebra de 12 de agosto de 1949, sino la violación de leyes de guerra vigentes, tratados y costumbres de guerra, es pues que en tiempo de guerra constituiría delito tomar rehenes, privarle de derechos a los prisioneros de guerra.

Asimismo debemos decir que este tipo de delitos privan a las personas que se encuentran en un estado de guerra, asimismo atentan contra sus derechos

Otras violaciones graves de las leyes y usos aplicables en los conflictos armados internacionales dentro del marco del derecho internacional, a saber, cualquiera de los actos siguientes:

- i) Dirigir intencionalmente ataques contra la población civil en cuanto tal o contra civiles que no participen directamente en las hostilidades;
- ii) Dirigir intencionalmente ataques contra objetos civiles, es decir, objetos que no son objetivos militares;
- iii) Dirigir intencionalmente ataques contra personal, instalaciones, material, unidades o vehículos participantes en una misión de mantenimiento de la paz o de asistencia humanitaria de conformidad con la Carta de las Naciones Unidas, siempre que tengan derecho a la protección otorgada a civiles u objetos civiles con arreglo al derecho internacional de los conflictos armados;
- iv) Lanzar un ataque intencionalmente, a sabiendas de que causará pérdidas de vidas, lesiones a civiles o daños a objetos de carácter civil o daños extensos, duraderos y graves al medio natural que sean claramente excesivos en relación con la ventaja militar general concreta y directa que se prevea;
- v) Atacar o bombardear, por cualquier medio, ciudades, aldeas, pueblos o edificios que no estén defendidos y que no sean objetivos militares;

vi) Causar la muerte o lesiones a un enemigo que haya depuesto las armas o que, al no tener medios para defenderse, se haya rendido a discreción;

vii) Utilizar de modo indebido la bandera blanca, la bandera nacional o las insignias militares o el uniforme del enemigo o de las Naciones Unidas, así como los emblemas distintivos de los Convenios de Ginebra, y causar así la muerte o lesiones graves;

viii) El traslado, directa o indirectamente, por la Potencia ocupante de parte de su población civil al territorio que ocupa o la deportación o el traslado de la totalidad o parte de la población del territorio ocupado, dentro o fuera de ese territorio;

ix) Los ataques dirigidos intencionalmente contra edificios dedicados al culto religioso, las artes, las ciencias o la beneficencia, los monumentos, los hospitales y los lugares en que se agrupa a enfermos y heridos, siempre que no sean objetivos militares;

x) Someter a personas que estén en poder del perpetrador a mutilaciones físicas o a experimentos médicos o científicos de cualquier tipo que no estén justificados en razón de un tratamiento médico, dental u hospitalario, ni se lleven a cabo en su interés, y que causen la muerte o pongan gravemente en peligro su salud;

xi) Matar o herir a traición a personas pertenecientes a la nación o al ejército enemigo;

xii) Declarar que no se dará cuartel;

xiii) Destruir o confiscar bienes del enemigo, a menos que las necesidades de la guerra lo hagan imperativo;

xiv) Declarar abolidos, suspendidos o inadmisibles ante un tribunal los derechos y acciones de los nacionales de la parte enemiga;

xv) Obligar a los nacionales de la parte enemiga a participar en operaciones bélicas dirigidas contra su propio país, aunque hubieran estado a su servicio antes del inicio de la guerra;

xvi) Saquear una ciudad o una plaza, incluso cuando es tomada por asalto;

xvii) Veneno o armas envenenadas;

xviii) Gases asfixiantes, tóxicos o similares o cualquier líquido, material o dispositivo análogo;

xix) Balas que se abran o aplasten fácilmente en el cuerpo humano, como balas de camisa dura que no recubra totalmente la parte interior o que tenga incisiones;

xx) Emplear armas, proyectiles, materiales y métodos de guerra que, por su propia naturaleza, causen daños superfluos o sufrimientos innecesarios o surtan efectos indiscriminados en violación del derecho humanitario internacional de los conflictos armados, a condición de que esas armas o esos proyectiles, materiales o métodos de guerra, sean objeto de una prohibición completa y estén incluidos en un anexo del presente Estatuto en virtud de una enmienda aprobada de conformidad con las disposiciones que, sobre el particular, figuran en los artículos 121 y 123;

xxi) Cometer ultrajes contra la dignidad de la persona, en particular tratos humillantes y degradantes;

xxii) Cometer actos de violación, esclavitud sexual, prostitución forzada, embarazo forzado, definido en el apartado f) del párrafo 2 del artículo 7, esterilización forzada y cualquier otra forma de violencia sexual que constituya una violación grave de los Convenios de Ginebra;

xxiii) Aprovechar la presencia de civiles u otras personas protegidas para que queden inmunes de operaciones militares determinados puntos, zonas o fuerzas militares;

xxiv) Dirigir intencionalmente ataques contra edificios, material, unidades y vehículos sanitarios, y contra personal habilitado para utilizar los emblemas distintivos de los Convenios de Ginebra de conformidad con el derecho internacional;

xxv) Provocar intencionalmente la inanición de la población civil como método de hacer la guerra, privándola de los objetos indispensables para su supervivencia, incluido el hecho de obstaculizar intencionalmente los suministros de socorro de conformidad con los Convenios de Ginebra;

xxvi) Reclutar o alistar a niños menores de 15 años en las fuerzas armadas nacionales o utilizarlos para participar activamente en las hostilidades;

c) En caso de conflicto armado que no sea de índole internacional, las violaciones graves del artículo 3 común a los cuatro Convenios de Ginebra de 12 de agosto de 1949, a saber, cualquiera de los siguientes actos cometidos contra personas que no participen directamente en las hostilidades, incluidos los miembros de las fuerzas armadas que hayan depuesto las armas y los que hayan quedado fuera de combate por enfermedad, lesiones, detención o por cualquier otra causa:

i) Actos de violencia contra la vida y la persona, en particular el homicidio en todas sus formas, las mutilaciones, los tratos crueles y la tortura;

ii) Los ultrajes contra la dignidad personal, en particular los tratos humillantes y degradantes;

iii) La toma de rehenes;

iv) Las condenas dictadas y las ejecuciones efectuadas sin sentencia previa pronunciada por un tribunal constituido regularmente y que haya ofrecido todas las garantías judiciales generalmente reconocidas como indispensables.

d) El párrafo 2 c) del presente artículo se aplica a los conflictos armados que no son de índole internacional, y por lo tanto no se aplica a situaciones de disturbios o tensiones internos, tales como motines, actos aislados y esporádicos de violencia u otros actos de carácter similar.

Todas estas tipificaciones de delitos de guerra, se ve un sinfín de vulneraciones a los derechos de los ciudadanos que se encuentran en un estado de guerra, es pues que atentar contra el derecho humanitario es parte de la tipificación de delitos de guerra, porque para cometerse se debe encontrar en este Estado.

Para este tipo de delito no se exige que el autor o sujeto activo sea consciente de que se encuentra en un ámbito internacional o interno, asimismo que “únicamente se exige el conocimiento de las circunstancias de hecho que hayan determinado la existencia de un conflicto armado, implícito en las palabras “haya tenido lugar en el contexto de y que haya estado relacionada con él”²⁵⁴; es así que podemos entender que para este tipo de delitos en general no es necesario que se tome conocimiento el impacto que tiene los hechos que realizan, sino el simple hecho de haberlos realizado.

La importancia que tiene la Corte Penal internacional, es relevante puesto que perseguir y busca la justicia para los delitos que directamente atentan contra la humanidad, en nuestro días no puede existir la violación de derechos humanos, y menos atentar contra poblaciones civiles, o grupos étnicos vulnerables.

6.8 DERECHO PENAL ABIERTO

Esta nueva visión del Derecho Penal denominada Derecho Penal Abierto, nace en el año de 1970 donde “*Claus Roxin con su obra Política Criminal y Sistema de Derecho Penal, traducción de Muñoz Conde; propone acabar con la tajante separación entre Derecho Penal y Política Criminal*”.²⁵⁵

Para Roxin “*para terminar con el alejamiento del Derecho Penal con la Política Criminal obedecen a la necesidad de crear un “Sistema de Derecho*

²⁵⁴ University of Minnesota, Human Rights Library, página web consultada < <http://www1.umn.edu/humanrts/instree/Scimeelementsicc.html> >, fecha de consulta: 02 de marzo del 2015.

²⁵⁵ NIEVES, Ricardo; “Teoría del Delito y Práctica Penal, Reflexiones dogmáticas y mirada crítica”. Escuela Nacional del Ministerio Público de México. Libro en Formato PDF. [En Línea], Página web consultada < http://sistemaucem.edu.mx/bibliotecavirtual/oferta/licenciaturas/criminologia/CRIMI102/teoria_del_delito_y_practica_penal.pdf>; Fecha de Consulta: 20 de julio del 2015.

*Penal Abierto”, esto es, susceptible de recibir valoraciones que tildan sus conceptos y valores por la vía político criminal”.*²⁵⁶

Esta novedosa posición en nuestros días ha sido revalorada porque la influencia del poder político del Estado a través de la política criminal tiene gran importancia en el ordenamiento político de un país, es decir con el Derecho. El Estado toma medidas políticas criminales para combatir la delincuencia, a través de la creación de nuevas leyes, que aumenten las penas en determinados delitos, o se incorpore dentro del ordenamiento nuevas figuras delictivas; todo esto lo realiza para asegurar la seguridad valga la redundancia de los ciudadanos y sociedad en general, repercutiendo estas medidas político criminales en el Derecho Penal.

La meta que intenta alcanzar Roxin “*es orientar las categorías del delito al deber ser de la política criminal y ello con un método que toma en cuenta las relaciones de valor. Es en este punto en donde su posición es sin duda novedosa*”.²⁵⁷ Esta intervención de la política criminal se basa en la función de la responsabilidad de la persona, si es que es merecedora o no de la pena, siendo dentro del nivel de la teoría del delito la “culpabilidad”, que Roxin pasa a denominar “responsabilidad”.²⁵⁸

²⁵⁶ Ídem.

²⁵⁷ ZAFFARONI, Eugenio; MAIER, Julio; PESSOA, Nelson; SANCINETTI, Marcelo, entre otros. “Teorías actuales del Derecho Penal. 75° Aniversario del Código Penal”, Primera Edición 1998, Editorial AD-HOC S.R.L. Buenos Aires-Argentina. Libro en Formato PDF [En Línea] Página web consultada < <http://es.scribd.com/doc/124218411/Teorias-Actuales-en-El-Derecho-Penal-Ouvi-a-Guillermo-y-Otros#scribd>>, Fecha de Consulta: 30 de julio del 2015.

²⁵⁸ Ídem.

CAPÍTULO VII

DERECHO COMPARADO

7.1. CASO COLOMBIA

7.1.1. Estado Constitucional Colombiano

Para poder determinar si el Estado Colombiano forma parte de la tendencia Neoconstitucionalista partimos de las principales características que nos da Ricardo Guastini, sobre la Constitucionalización de un Estado:

- **Constitución Rígida:** en la Constitución colombiana de 1991 en su Título XIII recae la Reforma de la Constitución, es así que a través del mecanismo de reforma, se puede determinar si una Constitución es fácilmente cambiada o modificada, si es así existirá una vulneración de la característica de tener en un Estado, una Constitución rígida.

Se expresa esta característica en el artículo 374²⁵⁹ y 375²⁶⁰ de la Constitución Política de Colombia.

- **La garantía jurisdiccional de la Constitución y La fuerza vinculante de la Constitución** - se expresan esta característica a través del principio de Supremacía Constitucional, en la Constitución Colombiana se encuentra tangible en el artículo 4²⁶¹ de la misma.

²⁵⁹ **Artículo 374°** de la Constitución Política Colombiana de 1991; “la Constitución Política podrá ser reformada por el Congreso, por una Asamblea Constituyente o por el pueblo mediante referendo”.

²⁶⁰ **Artículo 375°** de la Constitución Política Colombiana de 1991; “ podrán presentar proyectos de acto legislativo el Gobierno, diez miembros del Congreso, el veinte por ciento de los concejales o de los diputados y los ciudadanos de un número equivalente al menos, al cinco por ciento del censo electoral vigente. El trámite del proyecto tendrá lugar en dos periodos ordinarios y consecutivos. Aprobado en el primero de ellos por la mayoría de asistentes, el proyecto será publicado por el Gobierno. En el segundo periodo la aprobación requerirá el voto de la mayoría de los miembros de cada Cámara”.

²⁶¹ **Artículo 4°** de la Constitución Política Colombiana de 1991; “la Constitución es norma de normas. En todo caso de incompatibilidad entre la Constitución y la ley u otra norma jurídica, se aplicarán las disposiciones constitucionales. Es deber de los nacionales y de los extranjeros en Colombia acatar la Constitución y las leyes, y respetar y obedecer a las autoridades”

- **La fuerza vinculante de la Constitución y la aplicación directa de las normas constitucionales.**- en estas características, la aplicación directa de normas constitucionales y la fuerza vinculante de la Constitución ante particulares, está vinculada con el artículo 6^o²⁶² de la Constitución Política Colombiana.

COMENTARIO:

Finalmente podemos decir que el Estado Colombiano es un Estado Neoconstitucionalista, porque su Constitución Política cumple con las principales características para ser considerado un Estado parte de la tendencia Neoconstitucionalista, es así que en su artículo 2^o, del artículo 11^o al artículo 82^o se expresan taxativamente los derechos de los ciudadanos colombianos.

De igual manera no se puede dejar de mencionar que todo Estado Constitucional debe contar con un ente rector y protector de la Constitución y es así que al amparo del artículo 239^o²⁶³ al 245^o de la Constitución Política Colombia, se expresa la Jurisdicción Constitucional.

7.1.2. REVISIÓN DEL CÓDIGO PENAL COLOMBIANO

7.1.2.1. Delito de Homicidio en el Código Penal Colombiano

Para poder realizar un análisis del de Código Penal Colombiano (Ley 559 de 2000), se deben buscar una similitud entre el Código Penal Peruano, es así que dentro de la clasificación de las penas, vendría hacer similar con nuestro ordenamiento (penas principales y sustitutivas en el caso colombiano); asimismo la prisión en el caso Colombiano ha sido modificada en su extremo máximo, por la Ley 890 de 2004, en donde en el artículo 37^o del Código Penal inciso 1 se determina que la pena de prisión tendrá una duración máxima de 50 años; siendo menor en el caso Peruano que es de 35 años y en algunos casos cadena perpetua.

²⁶² **Artículo 6^o** de la Constitución Política Colombiana de 1991; “*Los particulares sólo son responsables ante las autoridades por infringir la Constitución y las leyes. Los servidores públicos lo son por la misma causa y por omisión o extralimitación en el ejercicio de sus funciones*”.

²⁶³ **Artículo 239^o** de la Constitución Política Colombiana de 1991; “*La Corte Constitucional tendrá un número impar de miembros que determine la ley. En su integración se atenderá el criterio de designación de magistrados pertenecientes a diversas especialidades del Derecho (...)*”

Para el delito de Homicidio en la Legislación Colombiana:

- **Artículo 103° Homicidio.**- *“El que matare a otro, incurrirá en prisión de doscientos ocho (208) a cuatrocientos cincuenta (450) meses”*

Penal mínima de 17 años y 03 meses, y como penal máxima de 37 años y 05 meses.²⁶⁴

- **Artículo 104° Circunstancias de Agravación.**- *“la penal será de cuatrocientos (400) a seiscientos (600) meses de prisión, si la conducta descrita en el artículo anterior se cometiere:*

Penal mínima de 33 años y 3 meses, y como penal máxima de 50 años²⁶⁵.

1. *En los cónyuges o compañeros permanentes; en el padre y la madre de familia, aunque no convivan en el mismo hogar, en los ascendientes o descendientes de los anteriores y lo hijos adoptivos; y en todas las demás personas que de manera permanente se hallaren integradas a la unidad doméstica.*
2. *Para preparar, facilitar o consumir otra conducta punible; para ocultarla, asegurar su producto o la impunidad, para sí o para los copartícipes.*
3. *Por medio de cualquiera de las conductas previstas en el Capítulo II del Título XII y en el Capítulo I del Título XIII, del libro segundo de este Código.*
4. *Por precio, promesa remuneratoria, ánimo de lucro o por otro motivo abyecto o fútil.*
5. *Valiéndose de la actividad de inimputable.*
6. *Con sevicia.*
7. *Colocando a la víctima en situación de indefensión o inferioridad o aprovechándose de esta situación.*
8. *Con fines terroristas o en desarrollo de actividades terroristas.*

²⁶⁴ Transformación de la penal de meses (postura colombiana) a años (postura peruana).

²⁶⁵ Transformación de la penal de meses (postura colombiana) a años (postura peruana).

9. *En persona internacionalmente protegida diferente a las contempladas en el Título II de éste Libro y agentes diplomáticos, de conformidad con los Tratados y Convenios Internacionales ratificados por Colombia.*
10. *Si se comete en persona que sea o haya sido servidor público, periodista, juez de paz, Defensor de Derechos Humanos, miembro de una organización sindical legalmente reconocida, política o religioso en razón de ello.*
11. *Si se cometiere contra una mujer por el hecho de ser mujer.*

7.1.3. Delito de Robo en el Código Penal Colombiano

En el Código Penal Colombiano no existe una figura relacionada con el Robo o Robo Agravado, es así que la figura más representativa es el Hurto.

- **Artículo 239° Hurto.**- *“el que se apodere de una cosa mueble ajena, con el propósito de obtener provecho para sí o para otro, incurrirá en prisión de treinta y dos (32) a ciento ocho (108) meses.*

Pena mínima dos años y seis meses, y una pena máxima de nueve años.²⁶⁶

La pena será de prisión de dieciséis (16) a treinta y seis (36) meses cuando la cuantía no exceda de diez (10) salarios mínimos legales mensuales vigentes.

- **Artículo 240° Hurto Calificado.**- *“la pena será de prisión de seis (6) a catorce (14) años, si el hurto se cometiere:*
 1. *Con violencia sobre las cosas*
 2. *Colocando a la víctima en condiciones de indefensión o inferioridad o aprovechándose de tales condiciones.*
 3. *Mediante penetración o permanencia arbitraria, engañosa o clandestina en lugar habitado o en sus dependencias inmediatas, aunque allí no se encuentren sus moradores.*

²⁶⁶ Transformación de la pena de meses (postura colombiana) a años (postura peruana).

4. *Con escalonamiento, o con llave sustraída o falsa, ganzúa o cualquier otra instrumento similar, o violando o superando seguridades electrónicas u otras semejantes.*
La pena será de prisión de (8) a dieciséis (16) años cuando

COMENTARIO:

En la comparación que se puede hacer con la Legislación Colombiana en cuanto a los delito de Homicidio y Robo (Perú y Hurto (Colombia), salta a la vista que el máximo y mínimo de la pena es totalmente distinto, mientras que en la Legislación Colombiano no existe la tipificación que realiza la Legislación Peruana en cuanto a (Parricidio, Femicidio y Sicariato), la Legislación Colombiana lo considera como Homicidio en su forma agravante.

De igual manera la figura del Robo (Perú) no se encuentra dentro del Código Penal Colombiano, pero podría decir que nace de la figura delictiva del Hurto Calificado.

Sobre las penas cabe decir que la legislación colombiana tiene una política criminal más severa en este sentido porque los mínimos de la penas en el caso de Homicidio es de 17 años y el máximo es de 37 años, y si concurren las circunstancias agravantes hasta 50 años, en este tipo de figuras delictivas se ve plasmado de forma indubitable el Derecho Penal del Enemigo, por esa severidad en las penas. También hay que considerar socialmente que Colombia es el país en Latinoamérica que tiene Fuerzas Armadas revolucionarias de Colombia (FARC), y que vive una lucha constante con el narcotráfico, es así que el Estado Colombiano tiene que tomar medidas drásticas para combatir los asesinatos, y tipificando y penando gravemente los agravantes del homicidio hasta con 50 años de cárcel.

7.1.4. REVISIÓN DEL CÓDIGO PENITENCIARIO Y CARCELARIO DE COLOMBIA

7.1.4.1. Beneficios Penitenciarios en la Legislación Colombiana

Mediante la Ley 65 de 1993 por la cual se expide el Código Penitenciario y Carcelario.

En el caso Colombiano no existe el beneficio de semi libertad o libertad condicional, en el caso Colombiano solo existe la figura de la Libertad Preparatoria que se encuentra en el artículo 48°²⁶⁷ del Código Penitenciario y Carcelario Colombiano.

a) Redención de la Pena por Trabajo y Educación

En lo que concierne a la Redención por Trabajo y Educación, tenemos que en el caso Colombiano, existe la Redención de la Pena por Trabajo y Educación, sin hacer distinción en cuanto a los delitos cometidos, como lo es en contraposición en el caso Peruano.

El Artículo pertinente sobre la Obligatoriedad del Trabajo es el artículo 79°²⁶⁸ y el Artículo 94°²⁶⁹ sobre la Educación. Sobre la Redención de la Pena por Trabajo y Educación los artículos son los pertinentes en la Legislación Colombiana.

²⁶⁷ **ARTICULO 148° LIBERTAD PREPARATORIA.** “En el tratamiento penitenciario, el condenado que no goce de libertad condicional, de acuerdo con las exigencias del sistema progresivo y quien haya descontado las cuatro quintas partes de la pena efectiva, se le podrá conceder la libertad preparatoria para trabajar en fábricas, empresas o con personas de reconocida seriedad y siempre que éstas colaboren con las normas de control establecidas para el efecto. En los mismos términos se concederá a los condenados que puedan continuar sus estudios profesionales en universidades oficialmente reconocidas. El trabajo y el estudio solo podrán realizarse durante el día, debiendo el condenado regresar al centro de reclusión para pernoctar en él. Los días sábados, domingos y festivos, permanecerá en el centro de reclusión” (...)

²⁶⁸ **ARTICULO 79. OBLIGATORIEDAD DEL TRABAJO.** “El trabajo en los establecimientos de reclusión es obligatorio para los condenados como medio terapéutico adecuado a los fines de la resocialización. No tendrá carácter afflictivo ni podrá ser aplicado como sanción disciplinaria. Se organizará atendiendo las aptitudes y capacidades de los internos, permitiéndoles dentro de lo posible escoger entre las diferentes opciones existentes en el centro de reclusión. Debe estar previamente reglamentado por la Dirección General del Instituto Nacional Penitenciario y Carcelario. Sus productos serán comercializados”.

²⁶⁹ **ARTICULO 94. EDUCACION.** “La educación al igual que el trabajo constituye la base fundamental de la resocialización. En las penitenciarias y cárceles de Distrito Judicial habrá centros educativos para el desarrollo de programas de educación permanente, como medio de instrucción o de tratamiento penitenciario, que podrán ir desde la alfabetización hasta programas de instrucción superior. La educación impartida deberá tener en cuenta los métodos pedagógicos propios del sistema penitenciario, el cual enseñará y afirmará en el interno, el conocimiento y respeto de los valores humanos, de las instituciones públicas y sociales, de las leyes y normas de convivencia ciudadana y el desarrollo de su sentido moral” (...)

Código Penitenciario y Carcelario

ARTÍCULO 82. REDENCIÓN DE LA PENA POR TRABAJO.

“El juez de ejecución de penas y medidas de seguridad concederá la redención de pena por trabajo a los condenados a pena privativa de libertad.

A los detenidos y a los condenados se les abonará un día de reclusión por dos días de trabajo. Para estos efectos no se podrán computar más de ocho horas diarias de trabajo.

El juez de ejecución de penas y medidas de seguridad constatará en cualquier momento, el trabajo, la educación y la enseñanza que se estén llevando a cabo en los centros de reclusión de su jurisdicción y lo pondrá en conocimiento del director respectivo”.

ARTÍCULO 97. REDENCIÓN DE PENA POR ESTUDIO.

“El Juez de Ejecución de penas y medidas de seguridad concederá la redención de pena por estudio a los condenados a pena privativa de la libertad.

A los detenidos y a los condenados se les abonará un día de reclusión por dos días de estudio.

Se computará como un día de estudio la dedicación a esta actividad durante seis horas, así sea en días diferentes. Para esos efectos, no se podrán computar más de seis horas diarias de estudio.

Cabe mencionar que existen dos figuras nuevas dentro de la Redención de la Pena por Trabajo y Estudio, pero que se encuentran relacionadas con este último que vendrían hacer una distinción del caso Peruano, en cuanto a tipos de redención de la pena, ya que en la legislación peruana solo se contempla la redención por trabajo y estudio.

ARTÍCULO 98. REDENCIÓN DE LA PENA POR ENSEÑANZA.

“El recluso que acredite haber actuado como instructor de otros, en cursos de alfabetización o de enseñanza primaria, secundaria, artesanal, técnica y de educación superior tendrá derecho a que cada cuatro horas de enseñanza se le computen como un día de estudio, siempre y cuando haya acreditado las calidades necesarias de instructor o de educador, conforme al reglamento.

El instructor no podrá enseñar más de cuatro horas diarias, debidamente evaluadas, conforme al artículo 81”.

ARTÍCULO 99. REDENCIÓN DE LA PENA POR ACTIVIDADES LITERARIAS, DEPORTIVAS, ARTÍSTICAS Y EN COMITES DE INTERNOS.

“Las actividades literarias, deportivas, artísticas y las realizadas en comités de internos, programados por la dirección de los establecimientos, se asimilarán al estudio para efectos de la redención de la pena, de acuerdo con la reglamentación que para el efecto dicte la Dirección General del Instituto Nacional Penitenciario y Carcelario”.

COMENTARIO:

Sobre el modelo Colombiano en cuanto al Régimen Penitenciario y en los concerniente a Beneficios Penitenciarios existen distintas figuras contempladas en la legislación peruana que vendrían hacer el Beneficio de Semi Libertad y de Libertad Condicional, en cambio en la Legislación Colombiana sólo se considera el Beneficio de Libertad Preparatoria.

Y a todas luces el Estado Peruano es el que ha modificado de acuerdo al tipo de delito que se ha cometido, la redención de la pena por trabajo o estudio, es así que en el caso del delito de Sicariato (homicidio por encargo) los sentenciados no podrán acceder a ningún tipo de beneficio penitenciario. En cambio en la Legislación

Colombiano no existe esta diferenciación para acceder al beneficio de libertad preparatoria, ya que la redención de la pena por trabajo y estudio se considera que “dos días de trabajo por uno de pena y de igual manera con la redención por estudio”.

En el caso colombiano es rescatable que existan aparte de la redención por trabajo y estudio dos figuras más, las cuales son Redención de la Pena por Enseñanza y la Redención de la Pena por actividades literarias, deportivas, artísticas y en comités internos. En este sentido el Estado Colombiano no es incisivo a la hora de que los sentenciados puedan acceder a los beneficios penitenciarios, sin hacer un acto discriminatorio de acuerdo al delito que ha cometido para acceder a algún beneficio, como si lo es en el caso de la Legislación Peruana.

CAPÍTULO VIII

HIPÓTESIS Y OPERACIONALIZACIÓN DE VARIABLES

8.1. HIPÓTESIS GENERAL

H: Los agravantes de las penas de los delitos de robo y homicidio; la Tipificación de nuevas figuras delictivas como el sicariato y feminicidio, la limitación de beneficios penitenciarios, expresión de una Política Criminal severa, colisionan con el Paradigma del Estado Constitucional.

VI: Los agravantes de las penas en delitos robo y homicidio; la Tipificación de nuevas figuras delictivas como el sicariato y feminicidio.

INDICADOR: Porcentaje de agravamiento corresponde, partiendo desde las modificaciones de las penas durante el año 2012 al 2015.

VD: Doctrina- Derecho Penal del Enemigo.

INDICADOR: Antecedentes de la Norma Jurídica (Código Penal y Código de Ejecución Penal)

8.2. HIPÓTESIS ESPECÍFICAS

H1: *Los agravantes de las penas en delitos robo y homicidio; la Tipificación de nuevas figuras delictivas como el sicariato y feminicidio, son expresión de una Política Criminal severa.*

VI: Los agravantes de las penas en delitos robo y homicidio; la Tipificación de nuevas figuras delictivas como el sicariato y feminicidio.

INDICADOR: Porcentaje de agravamiento corresponde, partiendo desde las modificaciones de las penas durante el año 2012 al 2015.

VD: Doctrina- Derecho Penal del Enemigo.

INDICADOR: Grado de incidencia del Derecho Penal del Enemigo en los delitos de robo y homicidio.

H2: *La reducción de los beneficios penitenciarios son expresión del Derecho Penal del Enemigo, porque no existe una adecuada política criminal resocializadora.*

VI: La reducción de los beneficios penitenciarios.

INDICADOR: Nivel de reducción de beneficios penitenciarios desde el 2012 al 2015.

VD: Doctrina- Derecho Penal del Enemigo.

INDICADOR: Antecedentes de la Norma Jurídica (Código de Ejecución Penal)

CAPÍTULO IX

MARCO METODOLÓGICO

9.1. TIPO DE INVESTIGACIÓN

El tipo de estudio por la finalidad o propósito de la presente investigación es básica o pura, porque tiene un fin eminentemente teórico que va a permitir un análisis del ordenamiento jurídico penal peruano.

Asimismo, por la fuente o el origen de la información, esta investigación puede clasificarse en Documental o Bibliográfica, puesto que la fuente de información y de donde se va a realizar el proceso de indagación es a través de libros, revistas o documentos creados por estudiosos del derecho.

Finalmente, por el ámbito en que se desarrollará, la presente investigación es Dogmática, puesto que se va a trabajar con la dogmática jurídica, la cual se manifiesta por ser la fuente de la investigación la norma jurídica y en éste caso la norma jurídica penal.

9.2. NIVEL DE INVESTIGACIÓN

El nivel de la investigación es descriptivo, puesto que hemos analizado y examinado las características más importantes que existen en los delitos contra la vida, el cuerpo y la salud (homicidio); delitos contra el patrimonio (robo), nuevas figuras penales (feminicidio y sicariato); y beneficios penitenciarios, a través de su modificaciones y agravamiento de penas, respectivamente, han ido identificando rasgos característicos del Derecho Penal del Enemigo, existiendo un colisión con nuestra tendencia Neoconstitucionalista, que se deja ver a través del modelo de Estado Constitucional, al tener una Constitución posterior a la Segunda Guerra Mundial, asimismo tener taxativamente estipulados los derechos fundamentales de las personas, además de ser el Tribunal Constitucional el encargado de velar por el cumplimiento de la Constitución y el Estado Constitucional y que a través de sus sentencia genera fundamentos constitucionales de observancia obligatoria, en donde reconoce ser el Estado peruano un Estado Constitucional.

9.3. DETERMINACIÓN METODOLÓGICA

El método de Investigación por el origen de los datos es documental, dado que se hará la indagación especialmente a través del examen, análisis y estudios de fuentes documentales (libros, revistas, artículos jurídicos). Es así que en la presente investigación, la fuente de información corresponde al Código Penal Peruano, Código Procesal Penal Peruano, Código de Ejecución Penal Peruano, asimismo en lo correspondiente a la legislación Comparada se analizó el Código Penal Colombiano, El Código Penitenciario y Carcelario de Colombia, y la Constitución Colombiana, además de libros entrevistas, artículos, entre otros.

9.4. POBLACIÓN – MUESTRA

a) POBLACIÓN

En cuanto a la población que se va a utilizar para realizar la presente investigación, se incluye a todos los abogados penalistas que se encuentran inscritos en el Colegio de Abogados de Tacna, Jueces Penales y Fiscales del distrito judicial de Tacna.

b) MUESTRA

El tamaño de la muestra de la población, están determinadas en función al universo de elementos existentes, pero principalmente dependerá del tipo de investigación que se va a llevar a cabo, por lo que teniendo en cuenta la naturaleza descriptiva de ésta investigación, se deberá realizar un estudio indagatorio, siendo así el tamaño de la muestra será determinada a criterio y discreción del investigador, basándose en el universo de Abogados inscritos en el Colegio de Abogados de Tacna que corresponden a 2,500 (dos mil quinientos abogados), de los cuales se escogieron sólo el 0,25% de abogados correspondiente a (100 abogados).

b.1. SELECCIÓN DE LA MUESTRA

Para llevar a cabo el proceso de muestreo, se va a delimitado deliberadamente el número de personas que se van a entrevistar y encuestar para lo cual se va a utilizar el Método de muestro no aleatorio o no probabilístico, en la modalidad de muestra de especialistas. Es por eso que se entrevistaron a un total de 100 abogados especialista en Derecho Penal, así como fiscales en lo penal, jueces especializado en penal.

b.2. CRITERIOS DE EXCLUSIÓN E INCLUSIÓN DE LA MUESTRA

b.2.1. CRITERIO DE INCLUSIÓN

Los criterios de inclusión para la selección de las muestras de las poblaciones antes mencionadas, son los siguientes:

- Profesionales en Derecho que pertenezcan al Colegio de Abogados de Tacna que pertenezcan a la Provincia de Tacna y que se encuentren especializados en Derecho Penal.
- Magistrados (Jueces Penales) del distrito Judicial de Tacna.
- Representantes del Ministerio Público (Fiscales) que se encuentren inmersos en el campo del Derecho Penal.

d.2.2. CRITERIO DE EXCLUSIÓN

- Profesionales en Derecho que pertenezcan al Colegio de Abogados de Tacna que pertenezcan a la Provincia de Tacna, no considerándose el área de especialización que éstos tengan.
- Magistrados (Jueces) de la Provincia de Tacna.

9.5. TÉCNICAS E INSTRUMENTOS DE INVESTIGACIÓN, PROCESAMIENTO DE DATOS Y ANÁLISIS DE DATOS

9.5.1. TÉCNICAS

Teniendo en cuenta la naturaleza de los elementos que conforman las poblaciones de las cuales se recabó la información necesaria para la investigación jurídica, se utilizó la técnica de entrevista estructurada, mediante el análisis teórico de los datos que se obtuvieron al realizar la entrevista, se anotó e interpretó las respuestas que dieron éstos.

También se utilizó el método de la encuesta, en donde se realizó preguntas específicas sobre el objeto de la investigación a los elementos que constituyen la muestra.

9.5.2. INSTRUMENTOS

El instrumento que se empleó fue la Guía de Entrevista, por la cual se orientó el control de los datos y respuestas que proporcionarán las muestras, a fin de poder obtener información completa, y captar mejor el objeto de estudio de la presente investigación.

Se utilizó también para la técnica de la encuesta, el instrumento del cuestionario el cual ayudó a poder realizar las preguntas adecuadas en la encuesta que se realizó a la muestra, en donde se pudo recolectar datos para el desarrollo de la investigación.

9.6. PROCESAMIENTO Y ANÁLISIS DE DATOS

Se aplicó el método inductivo- deductivo para el análisis de las respuestas que proporcionen los elementos de las muestras que se utilizaron.

Asimismo para el estudio de los datos proporcionados por la encuesta, fueron recolectados y procesados a través de una matriz en Excel, en donde se convirtieron en porcentajes y fueron plasmados en gráficos, que ayudaron a poder

comprender el impacto que tiene el tema de investigación en el sentir de los encuestados; de igual manera se realizó un estudio de las respuestas proporcionadas por la muestra en cuando a la entrevista, para fortalecer criterios y analizar desde distintos puntos de vista la presente investigación.

CAPÍTULO X

SUBCAPÍTULO I

PRESENTACION, ANÁLISIS E INTERPRETACION DE LOS RESULTADOS

10.1. DESCRIPCION DEL TRABAJO DE CAMPO

10.1.1. FASES DEL PLANTEAMIENTO DE LA INVESTIGACIÓN

La información tomada a personas fue obtenida a través de la encuesta realizada a profesionales (abogados) especializado en Derecho Penal, asimismo Jueces en lo Penal y Fiscales especializado en Derecho Penal, sobre la Política criminal severa dentro de nuestro Estado Constitucional Peruano, y si esto constituye características de Derecho Penal del Enemigo.

10.1.1.2. MÉTODO PARA EL RECUESTO

Mecanizado. El cómputo e impresión de resultados se obtuvo por computadora. Procesadores de Textos en el Programa Microsoft Word y Microsoft Excel.

10.1.1.3. PRESENTACIÓN DE DATOS

Los datos obtenidos mediante la aplicación de las técnicas descritas se han dado a conocer en forma resumida, objetiva y entendible, a través de las siguientes formas:

A. La tabular (tablas o cuadros estadísticos) y

B. Las gráficas:

Diagrama de sectores. Se usó con fines comparativos para presentar cifras absolutas y/o porcentajes. Mediante gráficas de barras.

Gráficos de columnas. Se usó para realizar comparaciones.

10.2. ANÁLISIS DE DATOS

La información procesada ha sido analizada e interpretada a través de.

10.2.1. ANÁLISIS CUANTITATIVO

Mediante la aplicación de este tipo de análisis se ha obtenido información y a través de su procesamiento y análisis de datos cuantitativos o numéricos, los mismo que han sido obtenidos en base a la variables previamente determinadas en la investigación, entre estas tenemos si el Estado Peruano, los poderes estatales hacen prevalecer las normas de la Constitución Política del Estado por encima de otras normas jurídicas, Los agravantes legislados, de la pena del delito de Homicidio son expresión de una Política Criminal severa, La disminución de los beneficios penitenciarios, en la legislación peruana, es tratar a los internos como enemigos del Estado y no como ciudadanos, etc. Donde todos los datos que se muestran, están en relación con las variables establecidas al comienzo de la investigación y los resultados obtenido en la tabulación de las encuestas sobre la tendencia de las respuestas, hacen que los resultados obtenidos den a conocer la realidad de la percepción de los encuestados sobre las preguntas formuladas. Lo que contribuyó a la interpretación de los resultados.

10.2.2. ANÁLISIS CUALITATIVO

Se realizó mediante la interpretación de los datos obtenidos con el análisis cuantitativo, habiendo descrito no sólo los hechos y resultados numéricos, sino que además se realizó un análisis interpretativo de la información obtenida por las entrevistas realizadas.

10.2.2.1. SÍNTESIS.

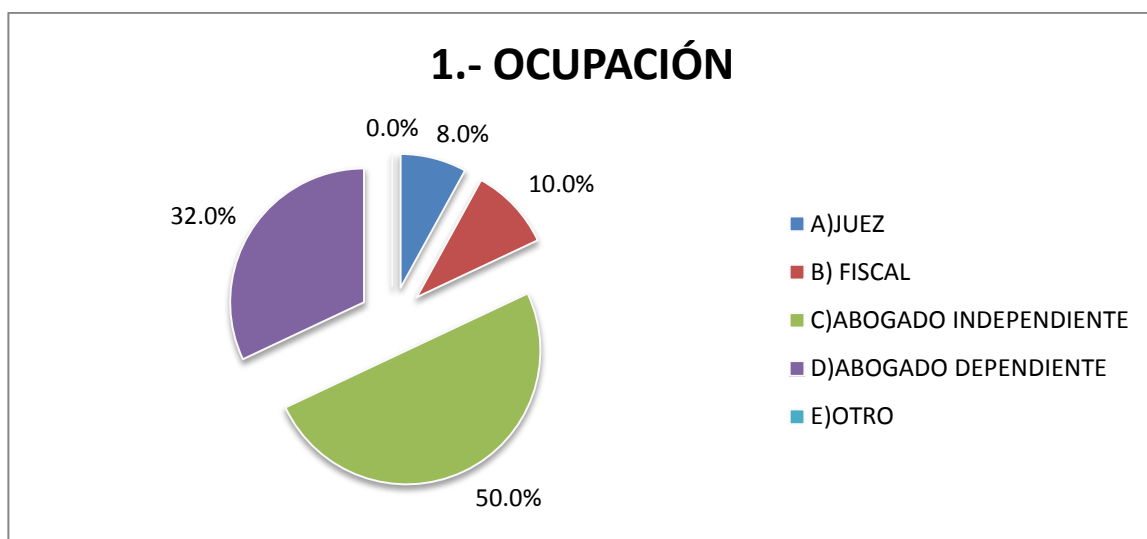
Finalmente, habiendo desarrollado el análisis cuantitativo y cualitativo se procedió a resumir y concentrar los elementos comunes, logrando establecer la percepción de los operadores de justicia sobre el severidad de la política criminal dentro del Estado Peruano.

10.3. RESULTADO DE LA VARIABLE INDEPENDIENTE

CUADRO N° 01

ALTERNATIVA	N°	%
JUEZ	8	8.0%
FISCAL	10	10.0%
ABOGADO INDEPENDIENTE	50	50.0%
ABOGADO DEPENDIENTE	32	32.0%
OTRO	0	0%
TOTAL	100	100%

GRÁFICO N° 01



FUENTE: Encuesta octubre 2015

DESCRIPCIÓN

En el presente cuadro se observa la ocupación que han consignado los encuestados, entre ellos tenemos juez, fiscal, abogado independiente, abogado dependiente, y otro; cada una de estas alternativas se encuentran dirigidas para profesionales especializados en Derecho Penal que pertenezcan a la Provincia de Tacna.

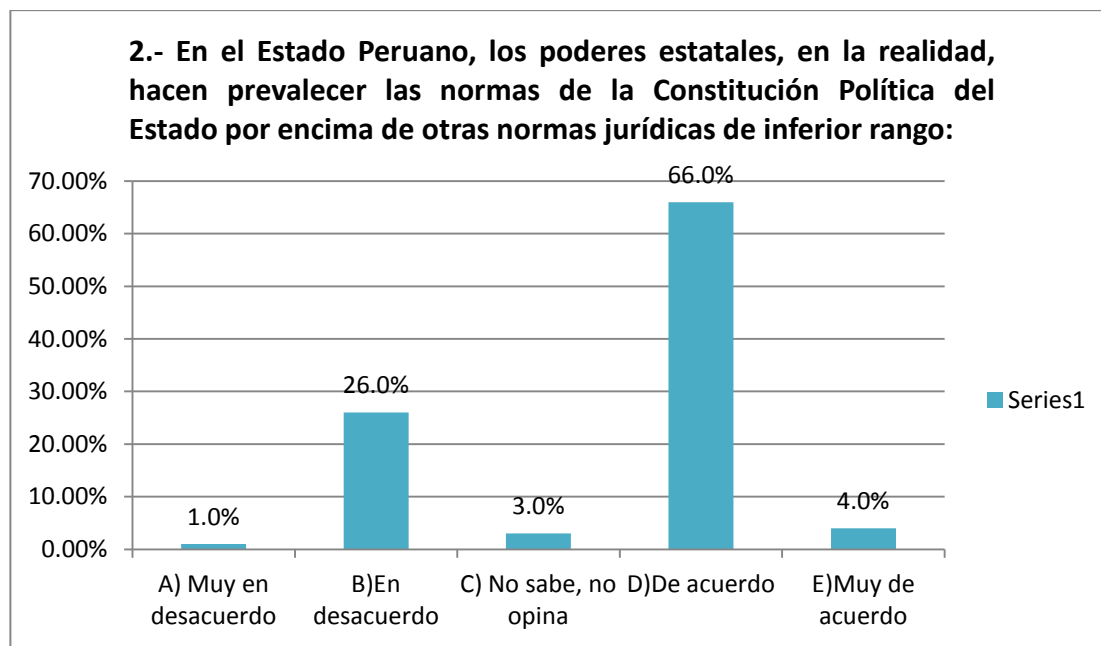
Observando el presente cuadro, a la vista se puede notar que los jueces que han participado en la encuesta corresponden al 8.0%, de igual manera fiscales el 10%, en lo que corresponde a los abogados independientes tenemos que es el resultado mayor puesto que corresponde al 50.0%, asimismo en lo que corresponde a abogados dependientes equivalen al 32.0% del total de la muestra, y sobre la alternativa otro tenemos 0%.

Se puede colegir que los profesionales especializados en Derecho Penal, a los que se les ha encuestado, son en su gran mayoría 50.0% son abogados independientes, y en una menor medida corresponden a Jueces y Fiscales, en este caso la perspectiva que se dará es mas verídica y real, puesto que son los que aplican y se encuentran relacionados con el Derecho Penal vivo, de igual manera al ser considerados operadores de justicia, tanto los jueces, fiscales y abogados; y al ser conocedores del Derecho Penal.

CUADRO N° 02

ALTERNATIVA	N°	%
Muy en desacuerdo	1	1.0%
En desacuerdo	26	26.0%
No sabe no opina	3	3.0%
De acuerdo	66	66.0%
Muy de acuerdo	4	4.0%
TOTAL	100	100%

GRÁFICO N° 02



FUENTE: Encuesta octubre 2015

DESCRIPCIÓN

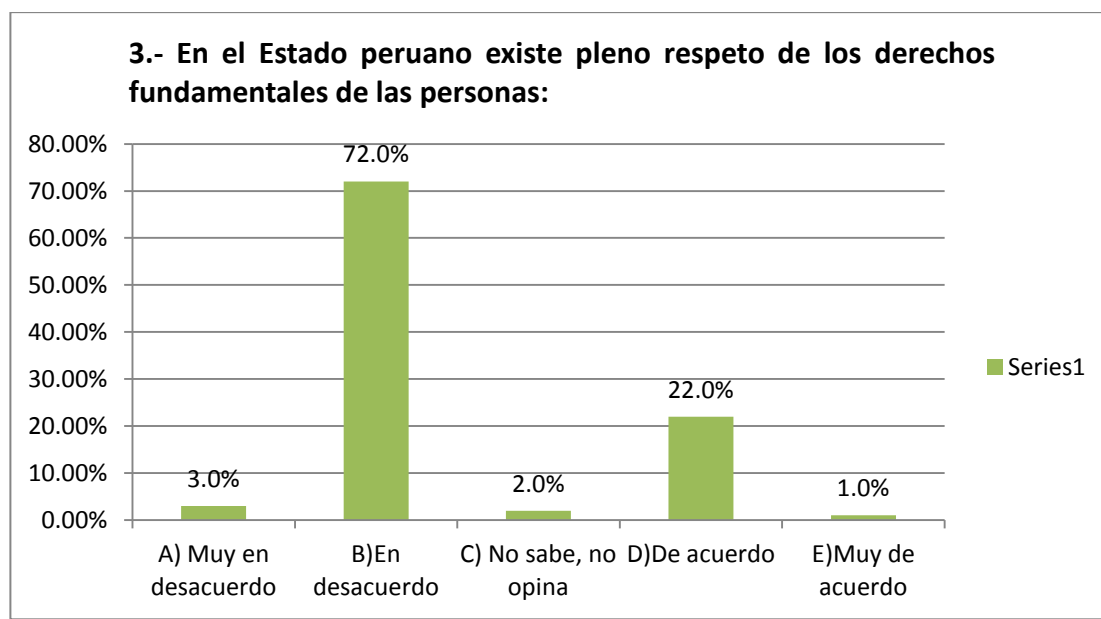
En el presente cuadro se ve reflejado la tendencia que tienen las personas al responder la pregunta si es que en el Estado peruano, los poderes estatales, hacen prevalecer la Constitución sobre otras normas; en donde existe una polarización, en cuanto las personas que están de acuerdo corresponden a un 70.0 %, por otro lado las personas que se encuentran en desacuerdo corresponde el 27.0%, es por eso que existe una tendencia muy definida al respecto, asimismo tenemos el 3.0% de personas que no saben o no opinan, reservándose su derecho a opinar al respecto.

Pero en términos generales existe un mayor índice de personas que están de acuerdo en que el Estado existe un respeto de la Constitución por parte de los poderes estatales, es decir, que se cumple a cabalidad el Principio Constitución de Supremacía de la Constitución Política Peruana sobre otras normas de inferior rango.

CUADRO N° 03

ALTERNATIVA	N°	%
Muy en desacuerdo	3	3.0%
En desacuerdo	72	72.0%
No sabe no opina	2	2.0%
De acuerdo	22	22.0%
Muy de acuerdo	1	1.0%
TOTAL	100	100%

GRÁFICO N° 03



FUENTE: Encuesta octubre 2015

DESCRIPCIÓN

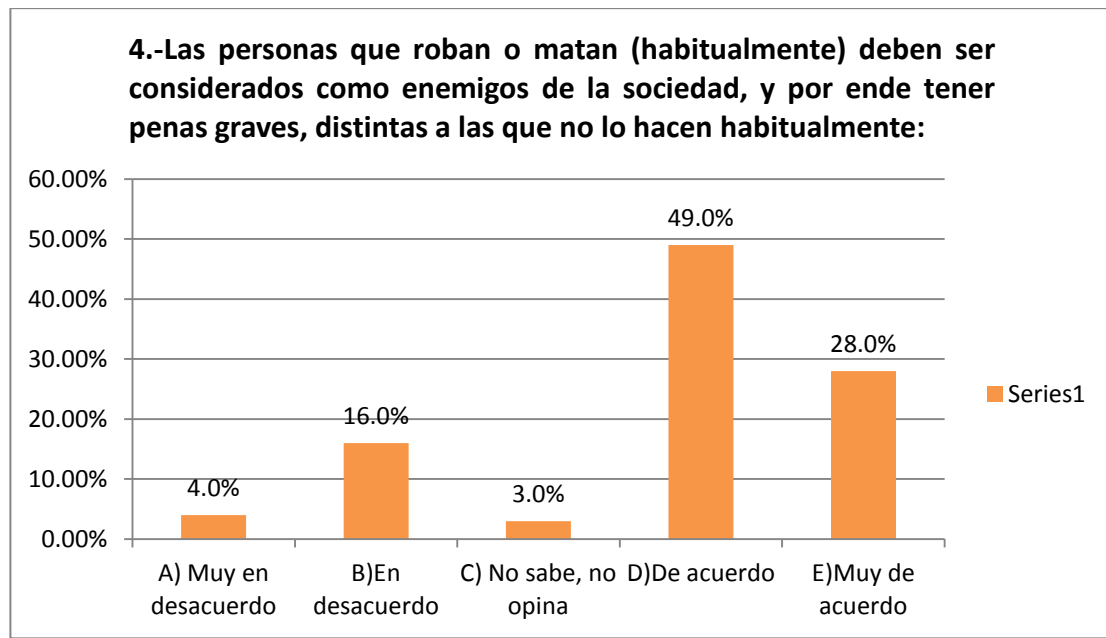
Del presente cuadro podemos decir que las personas encuestas se encuentran en desacuerdo en que en el Estado Peruano no existe pleno respeto de los derechos fundamentales de las personas, es así que las personas que se encuentran en desacuerdo corresponden al 75.0%, y en cuanto a las personas que están de acuerdo en que si se respetan los derechos fundamentales en el Estado peruano equivalen al 23.0%, sobre las personas que se reservan su derecho de opinar solo representan el 2% de la muestra.

Es así que entendemos que las personas realmente consideran que dentro de nuestro Estado no existe un respeto de los derechos fundamentales, porque es el propio Estado Peruano quien los vulnera, y no cumple su obligación de respetar y salvaguardar los derechos de los ciudadanos, tal cual está amparado en la Constitución Política del Estado Peruano.

CUADRO N° 04

ALTERNATIVA	N°	%
Muy en desacuerdo	4	4.0%
En desacuerdo	16	16.0%
No sabe no opina	3	3.0%
De acuerdo	49	49.0%
Muy de acuerdo	28	28.0%
TOTAL	100	100%

GRÁFICO N° 04



FUENTE: Encuesta octubre 2015

DESCRIPCIÓN

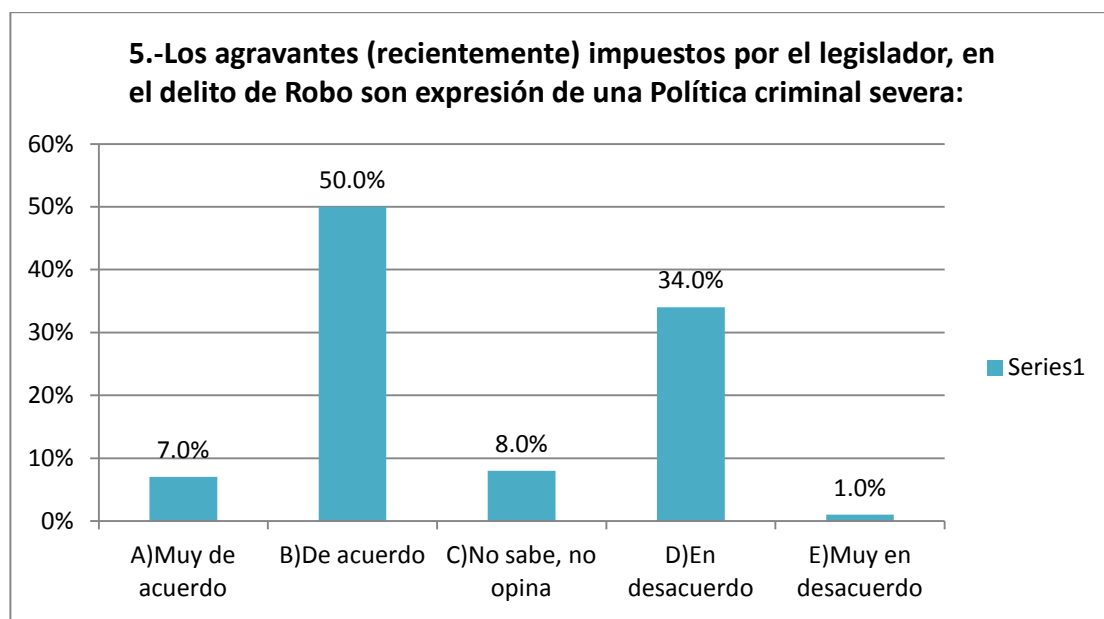
En el presente cuadro, se ve radicalmente la tendencia de estar a favor o de acuerdo en un 77.0%, en que debe existir una diferenciación entre los criminales que roban o matan (habitualmente) considerarlos como enemigos de la sociedad y tener penas graves, y que tan solo el 20.0% que se considera en desacuerdo, de igual manera existe un 3.0% que se reserva su derecho a opinar.

Este cuadro representa que la percepción de las personas en cuanto a la diferenciación de los criminales que realizan conductas delictivas graves como el robo y homicidio de manera habitual, deben ser castigados con penas mayores, por ser estos delitos execrables y una forma de vida delincuencial, que por los mismos resultados de la muestra, el sentir de los conocedores del Derecho es que se deben castigar de forma ejemplar a estos individuos, correspondiendo estas medidas a una política criminal severa, al aumentar las penas en los delitos de robo y homicidio.

CUADRO N° 05

ALTERNATIVA	N°	%
Muy de acuerdo	7	7.0%
De acuerdo	50	50.0%
No sabe no opina	8	8.0%
En desacuerdo	34	34.0%
Muy en desacuerdo	1	1.0%
TOTAL	100	100%

GRÁFICO N° 05



FUENTE: Encuesta octubre 2015

DESCRIPCIÓN

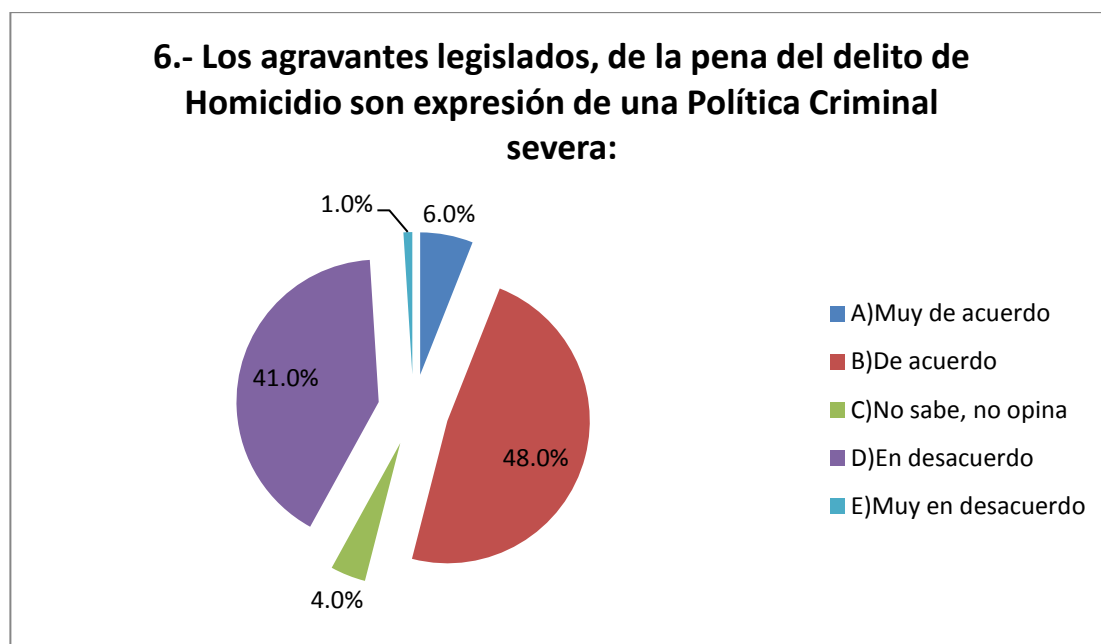
En el presente cuadro, debemos resaltar que las personas que se encuentran de acuerdo sobre que si los agravantes (recientemente) impuestos para el delito de Robo son expresión de una Política Criminal severa, es un 57.0%, de igual manera tenemos que las personas que están en desacuerdo con que no corresponden estos gravantes una política criminal severa, es de un 35.0% de los encuestados, de igual manera solo el 8.0% de la muestra señala que se reserva el derecho a opinar.

Claramente se aprecia que los conocedores del Derecho encuestados, por un porcentaje elevado (57.0%) consideran que el Estado Peruano a través de sus legisladores, toma medidas severas sobre el delito de Robo, condicionando su forma agravada con penas mayores, al delito tipo base; es decir que esta medida son parte de una Política Criminal severa del Estado Peruano para combatir la incidencia del delito de Robo, y castigarlo con pena graves para que disminuya la comisión del mismo en la sociedad peruana.

CUADRO N° 06

ALTERNATIVA	N°	%
Muy de acuerdo	6	6.0%
De acuerdo	48	48.0%
No sabe no opina	4	4.0%
En desacuerdo	41	41.0%
Muy en desacuerdo	1	1.0%
TOTAL	100	100%

GRÁFICO N° 06



FUENTE: Encuesta octubre 2015

DESCRIPCIÓN

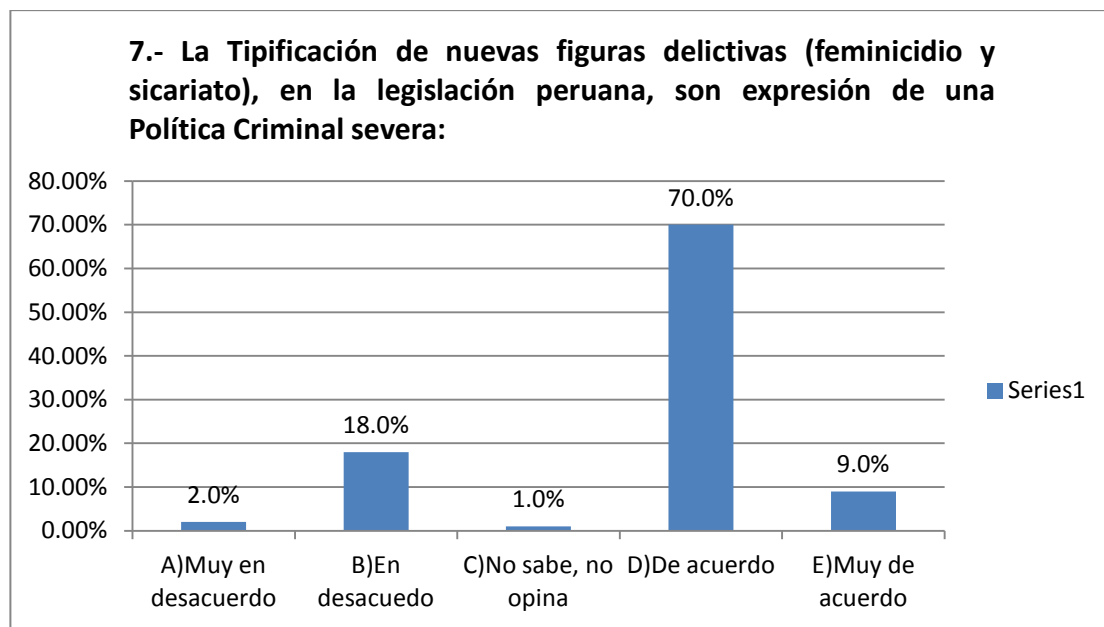
En el presente cuadro las personas encuestadas respondieron en un 54.0% que se encuentran de acuerdo que los agravantes legislados para la pena del delito de Homicidio son expresión de una Política Criminal severa, de igual manera tenemos que el índice de personas que señalan en estar en desacuerdo con la presente pregunta es de sólo el 44.0%, y un 4.0% personas que no sabe o no opinan.

Esta pregunta nos da a conocer que las personas realmente sienten que el Estado tiene una política criminal severa para el delito de homicidio, o sea que existe medidas rigurosas para este tipo de delito, con el afán de que se disminuya la incidencia de este Delito, al hablar de agravantes legislados, es considerar dentro de la legislación u ordenamiento jurídico penal pena excesivamente graves al tener el tipo base (homicidio) agravantes.

CUADRO N° 07

ALTERNATIVA	N°	%
Muy en desacuerdo	2	2.0%
En desacuerdo	18	18.0%
No sabe no opina	1	1.0%
De acuerdo	70	70.0%
Muy de acuerdo	9	9.0%
TOTAL	100	100%

GRÁFICO N° 07



FUENTE: Encuesta octubre 2015

DESCRIPCIÓN

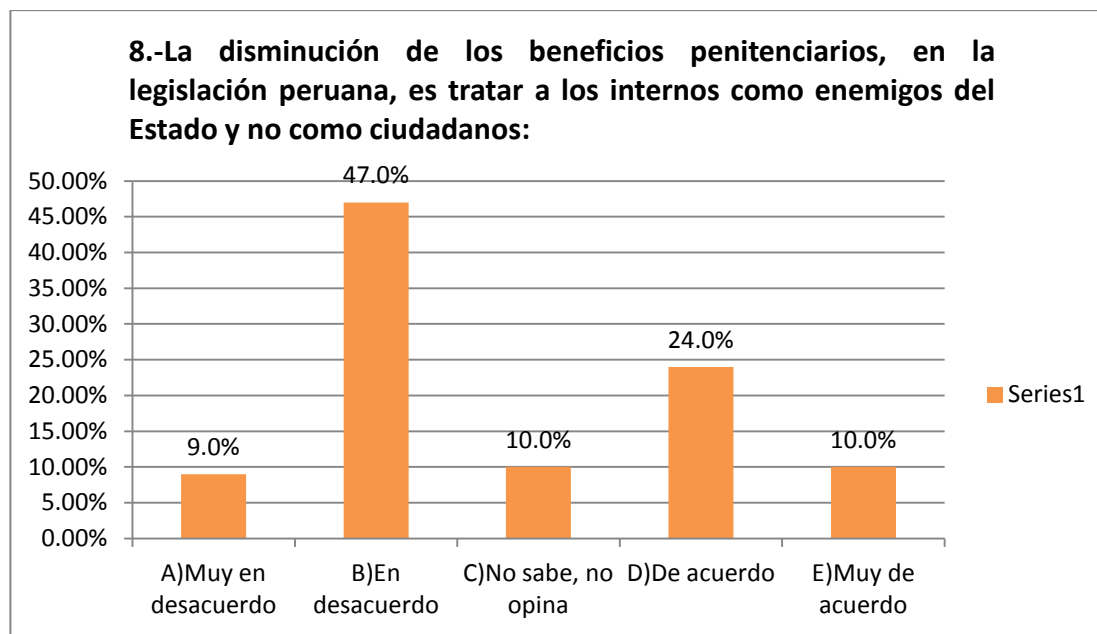
En el presente cuadro se observa que existe un respuesta mayoritaria en cuanto a personas que están de acuerdo con que la tipificación de nuevas figuras delictivas, corresponden una política criminal severa, ya que se expresa en un 79.0%, en cuanto a las personas que están en desacuerdo con esta afirmación es de tan solo 20.0% de la muestra, y de los cuales tan solo el 1.0% se reserva el derecho a opinar.

Las políticas que toma el Estado Peruano, para frenar la delincuencia es severa, ya que esta tipificando las nuevas conductas delictivas de los ciudadanos, reprimiéndolas con penas severas, esto se debe principalmente a la influencia de los medios de comunicación en los legisladores, la conmoción social de la muerte de mujeres por parte de sus parejas, dio la idea al legislador de incorporar una nueva tipificación de homicidio-parricidio (tipo base) para que se considere al feminicidio por ser la condición del sujeto pasivo el de una mujer, de igual manera, el contexto social de asesinatos por mandato, generó la incorporación de la figura del sicariato dentro de nuestro ordenamiento jurídico penal; todos estas nuevas tipificaciones, se dan a raíz de nuevas conductas delictivas específicas, y forman parte de la Política Criminal severa del Estado peruano al reprimir estas conductas con penas mayores que sus tipos base.

CUADRO N° 08

ALTERNATIVA	N°	%
Muy en desacuerdo	9	9.0%
En desacuerdo	47	47.0%
No sabe no opina	10	10.0%
De acuerdo	24	24.0%
Muy de acuerdo	10	10.0%
TOTAL	100	100%

GRÁFICO N° 08



FUENTE: Encuesta octubre 2015

DESCRIPCIÓN

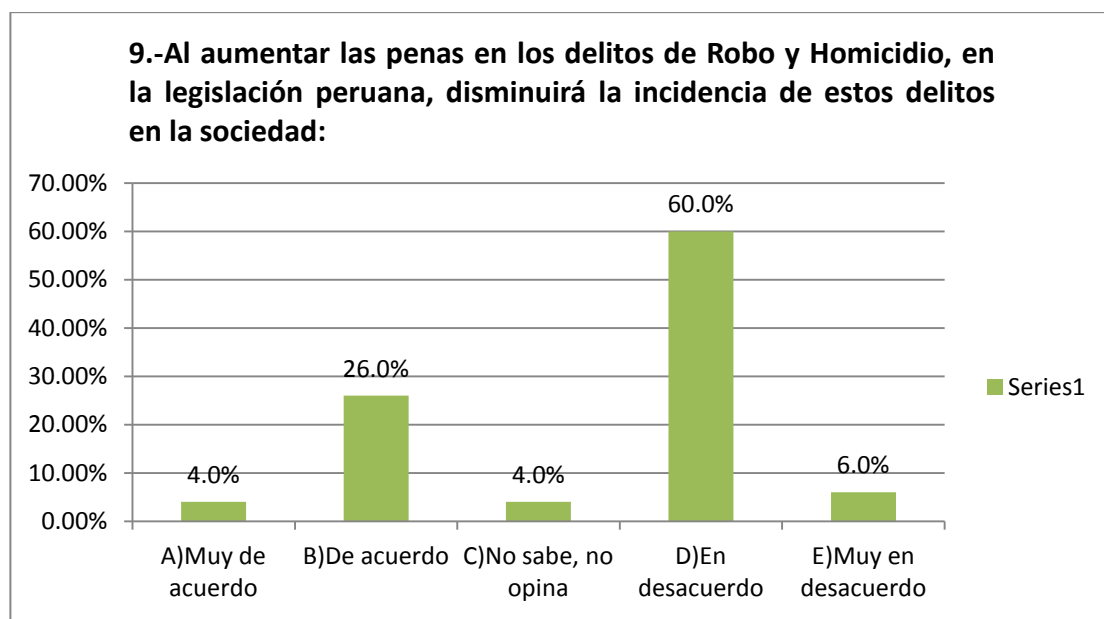
En el presente cuadro las personas que están en desacuerdo con que en la legislación peruana a los internos se trata como enemigos es del 56.0%, en cambio las personas que se encuentran de acuerdo corresponden a un 34.0%, resultando un gran índice de encuestados que realmente sienten que al disminuir los beneficios penitenciarios no existe una diferenciación entre enemigos del Estado y ciudadanos, de igual manera hubo el 10.0% de encuestados que se reservaron el derecho a opinar.

Es por eso que entendemos que la percepción de las personas encuestadas es que el Estado Peruano no realiza un acto discriminatorio al disminuir los beneficios penitenciarios para determinados delitos, sino que trata a todos los sentenciados de igual manera, siendo no considerado esta medida como una política criminal severa, y no existe una degradación de ciudadano a enemigo de la sociedad, según la percepción de los encuestados.

CUADRO N° 09

ALTERNATIVA	N°	%
Muy de acuerdo	4	4%
De acuerdo	26	26.0%
No sabe no opina	4	4%
En desacuerdo	60	60.0%
Muy en desacuerdo	6	6%
TOTAL	100	100%

GRÁFICO N° 09



FUENTE: Encuesta octubre 2015

DESCRIPCIÓN

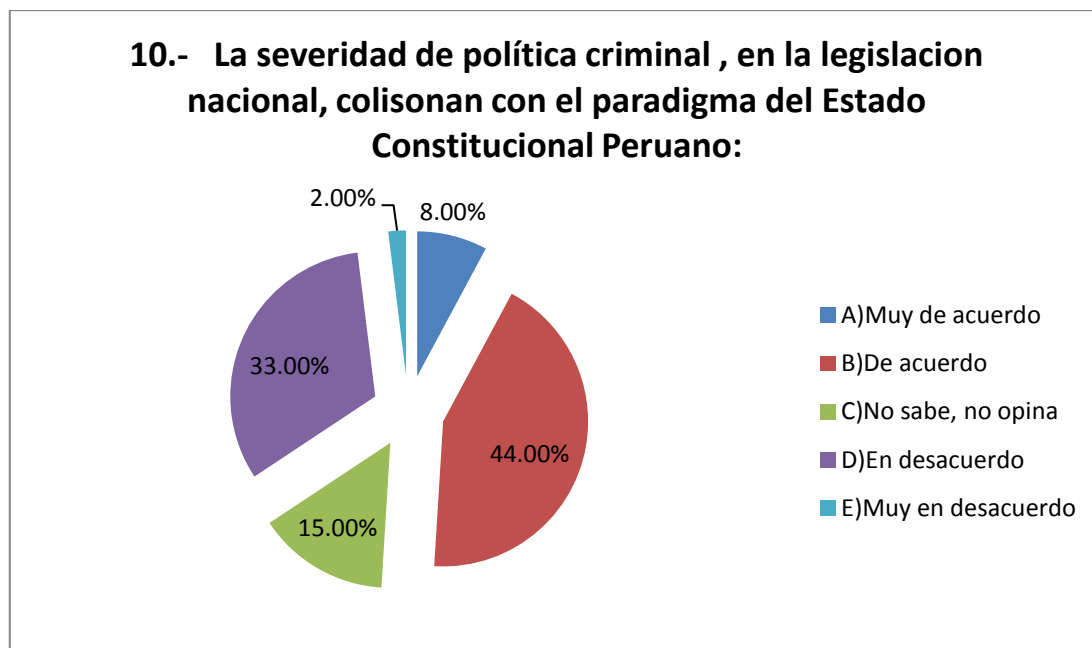
En el presente cuadro la tendencia de las personas encuestadas es estar en desacuerdo en un 66.0%, y tan solo un 30.0% de acuerdo; debemos decir que esto hace notar que las personas realmente no creen que al aumentar las penas en los delitos de robo y homicidio sea la solución para que se dejen de cometer este tipo de delitos, asimismo solo el 4.0% de los encuestados se reservó el derecho a opinar.

Se puede colegir, que los encuestados realmente no sienten que las políticas criminales optadas por el Estado Peruano sean óptimas, en este caso el aumento de las penas en el delito de Robo y Homicidio, ya que no es suficiente para poder frenar la incidencia de estos delitos; la percepción de los encuestados deja mucho que desear puesto que no considera que el Estado tenga un poder disuasivo a través del aumento de las penas en los delitos antes mencionado, y que tampoco es la solución este incremento significativo, ya que estos delitos son de incidencia habitual.

CUADRO N° 10

ALTERNATIVA	N°	%
Muy de acuerdo	8	8.0%
De acuerdo	44	44.0%
No sabe no opina	15	15.0%
En desacuerdo	31	31.0%
Muy en desacuerdo	2	2.0%
TOTAL	100	100%

GRÁFICO N° 10



FUENTE: Encuesta octubre 2015

DESCRIPCIÓN

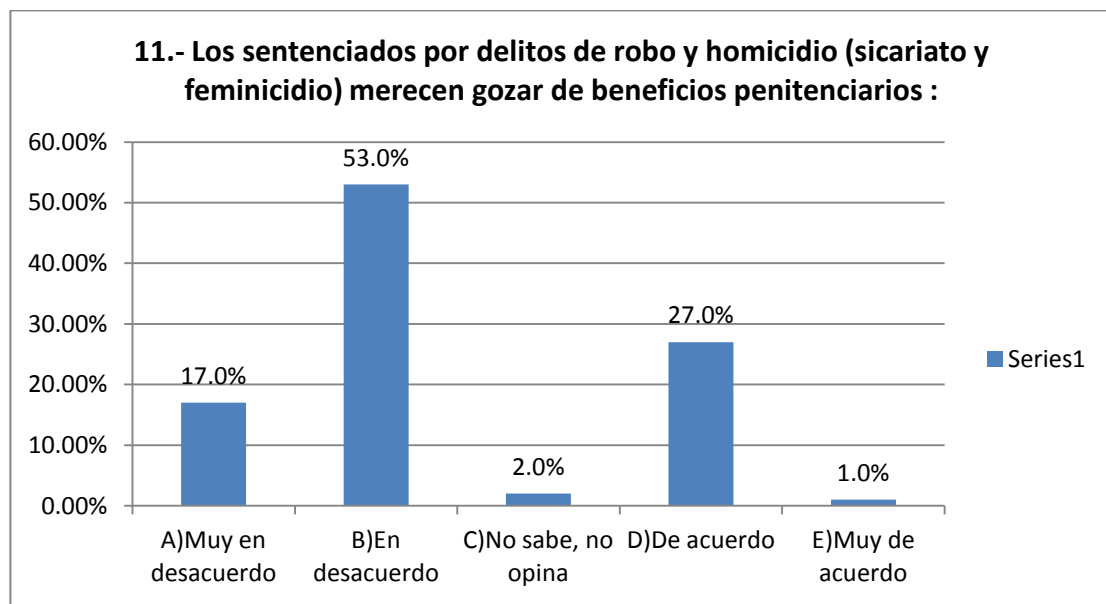
En el siguiente cuadro, apreciamos que los encuestados en su mayoría 52.0%, señalan que están de acuerdo en que la política criminal severa, colisiona con el paradigma del Estado Constitucional Peruano, y que tan solo el 33.0% considera lo contrario, asimismo el 15.0% de los encuestados se reserva el derecho a opinar, siendo una cifra considerable.

Realmente notamos que los encuestados en su gran mayoría considera que existe una colisión entre la Política Criminal severa de nuestro Estado con el paradigma de Estado Constitucional, que es el respeto de la Constitución material, siendo un pilar fundamental dentro de la investigación la percepción sobre la severidad de nuestra política criminal dentro de un ideal de Estado que vendría hacer el Estado Constitucional.

CUADRO N° 11

ALTERNATIVA	N°	%
Muy en desacuerdo	17	17.0%
En desacuerdo	53	53.0%
No sabe no opina	2	2%
De acuerdo	27	27.0%
Muy de acuerdo	1	1.0%
TOTAL	100	100%

GRÁFICO N° 11



FUENTE: Encuesta octubre 2015

DESCRIPCIÓN

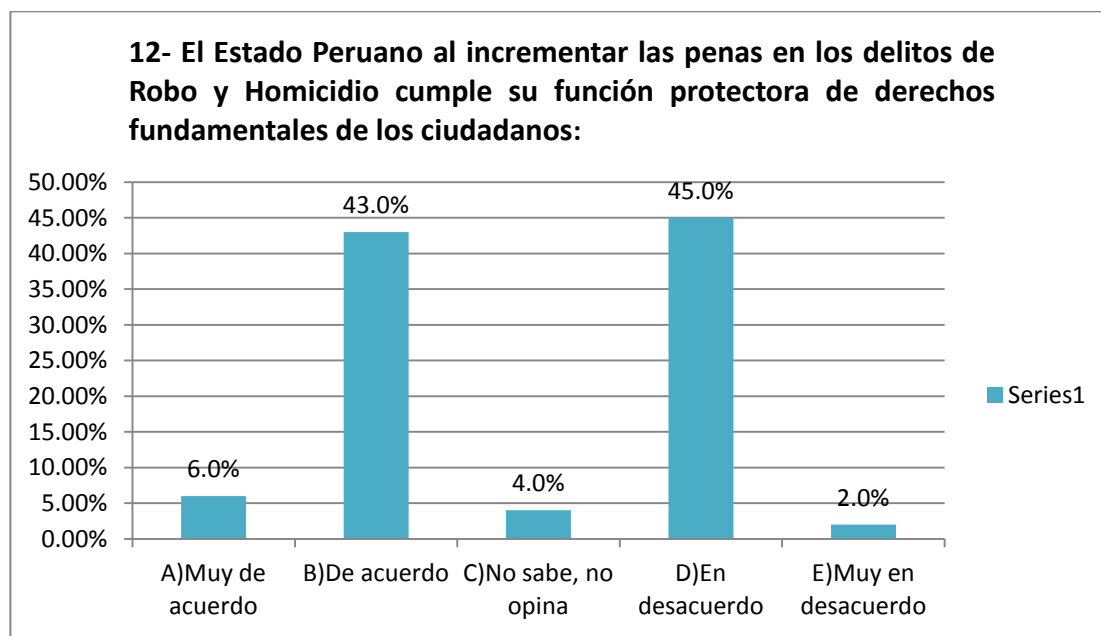
En el presente cuadro notamos que la respuesta de las personas encuestadas en su gran mayoría están en desacuerdo 70.0%, en que los sentenciados por los delitos de robo y homicidio no merecen gozar de beneficios penitenciarios, asimismo sólo el 28.0% de los encuestados está de acuerdo con esta afirmación, eso quiere decir que no deben gozar de beneficios penitenciarios estos delincuentes, además que tan sólo el 2.0% de los encuestados se reserva el derecho a opinar.

La tendencia de los encuestados de que las personas que cometen los delitos de robo, homicidio (sicariato y feminicidio) no deben de gozar beneficios penitenciaros es la expresión del sentir de las personas que desean que estos sujetos no salgan de los establecimientos penitenciarios, hasta que hayan cumplido su pena a cabalidad, esta percepción es un rasgo característico de una Política Criminal severa que es respaldada por la misma sociedad, en cuanto ya existen delitos que no gozan de beneficios penitenciarios como es el sicariato. Esta pregunta solo hace reflexionar que los encuestados no creen en la rehabilitación o segundas oportunidades a los sentenciados por estos delitos, ya que para la sociedad al existir incidencia en ellos quieren justicia y que los sentenciados pagan por su delito y que no tengan ningún beneficio.

CUADRO N° 12

ALTERNATIVA	N°	%
Muy de acuerdo	6	6.0%
De acuerdo	43	43.0%
No sabe no opina	4	4.0%
En desacuerdo	45	45.0%
Muy en desacuerdo	2	2.0%
TOTAL	100	100%

GRÁFICO N° 12



FUENTE: Encuesta octubre 2015

DESCRIPCIÓN

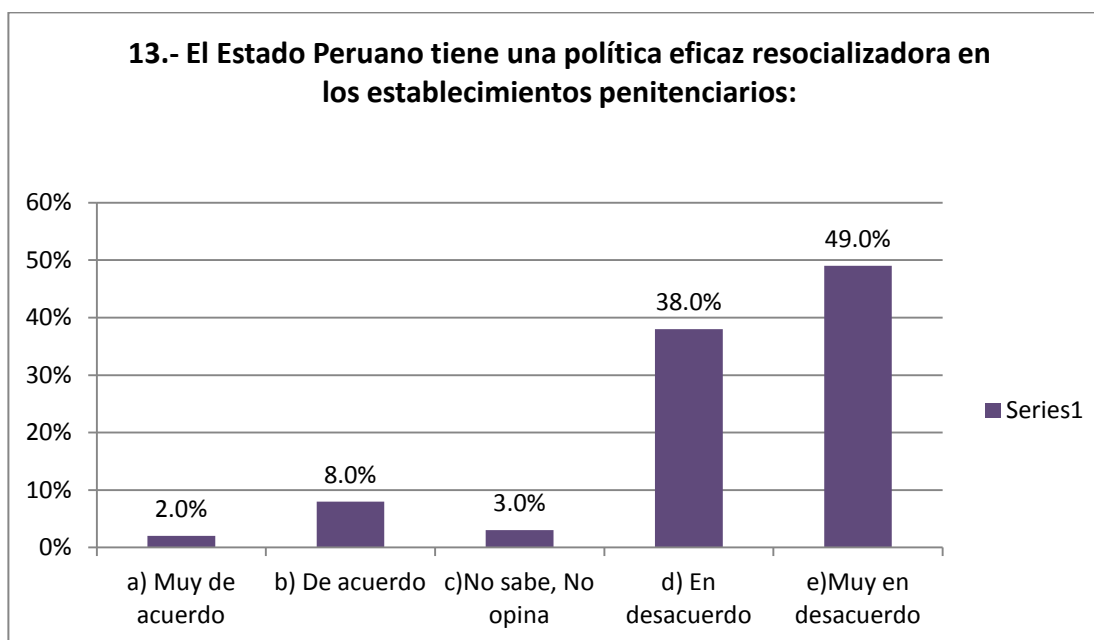
En el presente cuadro se aprecia que existen dos posiciones muy marcadas ya que las personas encuestadas que están de acuerdo 49.0% y en desacuerdo el 47.0%, reservándose su derecho a opinar tan solo el 4.0% de los encuestados.

Eso quiere decir que el Estado Peruano al incrementar penas en los delitos de robo y homicidio no cumple con su función protectora de derechos fundamentales para la mayoría de los ciudadanos, sino que deben existir otros factores que intervengan en asegurar a las personas con la protección de sus derechos fundamentales, existe una deficiencia en cuanto a la Política Criminal del Estado peruano, porque no basta sólo incrementar las penas, sino que la sensación de inseguridad de las personas es grande.

CUADRO N° 13

ALTERNATIVA	N°	%
Muy de acuerdo	2	2.0%
De acuerdo	8	8.0%
No sabe no opina	3	3.0%
En desacuerdo	38	38.0%
Muy en desacuerdo	49	49.0%
TOTAL	100	100%

GRÁFICO N° 13



FUENTE: Encuesta octubre 2015

DESCRIPCIÓN

En el presente cuadro podemos apreciar que es tajante la percepción de las personas porque el 87.0% de los encuestados señaló que están en desacuerdo, ya que no existe por parte del Estado peruano una política resocializadora en los establecimientos penitenciarios, y tan solo el 10.0% de los encuestados esta desacuerdo en que si existe una política resocializadora, asimismo tan solo el 3.0% de los encuestados se reservó el derecho a opinar.

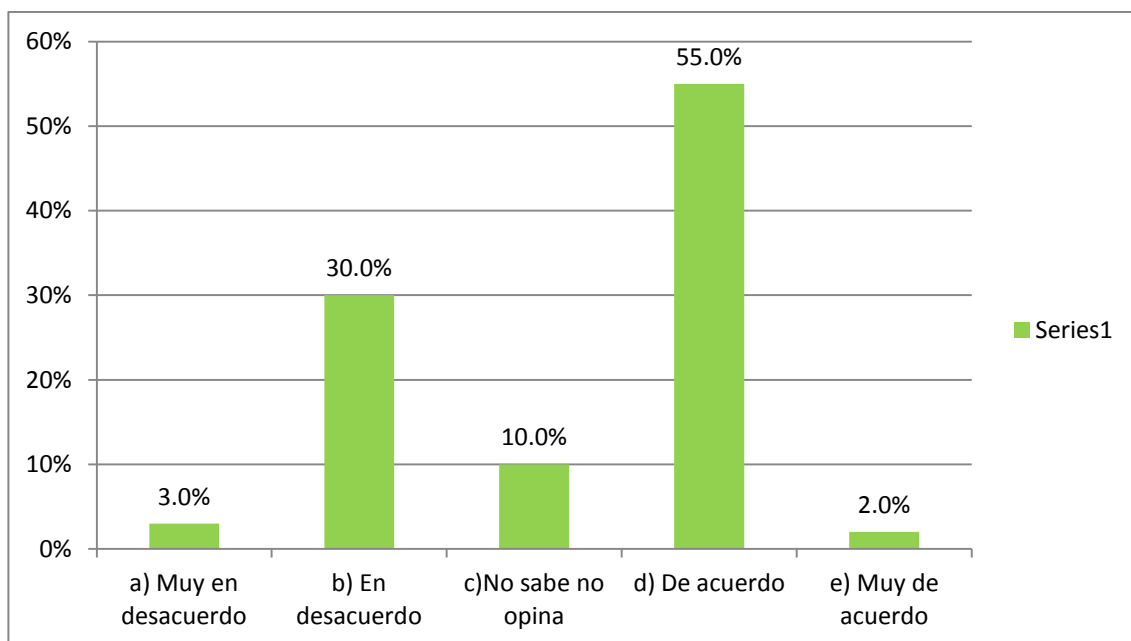
Los encuestados son tajantes en cuanto a que el Estado Peruano, al estar en desacuerdo ya que para ellos el Estado no tiene una política resocializadora, ya que en la realidad los sentenciados que cumple su pena y salen en libertad, no han sido rehabilitados o reinsertados de manera idónea a la sociedad, y es por eso que vuelven a cometer actos delictivos.

CUADRO N° 14

ALTERNATIVA	N°	%
Muy en desacuerdo	3	3.0%
En desacuerdo	30	30.0%
No sabe no opina	10	10.0%
De acuerdo	55	55.0%
Muy de acuerdo	2	2.0%
TOTAL	100	100%

GRÁFICO N°14

14.La modificación paulatina del artículo 46° del Código de Ejecución Penal “Casos Especiales de Redención” *En los casos de internos primarios que hayan cometido los delitos previstos en los artículos 108-B, 121, 121-A, 121-B, 152, 186, 189(...), del Código Penal, la redención de pena por el trabajo o la educación se realiza a razón de un día de pena por cinco días de labor o estudios efectivos (...). Es parte de una política criminal severa:*



FUENTE: Encuesta octubre 2015

DESCRIPCIÓN

En el presente cuadro se puede apreciar que 57.0% de los encuestados están de acuerdo que la modificación de la redención de la pena por trabajo y estudio dentro del ordenamiento jurídico peruano corresponda a una política criminal severa, y tan sólo el 33.0% está en desacuerdo que no constituye esta medida una Política criminal severa, asimismo solo el 2.0% de los encuestados se reservó el Derecho a opinar.

La tendencia de los encuestados es muy marcada al estar de acuerdo en que la modificación del artículo 46° del Código de Ejecución Penal corresponde a una medida criminal severa, en base a que para determinados delitos de incidencia mayoritaria en la realidad y por ser estos execrables para la sociedad, como el sicariato, feminicidio, robo agravado, deben ser modificadas las redención de trabajo y estudio. A todas luces para que sea más difícil la obtención de estos beneficios.

10.3. ENTREVISTA A FISCALES Y JUECES ESPECIALIZADO EN LO PENAL SOBRE SU PERCEPCION SOBRE LA PROBLEMÁTICA DE LA INVESTIGACIÓN.

Se realizó una entrevista a jueces especializados en lo penal, para tener una visión más amplia sobre su percepción sobre la Política Criminal del Estado Peruano, si realmente se considera que el Perú es un Estado Constitucional y por ende ser parte de la tendencia Neoconstitucionalista.

Todo esto se consideró pertinente para obtener la percepción de la realidad de los operadores de justicia, para tener una percepción especializada del tema de investigación.

SUBCAPÍTULO II

VERIFICACIÓN Y/O CONTRASTACIÓN DE HIPÓTESIS

4. PRIMERA HIPÓTESIS ESPECÍFICA

La primera hipótesis específica plantea

“Los agravantes de las penas en delitos Robo y Homicidio; la Tipificación de nuevas figuras delictivas como el sicariato y feminicidio, son expresión de una Política Criminal severa.”

En el cuadro N° 05 se ha podido apreciar que la respuesta de los encuestados en su gran mayoría sobre si es que los agravantes impuestos para el delito de Robo corresponden a una expresión de Política Criminal severa, siendo la respuesta contundente en su mayoría llegando al 57.0% ; de igual manera en el Cuadro N° 06 en donde se le pregunta a los encuestados sobre si es que los agravantes de la pena del delito de Homicidio son expresión de una política criminal severa llegando al 54.0% , congruente con el Cuadro N° 07 del cuestionario que en porcentajes se aprecia que es el 79.0% de personas consideran que la tipificación de nuevas figuras delictivas (feminicidio y sicariato) son expresión de una Política Criminal severa, siendo un porcentaje elevado.

La comprobación de esta hipótesis a través de las encuestas realizadas, da una perspectiva del sentir de los encuestados sobre la severidad de la política criminal y las medidas que opta el Estado Peruano, y que son expresión de una Política Criminal severa al agravar las penas de los delitos de Robo y Homicidio, además de la tipificación del feminicidio y sicariato.

Por lo tanto, se procede a **confirmar la hipótesis**, en el sentido que los agravantes de las penas en delitos Robo y Homicidio; la Tipificación de nuevas figuras delictivas, son expresión de una Política Criminal severa.

5. SEGUNDA HIPOTESIS ESPECÍFICA

La segunda hipótesis del presente trabajo de investigación, se refiere:

“La reducción de los beneficios penitenciarios son expresión del derecho penal del enemigo, porque no existe una adecuada política criminal resocializadora”

Los resultados expresados en el Cuadro N°08, refleja claramente que las personas se encuentran en desacuerdo en el sentido de que la disminución de los beneficios penitenciarios, en la legislación peruana, es tratar a los internos como enemigos del Estado y no como ciudadanos, llegando a significar el 56% de personas que están en desacuerdo con esta afirmación. Asimismo en el Cuadro N° 11, el cual tiene como resultado un 70% de encuestados que se encuentran en desacuerdo de que los sentenciados por delitos de robo y homicidio no merecen gozar de beneficios penitenciarios.

Esto quiere decir que realmente existe una percepción por parte de la sociedad, de que las personas que cometen delitos no deben gozar de beneficios penitenciarios, ya que son considerados enemigos del Estado; asimismo que al disminuir los beneficios penitenciarios no se hace una diferenciación entre ciudadanos y enemigos (delincuentes habituales), sino que para los encuestados esto es una medida coercitiva normal y no discriminativa.

Sobre el Cuadro N°13, los resultados señalan que el 87.0% de los encuestados está en desacuerdo sobre que el Estado peruano no tiene una política eficaz resocializadora en los establecimiento penitenciarios, siendo esta respuesta contundente, al ser una deficiencia de nuestro Estado; en lo que concierne al Cuadro N° 14 sobre la modificación paulatina del artículo 46° del Código de Ejecución Penal sobre casos especiales de redención de la pena por trabajo y educación, los resultados señalan que el 57% de los encuestados está de acuerdo que esta medida corresponde a una expresión de la Política Criminal severa del Estado Peruano.

Por lo tanto, se procede a **confirmar la hipótesis**, en el sentido que plantea que la disminución de los beneficios penitenciarios son expresión del derecho penal del enemigo.

6. HIPOTESIS GENERAL

Finalmente, la hipótesis general postula:

“Los agravantes de las penas de los delitos de robo y homicidio; la Tipificación de nuevas figuras delictivas como el sicariato y feminicidio, la limitación de beneficios penitenciarios, son expresión de una Política Criminal severa, colisionan con el Paradigma del Estado Constitucional”

Los resultados planteados en la hipótesis específicas confirman la hipótesis general, ya que la primera hipótesis confirma que los agravantes de las penas en delitos Robo y Homicidio; la tipificación de nuevas figuras delictivas como el sicariato y feminicidio, son expresión de una Política Criminal severa, y la segunda hipótesis que la reducción de los beneficios penitenciarios son expresión del derecho penal del enemigo, porque para determinados delitos se puede beneficiarse con los beneficios penitenciarios y para otros no, asimismo que para llegar a estos beneficios cada vez se hace más complicada la redención de la pena por trabajo y estudio, además de no existir una adecuada política resocializadora en los establecimientos penitenciarios.

Tanto los agravamientos de las penas en los delitos de robo y homicidio, la tipificación de nuevas figuras delictivas como son el feminicidio y sicariato, la disminución de beneficios penitenciarios, son realmente una expresión de una política criminal severa que es adoptada por el Estado peruano, el cual a través de sus características se encuentra dentro de un Estado Constitucional de manera formal mas no material, ya que existen tendencias de Derecho Penal del Enemigo en el Ordenamiento jurídico Penal.

Por lo tanto, se procede a **confirmar la hipótesis**, en el sentido de que existe una política criminal severa adoptada por el Estado Constitucional Peruano, violando derechos de los ciudadanos al ser considerados como enemigos de la sociedad, siendo tratados de manera distinta los sentenciados a delitos execrables o de mayor incidencia como son los delitos de robo agravado, homicidio y dentro de las nuevas figuras delictivas que son fuertemente castigadas por el Estado el feminicidio y sicariato.

CONCLUSIONES

En la presente investigación se arriba las siguientes conclusiones:

PRIMERA.- En nuestra legislación penal, existe una tendencia de agravar las penas en los delitos de robo y homicidio, con un afán disuasivo no dando resultados en la realidad; dentro de estas nuevas medidas adoptadas por el Estado peruano se han creado las figuras delictiva del Femicidio y Sicariato, por la incidencia de estas nuevas conductas delictivas en nuestro país, aun que éstas se desglosan del delito de Homicidio; todas estas medidas claramente son consecuencia de una Política Criminal severa que opta el Estado Peruano para frenar la incidencia y comisión de este tipo de delitos. Las medidas que son optadas por el Estado peruano son claramente el reflejo de un Derecho Penal del Enemigo, que directamente colisionan con el Estado Constitucional Peruano. El Estado tiene que salvaguardar los derechos de los ciudadanos, ponderando los derechos de la sociedad, con los derechos de los delincuentes, para que exista un clima de paz en justicia.

SEGUNDA.- Asimismo, consideramos que el Estado Peruano al disminuir los beneficios penitenciarios, está claramente recortando garantías y derechos de los sentenciados por delitos como robo y homicidio, sicariato y feminicidios; en este caso existe una vulneración grave de sus derechos, ya que son considerados como “enemigos de la sociedad”, termino acopiado por el Derecho Penal del Enemigo, es así que se concluye con que realmente el Estado peruano vulnera derechos fundamentales de los “enemigos”, al tratar de proteger a los demás ciudadanos que integramos el Estado. Estas tendencias del Derecho Penal del Enemigo colisionan directamente con el Estado Constitucional peruano de manera solo formal, ya que en la realidad el Estado es el principal vulnerador de derechos constitucionales ya que al limitar el acceso a los beneficios penitenciarios está violando el Derecho Constitucional artículo 139° numeral 22, el cual habla del principio de que el régimen penitenciario tiene por objeto la reeducación, rehabilitación y reincorporación del penado en la sociedad; porque está disminuyendo o limitando el medio para poder llegar al fin.

TERCERA.- Finalmente podemos decir que en nuestro Estado, se puede considerar que está dentro de un Estado Constitucional porque se encuentra dentro de la corriente Neoconstitucionalista, al ser una Constitución post-Segunda Guerra mundial y tener un decálogo de derechos fundamentales; asimismo que en la realidad, el Estado optada políticas criminales severas, para poder combatir el crimen, es así que agrava las penas en los delitos de mayor incidencia (robo y homicidio), crear nuevas figuras delictivas (feminicidio y sicariato) y disminuir los beneficios penitenciarios, haciendo menos accesible a los sentenciados la obtención de los mismos, dependiendo del delito que han cometido, haciendo una clara discriminación; de igual manera que no existe por parte del Estado una Política Penitenciaria Resocializadora eficaz, ya que los internos de los establecimientos penitenciarios al ser liberados no llegan a reinsertarse o resocializarse (vivir sin cometer delitos) por que durante el tiempo de su reclusión el Estado no cumplió con darle las herramientas necesarias para su reeducación, resocialización y reinsertión a la sociedad; todas estas características corresponde a un Derecho Penal del Enemigo, que colisiona en la realidad con un supuesto “Estado Constitucional Peruano”, es decir, se vulneran derechos por un Estado que debería velar por la protección de éstos.

PRIMERA RECOMENDACIÓN

Existe en nuestro país un reconocimiento formal de ser considerado un Estado Constitucional de Derecho, es así que el respeto material de la Constitución debería primar en todo campo del Estado. Es por eso que al adoptar tendencias de Derecho Penal del Enemigo (Política Criminal Severa), para poder combatir el crimen, aumentando penas en los delitos de mayor incidencia como son el robo y homicidio, asimismo crear nuevas figuras delictivas como el feminicidio y sicariato, y la disminución de beneficios penitenciarios, haciendo más difícil la obtención de los mismos por parte de los sentenciados; realmente están atentando contra los derechos fundamentales de las personas que integramos el Estado peruano; es por eso que el Estado realmente debe comenzar a ser garantista, a respetar los derechos fundamentales de la personas; ser un Estado Constitucional no sólo formal sino material, en donde el respeto de los derechos, la dignidad de las personas sea un pilar del propio Estado, y no ser un Estado sancionador con graves tendencias de Derecho Penal del Enemigo.

El Estado debe dejar de decir que es un Estado que protege y respeta los derechos, ya que en su sistema penal, las normas, políticas criminales que optan para combatir el crimen, son claramente colisionantes con el Estado Constitucional propiamente dicho.

Se hace la recomendación extensiva al Ministerio de Justicia y Derechos Humanos, que es el órgano del Estado peruano que debe velar por el respeto de los Derechos Humanos, el cual debe defender los derechos fundamentales de las personas regulando las políticas criminales del Estado que no colisionen con ningún derecho fundamental, que exista una barrera de protección de los mismo, en donde por un lado se ejerza una política criminal eficaz, sin vulnerar derechos fundamentales.

Asimismo se recomienda al Poder Ejecutivo que imponga una nueva Política Criminal basada en los pilares resocializadores, y reeducadores conforme los mandatos de la Constitución, que no sólo se agraven las penas en los delitos de robo y homicidio, sino que del otro lado del cumplimiento de la pena, exista un adecuado modelo penitenciario que ayude a los sentenciados en un futuro poder ser

reinsertados a la sociedad; de igual manera que haya un filtro en la creación o tipificación de nuevas figuras delictivas que vayan acorde con la realidad social y política de nuestro Estado y no sólo sean creadas nuevas figuras delictivas por la intervención o presión de los medios de comunicación.

En la misma línea de ideas el Poder Ejecutivo debe atacar el problema de comisión de delitos, desde la infancia; es decir, concientizar a los niños, jóvenes las consecuencias de sus acciones, dentro de la sociedad, como ente de cambio la educación de las nuevas generaciones hará que nuestra sociedad mejore, en el sentido de que las personas cumplan con la ley, respeten los mandado del Estado, y que el Estado mismo cumpla con respetar todos los derechos fundamentales de los ciudadanos peruanos.

SEGUNDA RECOMENDACIÓN

Además de la recomendación a nivel social y político, se hace una propuesta legislativa la cual tiene como fin de modificar los artículo 46° del Código de Ejecución Penal Peruano, el cual está vinculado con la redención de la pena por trabajo y estudio en determinados delitos, asimismo la derogación del artículo 108-B y 108-A del Código Penal peruano, los cuales corresponden a figuras delictivas nuevas que tiene dentro de sus agravantes la cadena perpetua como pena máxima.

Por estas consideraciones se propone:

1) PROYECTO DE LEY QUE MODIFICA EL ARTÍCULO 46° DEL CÓDIGO DE EJECUCIÓN PENAL

FÓRMULA LEGAL

ARTÍCULO 1. OBJETO DE LA LEY

La presente ley tiene por objeto modificar el artículo 46° del Código de Ejecución Penal, para dejar de limitar el acceso a los beneficios penitenciarios en determinados delitos, siendo esto un acto discriminatorio.

ARTÍCULO 2.- MODIFIQUESE EL ARTÍCULO 46° DEL CÓDIGO DE EJECUCIÓN PENAL

Modifíquese por la presente ley el artículo 46° del Código de Ejecución Penal, en los siguientes términos:

“En los casos de los internos primarios que hayan cometido los delitos previstos en los artículos 107,108-B,121, 121-A, 121-B, 152, 186, 189, 195, 200, 279, 279-A, 279-b, 317, 317-a, 325, 326, 327, 328,329, 330, 331, 332 y 346 del Código Penal, la redención de pena por el trabajo o la educación se realiza a razón de un día de pena por tres días de labor o estudios efectivos, en su caso.

Los reincidentes y habituales en el delito redimen la pena mediante el trabajo y educación a razón de un día de pena por cuatro días de trabajo o estudio efectivo, según sea el caso.

De conformidad con lo establecidos en el segundo párrafo del artículo 46-B y el primer párrafo del artículo 46-C del Código penal, en los casos previstos en los delitos señalados en los artículo 107, 108-B, 121, 121-A, 121-B, 152, 1486, 189, 195, 200, 279, 279-A, 279-B, 317, 317-A, 325, 326, 327, 328, 329, 330, 331, 332 y 346 del Código Penal, la redención de la pena mediante el trabajo o la educación se realiza a razón de un día de pena por cinco días de labor o estudios efectivo, en su caso.

ARTÍCULO 3.- VIGENCIA

La presente ley entra en vigencia al día siguiente de su publicación en el Diario Oficial el Peruano.

EXPOSICION DE MOTIVOS

En la coyuntura nacional peruana, se vive en gran zozobra por el clima de inseguridad que viven los ciudadanos, es así que el legislador para combatir de

forma severa el incremento desmesurado de la delincuencia y la criminalidad, ha comenzado a promulgar mayores leyes que agravan los delitos de mayor incidencia, en la sociedad; asimismo limitando el acceso a los beneficios penitenciarios en determinados delitos, siendo esto un acto discriminatorio y de vulneración del artículo 139° inciso 22 literal f) de la Constitución Política Peruana.

Asimismo con la modificación del artículo 46° del Código de Procedimiento Penales, se está beneficiando a los sentenciados en estos delitos para que puedan acceder fácilmente a los beneficios penitenciarios de semilibertad o liberación condicional porque la redención de pena por trabajo o estudio es más accesible a ellos.

Lo que se busca con la modificación del artículo 46° del Código de Ejecución Penal es que se reduzcan los días de trabajo y estudio para la redención de la pena en determinados delitos, haciendo más accesible a que puedan optar los beneficios penitenciarios de semilibertad y libertad condicional de cada caso.

De igual forma el Estado peruano debe comprometerse en la política resocializadora en los establecimientos penitenciarios, para que los sentenciados a estos delitos al ser beneficiarios de estos beneficios penitenciarios puedan salir a la sociedad con una condición cívica de responsabilidad, y humanidad para que puedan insertarse de manera óptima, y asegurándose de que no van a volver a delinquir.

Si bien es cierto existe una Sentencia del Tribunal Constitucional (*STC 0842-2003-HC/TC.FJ3*), que señala que los beneficios penitenciarios no deben ser considerados como derechos fundamentales; analizando esta sentencia podemos darnos cuenta que si el Estado Peruano, restringe, limita o disminuye el acceso de los beneficios penitenciarios para determinados delitos, está discriminando por razón del delito cometido el acceso de los beneficios penitenciarios a razón de la redención del trabajo o estudio; asimismo que si el Estado Peruano está vulnerando el derecho a ser reeducado, rehabilitado y reinsertado a la sociedad, porque está quitando los beneficios penitenciarios que son un medio para llegar al fin que es el cumplimiento del mencionado derecho constitucional.

ANÁLISIS COSTO BENEFICIO

La presente iniciativa no irroga gasto para el Estado Peruano ni contraviene alguna norma de mayor rango, sea así la Constitución, además que permitirá tener un reconocimiento de lo que significa un Estado Constitucional, en cumplimiento de los derechos fundamentales y de la materialización de nuestra Constitución Política Peruana.

2) PROYECTO DE LEY QUE DEROGA LOS ARTÍCULOS 108-B, 108-C y 108-D DEL CÓDIGO PENAL

FÓRMULA LEGAL

ARTÍCULO 1. OBJETO DE LA LEY

Mediante la presente ley se busca Derogar los artículos 108-B, 108-C y 108-D, del Código Penal Peruano, por constituir estas figuras delictivas repetitivas dentro del Código Penal.

ARTÍCULO 2.- DERÓGUESE EL ARTÍCULO 108-B, 108-C y 108-D DEL CÓDIGO PENAL

EXPOSICIÓN DE MOTIVOS

Los artículos 108-B del Código Penal Peruano, artículo incorporado por la Ley N° 30068, artículo 2°; y 108-C y 108-D del Código Penal Peruano, incorporado por el Decreto Legislativo N° 1181; los que constituyen figuras delictivas que ya se encuentran debidamente tipificadas en el Código Penal peruano, es decir, la nueva figura de Sicariato que corresponde al artículo 106° del Código Penal, correspondiente a Homicidio, también denominado Homicidio por mandato, Homicidio por lucro, o incitación al homicidio; asimismo el artículo 108-B, correspondiente a la figura delictiva del Femicidio, es sin otra duda, la figura ya

preconcebida de Parricidio, sólo que por la condición de mujer del sujeto pasivo del delito, es que se ha configurado esta nueva figura; porque en un contexto social y político de nuestro Estado se ha vivido excretos asesinados de mujeres a manos de sus parejas.

Asimismo lo particular de estas figuras delictivas que se incorporaron a la legislación penal peruana, se han realizado en los últimos años, por el gran impacto de los medios de comunicación en la población, que exigían penas más graves para los delincuentes que cometan este tipos de delitos; además de ser las penas elevadas en el Caso de Femicidio con agravantes, puede ser la pena hasta cadena perpetua, y en el caso de Sicariato con agravantes puede ser también de cadena perpetua. Sin duda las penas en estos delitos, son en caso de estar sujetas a agravantes de confinamiento perpetuo en un establecimiento penitenciario, en donde se carece de adecuadas técnicas de reinserción a la sociedad.

De igual manera se debe hacer un estudio exhaustivo del bien jurídico protegido, tanto en el caso de Sicariato como el de Femicidio, en el segundo claro está que es la vida humana de una mujer, pero en el primer caso también vendría ser la vida humana de un hombre al que lo mandaron a matar, y de acuerdo a los agravantes establecidos en el Código Penal peruano, se pueden llevar en los dos casos a la cadena perpetua, y particularmente en el caso de Femicidio a no poder gozar de beneficio penitenciario, contrariamente para el caso de Sicariato la redención de la pena por trabajo y estudio es de siete días de trabajo o estudio por un día de redención de la pena, siendo en los dos casos el bien jurídico vulnerado la vida, se considera que no existe una proporcionalidad en la pena, porque la condición de mujer es mayor que por la condición del agente, hablando de que el sujeto pasivo tenga un cargo público.

Para qué el Estado peruano va a incrementar las penas, crear nuevas figuras delictivas con penas realmente severas, política criminal severa, si está restringiendo el acceso a los sentenciados de beneficios penitenciarios, y asimismo que no cumple con los fines del sistema penitenciario que es la reeducación, rehabilitación y reincorporación del penado a la sociedad; si se limitan derechos, si se trata a los que cometen estos nuevos delitos como “enemigos del Estado”, a que

va a llegar el propio Estado, cual es el fin de la creación de éstas figuras delictivas, si no tienen un fin disuasivo y coercitivo en la población peruana.

ANALISIS COSTO BENEFICIO

La presente iniciativa no irroga gasto para el Estado Peruano ni contraviene alguna norma de mayor rango, sea así la Constitución, además que permitirá tener un reconocimiento de lo que significa un Estado Constitucional, en cumplimiento de los derechos fundamentales y de la materialización de nuestra Constitución Política Peruana.

BIBLIOGRAFÍA

- BLANCO LOZANO, Carlos, Tratado de Política Criminal, Tomo I, Fundamentos científicos y Metodológicos de la lucha contra el delito, Editorial Bosch Penal, Impreso en España-2007.
- BLANCO LOZANO, Carlos, Tratado de Política Criminal, Tomo II, Fundamentos científicos y Metodológicos de la lucha contra el delito, Editorial Bosch Penal, Impreso en España-2007.
- CANCIO MELIÁ / GÓMEZ JARA DÍEZ; Derecho Penal del Enemigo, El discurso penal de la exclusión, El Derecho Penal del Enemigo: Evolución (¿o ambigüedades?) del concepto y su justificación, autor Juan Luis Modolell González; Tomo II, Editorial EDISOFER, Edición 2006-Argentina.
- Código Penal Colombiano Ley 559 de 2000
- Código Penitenciario y Carcelario de Colombia Ley 65 de 1993
- Código Penal Peruano de 1991
- Código de Ejecución Penal
- Constitución Política del Estado Peruano de 1993
- Constitución Política de Colombia de 1991
- Ejecutoria Suprema del 19 de noviembre de 1998. Exp. N° 4230-98-Puno, del, en SALINAS SICCHA 2013.

- Ejecutoria Suprema del 3 de enero de 1995, Exp. N° 3173-94-Puno, en SALINAS SICCHA, 2013.
- Ejecutoria Suprema del 22 de mayo del 2008, R.N. N° 813-2008-La Libertad, Segunda Sala Penal Transitoria, en SALINAS SICCHA, 2013.
- Ejecutoria Suprema del 19 de mayo de 1998, Exp. N° 6014-97-Arequipa, En SALINAS SICCHA, 2013.
- Ejecutoria Suprema del 11 de noviembre de 1999, Exp. N° 821-99-La Libertad, en SALINAS SICCHA, 2013.
- Ejecutoria vinculante R.N. N°3932-2004 del 17 de febrero del 2005, Segunda Sala Penal Transitoria, en SALINAS SICCHA, 2013.
- GARCÍA-PABLOS DE MOLINA, Antonio; Tratado de Criminología, Introducción, Modelos teóricos explicativos de la criminalidad, Prevención del delito, Sistemas de respuesta al crimen; 3 era Edición, Editorial Tirant Lo Blanch, Año 1999.
- GRACIA MARTIN, Luis; Modernización del Derecho Penal y el Derecho Penal del Enemigo, Editorial IDEMSA ,Edición Peru-2007.
- HABERLE, Peter, Estado Constitucional, Instituto de Investigaciones Jurídicas de la Universidad Autónoma de México, Primera Reimpresión 2003, Impreso en México.

- JAKOBS, GUNTHER y CANCIO MELÍA, MANUEL; Derecho Penal del Enemigo, Editorial CVITAS, Primera Edición España – 2003.
- LA CONSTITUCIÓN COMENTADA, Tomo II, Editorial Grijley; Primera Edición Diciembre 2005.
- LUHMANN, Niklas; “Sistemas Sociales, Lineamientos para una Teoría General”; Editorial Centro Editorial Javerino Pontificia Universidad Javeriana-Colombia; Segunda Edición 1998.
- Manual de Beneficios Penitenciarios y Lineamientos del Modelo Procesal Acusatorio del Ministerio de Justicia y Derecho Humanos, Primera Edición, Impreso por Editora Perú ABC, Lima, Abril 2012.
- NAVARRETE POLAINO, Miguel; XVII Congreso Latinoamericano, IX Iberoamericano I Nacional del Derecho Penal y Criminología Guayaquil –Ecuador 2005; Editorial Ara Editores, Perú 2005.
- OROS CARRASCO, Rodolfo; El Derecho penal en la Era de la Postmodernidad, La Globalización y los derechos fundamentales, Editorial Grijely, Edición 2014.
- PEREZ LUÑO, Antonio-Enrique; La Universalidad de los derechos humanos y el Estado constitucional; Serie de Teoría Jurídica y Filosofía del Derecho N° 23; Universidad de Externado de Colombia, Año 2002.

- PRIETO SANCHÍS, LUIS; Derechos Fundamentales, Neoconstitucionalismo y Ponderación Judicial; Editorial Palestra Editores; Edición Lima 2002.
- Sentencia Pleno Jurisdiccional del Tribunal Constitucional N° 00033-2007-PI/TC
- Sentencia del Tribunal Constitucional Peruano. EXP . N.º 0010–2000–AI/TC, de 03 de enero de 2003, f. j. 138 .
- Sentencia del Tribunal Constitucional Exp. N° 10087-2005-PA/TC.
- Sentencia del Tribunal Constitucional Peruano, Expediente N° 02273-2005-PH/TC, Caso Karen Mañuca Quiroz Cabanilla
- Sentencia del Tribunal Constitucional Exp. N° 2700-2006-PHC, Caso Polay Campos
- SALINAS SICCHA, Ramiro, Derecho Penal, Parte Especial; Editorial Girjley, 5ta. Edición, Lima 2013.
- SMALL ARANA, GERMÁN; Antecedentes y Evolución Histórica de los Beneficios Penitenciarios, Editorial GRIJLEY, Año 2006.
- VIVES ANTÓN, Tomás S; Fundamentos del Sistema Penal, Acción Significativa y Derechos Constitucionales; 2da. Edición; Editorial TIRAND TO BLANCHA.
- ZEGARRA MIRANDA, Lourdes; XV Congreso Latinoamericano, VII Iberoamericano XI Nacional del Derecho Penal y Criminología Córdoba- Argentina 2003;

Impreso por el Instituto de Estudios Comparados en Ciencias Penales y Sociales Sede Córdoba; impreso en septiembre del 2003.

WEBGRAFÍA

- ACOSTA MUÑOZ, Daniel. *Sistema Integral de Tratamiento Progresivo Penitenciario*, el libro se encuentra en la página del Instituto Nacional Penitenciario Carcelario de Colombia. Libro en Formato PDF [En Línea] Página web consultada < <http://www.inpec.gov.co/portal/page/portal/Inpec/Institucion/Estudios%20Penitenciarios/1.2.pdf>>
- ADRIÁN CORIPUNA, Javier Antonio; Razonamiento Constitucional. Críticas el Neoconstitucionalismo desde la Argumentación Jurídica; Tesis para optar el grado de Magister en Derecho Constitucional, contenido en línea en Formato PDF, dicha tesis se encuentra en Repositorio de la Pontificia Universidad Católica del Perú; página web consultada <http://tesis.pucp.edu.pe/repositorio/bitstream/handle/123456789/5642/ADRIAN_CORIPUNA_JAVIER_RAZONAMIENTO_CONSTITUCIONAL.pdf?sequence=1>
- Asociación para la Cooperación en el Sur-LAS SEGOVIAS; España, página web consultada < <http://www.acsur.org/Informe-Crimen-de-apartheid-contra> >
- ARIAS EIBE, Manuel José; Funcionalismo Penal moderado o Teleológico-Valorativo versus Funcionalismo Normativo o Radical. Doctor en Derecho Universidad de A. Coruña. Artículo jurídico en Formato PDF. Artículo ubicado en la

Edición digital de la Revista DOXA: Cuadernos de Filosofía del Derecho, núm.29 (2006) pp.439-453. Publicación Alicante: Biblioteca Virtual Miguel de Cervantes, 2009. [En Línea]. Página web consultada <
<http://www.cervantesvirtual.com/obra/funcionalismo-penal-moderado-o-teleoligicovalorativo-versus-funcionalismo-normativo-o-radical-0>>

- ARROYO JIMENEZ, Luis (PONDERACION, PROPOCIONALIDAD Y DERECHO ADMINISTRATIVO) [En Línea] Artículo alojado en la Revista para el Análisis del Derecho INDRET N°33 Año 10. Disponible : <
www.indred.com>
- ATIENZA, Manuel, Argumentación y Constitución; Universidad de Alcalá-España; artículo jurídico en línea, contenido en PDF; página web consultada <
http://www2.uah.es/filder/manuel_atienza.pdf>
- ÁVILA SANTAMARÍA, Ramiro, Del Estado legal de Derecho al Estado Constitucional de Derecho y justicia, artículo jurídico en formato PDF, se encuentra en el Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM, [En Línea] página web consultada <
<http://www.corteidh.or.cr/tablas/r23550.pdf> >
- BASTIDA, Francisco; Villaverde Ignacio, Requejo Paloma, Presno Miguel Ángel, Aláez Benito, Saratosa Ignacio; Teoría General de los Derechos Fundamentales en la Constitución Española de 1978, Publicado en la Editorial Tecnos, Madrid

2004; Libro en Formato PDF, página web consultada < www.unioviado.es/constitucional/miemb/pdf/librodf.PDF>

- BARRASO GONZALES, Jorge Luis, El fin resocializador de la pena. Consideraciones teóricas y desde el ordenamiento penal cubano, Artículo jurídico ubicado en la página web de la Revista *Ámbito Jurídico*, Brasil. Artículo [En Línea], Página web consultada < http://www.ambito-juridico.com.br/site/?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=13584&revista_caderno=3>
- Blog de Carlos Manuel Valdivia Rodríguez, Jurisprudencias extraídas; catedrático de la Universidad Nacional Federico Villarreal, Especialista en Derecho Constitucional, Título del artículo Jurídico “El Neoconstitucionalismo y desarrollo en la Jurisprudencia del Tribunal Constitucional”, publicado el viernes, 08 de mayo del 2013 [En Línea] Página web consultada < <http://carlosmanuelvaldiviarod.blogspot.pe/2013/03/el-neoconstitucionalismo-y-desarrollo.html>>
- Blog denominado Antropología y Derechos Humanos, Autores del artículo LOPEZ MARTINEZ, Liliana, HERNANDES, Eduardo; BARRANCO VERA, Luz Alejandra; CASTAÑEDA PEREZ, Diana Alejandra: [En Línea] Página web consultada: < <http://antropologiaderechoshumanos.blogspot.pe/2011/03/como-surgieron-los-derechos-humanos.html>>

- Blog de la Clase de Derecho Constitucional de la Universidad Iberoamericana de la República de Santo Domingo, Artículo jurídico [En Línea], Página web consultada <
<http://derechoconstitucionalunibe.blogspot.pe/2015/09/el-constitucionalismo.html> >
- Blog del autor FIGUEROA GUTARRA, EDWIN; Artículo jurídico denominado “Neoconstitucionalismo e Interpretación Constitucional, ¿Hacia nuevos horizontes en el Derechos?”, Página web consultada <
<https://edwinfigueroag.wordpress.com/9-neoconstitucionalismo-e-interpretacion-constitucional/>>
- BÖCKENFÖRDE, Ernst-Wolfgang; “Notas Bibliográficas”, dentro del Libro “Cuadernos de Política Criminal”. Editores Universidad Complutense: Instituto Universitario de Criminología. Editorial de Derecho Reunidas EDERSA. Año 1977 España. Artículo en Formato PDF [En Línea] Página web consultada <
<http://dialnet.unirioja.es/servlet/revista?codigo=379>>
- Centro de la Mujer Peruana, Flora Tristán, artículo [En Línea], página web <
http://www.flora.org.pe/web2/index.php?option=com_content&view=article&id=610:nueva-ley-de-feminicidio-amplia-posibilidades-para-juzgar-adecuadamente-los-crimenes-contra-las-mujeres-en-el-pais&catid=52:ddhh-de-las-mujeres&Itemid=70>

- CHANG KCOMT, Romy; Función Constitucional asignada a la pena: bases para un plan de política criminal, Revista de la Facultad de Derecho de la Pontificia Universidad Católica del Perú N°71-2013 Artículo jurídico en Formato PDF. [En Línea], Página web consultada <http://departamento.pucp.edu.pe/derecho/wp-content/uploads/2014/06/Funcion_constitucional_asignada_a_la_pena_bases_para_un_plan_de_politica_criminal.pdf>
- Comité Directivo Estatal de Líderes Juaristas de Nuevo León, artículo titulado ¿Qué es un Estado Constitucional?, autor José Roberto Salinas Padilla; Página web consultada <http://lideresjuaristasnuevoleon.mex.tl/blog_14401_--QUE-ES-UN-ESTADO-CONSTITUCIONAL--.html>
- DAZA GÓMEZ, Carlos; “El Funcionalismo, HOY”. Artículo jurídico ubicado en la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la Universidad Nacional Autónoma de México. Artículo en Formato PDF [En Línea]; página web consultada <<http://www.juridicas.unam.mx/publica/librev/rev/facdermx/cont/227/dtr/dtr4.pdf>>
- DERECHO PENAL DEL ENEMIGO, Investigación realizada por Lorenzo Flores, Rossmery Elvira; Macuri Luna, María Rosario; Mendoza Retamozo, Aissa Rosa; Mendoza Vásquez, Enrique; Navarro Martínez, Dante Guillermo; Sueno Chirinos, Zoila Marianela; Universidad de San Martín de Porres, Facultad de Derecho y Ciencia Política, Escuela

de Posgrado, Doctorado en Ciencias Penales, se encuentra ubicado en la Sección de Posgrado y Doctorado de la USMP, en el área de Trabajos de Investigación; Lima, diciembre del 2006; archivo en formato PDF [Contenido en línea], página web consultada <http://www.derecho.usmp.edu.pe/postgrado/doctorado/trabajo_de_investigacion/2006/DERECHO_PENAL_ENEMIGO.pdf>

- Diccionario Enciclopédico Hispano-Americano, contenido en línea, página web consultada < <http://www.e-torredebabel.com/Historia-de-la-filosofia/Filosofiagriega/Aristoteles/VirtudMoral.htm>>
- Entrevista realizada a Niklas Luhmann, Titulada Niklas Luhmann: Documentales sobre teoría y riesgo ecológico; publicado el 20 de abril del 2015, subtitulada, entrevista realizada por Ulrich Boehm, [archivo en video] Web Youtube. Recuperado de <<https://www.youtube.com/watch?v=AyOAnGUUfdc>>
- FIGUEROA GUTARRA, Edwin, PONDERACION CONSTITUCIONAL [En Línea] Artículo Alojado en JURIDICA 239, El Peruano publicado el 24 de febrero de 2009 Disponible: <<http://edwinfigueroag.wordpress.com/2010/08/31/ponderacion-constitucional/>>
- GARCIA CAVERO, Percy; “Acerca de la Función de la Pena” Universidad de Piura. Artículo albergado en la página

web del Instituto de Ciencia Procesal Penal. Artículo en formato PDF [En Línea] Página web consultada <
<http://incipp.org.pe/modulos/documentos/archivos/funcionpena.pdf>>

- GARCIA SIERRA, Pelayo, Diccionario Filosófico, Biblioteca Filosófica en español; [En línea] página web consultada <
<http://www.filosofia.org/filomat/df336.htm>>
- GIBERT-GALASSI, Jorge y CORREA, Beatriz, Artículo denominado “La Teoría de la Autopoiésis y su Aplicación en las Ciencias Sociales, El caso de la interacción social”. Revista de Epistemología de Ciencias Sociales de la Facultad de Ciencias Sociales de la Universidad de Chile [En Línea] artículo. Página web consultada <
<http://www2.facso.uchile.cl/publicaciones/moebio/12/gibert.htm>>
- GIL RENDÓN, Raymundo; “El Estado Constitucional de Derecho y los Derechos Humanos”; [En Línea] artículo jurídico en formato PDF, Página web consultada <
<http://www.tfjfa.gob.mx/investigaciones/pdf/estadoconstitucionaldederechoylosderechoshumanos.pdf>>
- HERNÁNDEZ ARTEAGA, Laura; “Teoría de sistemas sociales de Niklas Luhmann en México. Una aproximación”. Artículo ubicado en el Sistema de Gestión de Revistas de la Pontificia Universidad Javeriana-Cali (Colombia). Revista Denominada “Perspectivas Internacionales” Volumen 7. N° 01 (2011). Sello Editorial Javeriano. [En Línea] Página web

consultada <

<http://revistas.javerianacali.edu.co/index.php/perspectivasinternacionales/article/viewFile/831/1356>>

- LANDA ARROYO, César, Anuario de Derecho Constitucional Latinoamericano, Año 2010, artículo jurídico [En Línea] en formato PDF, página web consultada <http://www.kas.de/wf/doc/kas_20853-1522-4-30.pdf?101111144745>
- LESCH, Heiko Harthmut, “Injusto y Culpabilidad en Derecho Penal”, Universidad de Bonn, Revista de Derecho penal y Criminología, 2da. Época, núm. 6 (2000), págs. 253-271. Artículo jurídico en Formato PDF [En Línea], Página web consultada <<http://espacio.uned.es/fez/eserv/bibliuned:revistaDerechoPenalyCriminologia-2000-6-2070/Documento.pdf>>
- Libro extraído de la Biblioteca Jurídica de la Universidad Nacional Autónoma de México, Libro en Formato PDF [En Línea] Página web consultada: <<http://biblio.juridicas.unam.mx/libros/5/2217/8.pdf>>
- LUHMANN, Niklas; Teoría de los Sistemas sociales, Contenido de la Enciclopedia Wikipedia, la enciclopedia libre. Contenido [En Línea] Página web consultada <https://es.wikipedia.org/wiki/Niklas_Luhmann#Teor.C3.ADA_de_sociedad>
- MALAVER CASTAÑEDA, Richard, Tesis titulada “Tratamiento Penitenciario y Resocialización de los Internos

Reincidentes del Centro Penitenciario de Cajamarca”, Tesis para optar el Título Profesional de Abogado, Cajamarca-Perú, 2014, la Tesis se encuentra en el Repositorio de la Universidad Privada del Norte. Formato PDF [En Línea], Página web consultada <

<http://repositorio.upn.edu.pe/xmlui/bitstream/handle/11537/1310/Richard%20Mavaler%20Cata%C3%B1eda.pdf?sequence=1&isAllowed=y> >

- MEINI, Iván, “La Penal: función y presupuestos”, Revista de la Facultad de Derecho de la Pontificia Universidad Católica del Perú, N° 71 (2013), pp.141-167. Artículo en Formato PDF [En línea]. Página web consultada <
<http://revistas.pucp.edu.pe/index.php/derechopucp/issue/view/873>>
- MORALES MONCAYO, Esteban (Ensayo sobre Ponderación) [En Línea] Artículo Alojado en SCRIBT .Disponible: <www.script.com>
- MONTENEGRO, Silvia; La Sociología de la sociedad de riesgo: Ulrich Beck y sus críticos; Artículo de la Universidad Nacional de Rosario- Argentina; en formato PDF, en línea <
<http://www.google.com.co/url?sa=t&rct=j&q=&esrc=s&source=web&cd=3&cad=rja&uact=8&ved=0CC0QFjAC&url=http%3A%2F%2Fdialognet.unirioja.es%2Fdescarga%2Farticulo%2F3288983.pdf&ei=sovkVJarDIyUNt21hPgL&usg=AFQjCNFq1HlsyNYZF7-Y1bM-G8jCEQYbJA&bvm=bv.85970519,d.eXY>
>, página web consultada el 13 de febrero del 2015.

- NIEVES, Ricardo; “Teoría del Delito y Práctica Penal, Reflexiones dogmáticas y mirada crítica”. Escuela Nacional del Ministerio Público de México. Libro en Formato PDF. [En Línea], Página web consultada < http://sistemaucem.edu.mx/bibliotecavirtual/oferta/licenciaturas/criminologia/CRIMI102/teoria_del_delito_y_practica_pena_l.pdf>
- NILVE, Moisés (Traducción del libro de Hans Kelsen “TEORIA PURA DEL DERECHO”) Bs. As., Eudeba, 1960, págs. 163 y ss. –capítulo X–; cabe c. asimismo, [En Línea]. Biblioteca Jurídica Virtual, Teoría pura del derecho, 2ª. Ed Kelsen, Hans, trad. Vernengo, Roberto J., página web consultada < www.bibliojuridica.org/libros/libro.htm?l=1039 >
- NUÑEZ LEIVA, José Ignacio, Un análisis abstracto del Derecho Penal del Enemigo a partir del Constitucionalismo Garantista y Dignatario, Abogado de la Pontificia Universidad Católica de Chile, artículo jurídico ubicado en el Centro de Estudios de Derecho Penal de la Universidad de Talca-Chile; en formato PDF, [En Línea] página web consultada < http://www.politicacriminal.cl/Vol_04/n_08/Vol4N8A3.pdf >
- OSPINA RENDÓN, Juan Carlos, Neoconstitucionalismo y Constitucionalización del Derecho, Ponencia Presentada ante el IV congreso Nacional y II Internacional de Derecho

Constitucional, realizado en la ciudad de Pasto, Departamento de Nariño, País Colombia; marzo 2008; [En Línea] artículo jurídico en formato WORD, página web consultada < <http://www.maximogris.net/cgi-sys/suspendedpage.cgi> >,

- Página Web la Coordinadora Nacional de Derechos Humanos, 30 años trabajando por los Derechos Humanos en el Perú [En Línea] Página web consultada: < <http://derechoshumanos.pe/2008/11/a-60-anos-de-la-declaracion-universal-de-derechos-humanos-2/> >
- Página Web oficial de la Organización de las Naciones Unidas [En línea] Página web consultada: <<http://www.un.org/es/rights/overview/>>
- Página Web UNITED FOR HUMAN RIGHTS, Making Human Rights a Fact [En Línea] Página web consultada: <http://www.humanrights.com/es_ES/what-are-human-rights/brief-history/the-united-nations.html>
- POZO CABRERA, Enrique, El Estado Constitucional de Derecho y Justicia; artículo jurídico ubicado en Apuntes Jurídicos; contenido [En línea], página web consultada <http://www.apuntesjuridicos.com.ec/download/noticias/1348_DOC_884_DOC_dr.Pozo.pdf >
- Revista DOXA, Universidad de Alicante, Cuadernos de Filosofía del Derecho, N° 34 (2011), Revista en Formato PDF. Página web consultada

<http://rua.ua.es/dspace/bitstream/10045/32780/1/Doxa_34.pdf>

- SÁNCHEZ GIL, RUBÉN; El Principio de Proporcionalidad; Biblioteca Jurídica Virtual de la Universidad Nacional Autónoma de México, contenido en línea; página web consultada

<<http://biblio.juridicas.unam.mx/libros/5/2422/12.pdf>>

- SANTIAGO, ALFONSO, Neoconstitucionalismo; Sesión Privada del Instituto de Política Constitucional, Academia Nacional de Ciencias Morales y Políticas, fecha 03 de abril del 2008; [En Línea] artículo en formato PDF. Página web consultada

<<http://ancmyp.org.ar/user/files/02neoconstitucionalismo.pdf>>

- SANTIAGO, ALFONSO, Neoconstitucionalismo; Sesión Privada del Instituto de Política Constitucional, fecha 03 de abril del 2008; [En Línea] artículo jurídico en formato PDF. Página web consultada <

<http://www.corteidh.or.cr/tablas/r23550.pdf>>

- SOARES FARINA, Pedro HENRIQUE; Abogado, Artículo Jurídico Ubicado en el Portal de la Revista Jurídica “Justicando”- Brasil, fecha de publicación del artículo: jueves 13 de agosto del 2015. [En Línea] Página web consultada <<http://justificando.com/2015/08/13/direito-penal-do-inimigo-entre-o-estado-de-excecao-e-o-estado-democratico-de-direito/>>

- Sobre Ponderación y Contenido Esencial, Formato Power Point, contenido en línea, página web consultada < http://www.google.com.pe/url?sa=t&rct=j&q=&esrc=s&source=web&cd=6&cad=rja&uact=8&ved=0CD0QFjAF&url=http%3A%2F%2Fwww.calacademica.org%2Fdiplomados%2Fgeneral%2FReglas%2520y%2520principios%2520DDFF.ppt&ei=oM0JVYfiNYafggSS_oPQBw&usg=AFQjCNHTy9dtITUD7jzkk9VMZo4wZvBZIQ&sig2=3qWC7rAZ6T8YPuz74qwVDw&vm=bv.88198703,d.eXY >
- SOLA RECHE, Esteban, “Por una teoría “propia” de la pena”, Profesor titular de Derecho Penal, Universidad de la Laguna- España; Artículo jurídico en Formato PDF ubicado en la Revista para el Análisis del Derecho INDRET-España [En Línea] Página web consultada < http://www.indret.com/pdf/446_es.pdf>
- SOLÍS ESPINOZA, Alejandro; Política Penal y Política Penitenciaria, Cuaderno No. 8; Departamento Académico de Derecho de la Pontificia Universidad Católica del Perú, Setiembre, 2008. Formato PDF [En Línea], Página web consultada< http://departamento.pucp.edu.pe/derecho/wp-content/uploads/2014/05/Politica_penal.pdf>
- Tesis para optar el Título Profesional de Abogado, Autor. José Humberto Ruiz Riquero, Título “La Aplicación de la Teoría del Precedente Vinculante Norteamericano en el Perú y sus Repercusiones Jurisprudencias”, Facultad de Derecho de la Universidad Católica Santo Toribio de

Mogrovejo, Chiclayo, Noviembre 2012, Contenido en Formato PDF [En Línea] Página web consultada: <
http://tesis.usat.edu.pe/jspui/bitstream/123456789/95/1/TL_Ruiz_Riquero_Jos%C3%A9.pdf>

- University of Minnesota, Human Rights Library, página web consultada <
<http://www1.umn.edu/humanrts/instate/Scimeelementsic.html>>
- URTEAGA, Eguski; “La Teoría de sistemas de Niklas Luhmann”. Universidad del País Vasco, Departamento de Sociología 1. Artículo en Formato PDF, Revista Contrastes, revista internacional de Filosofía, Departamento de Filosofía de la Universidad de Málaga- España; Volúmen XV (2010)[En Línea] página web consultada <
<http://www.uma.es/contrastes/pdfs/015/ContrastesXV-16.pdf>>
- VELASQUEZ RAMÍREZ, Ricardo, Fundamentos Jurídicos de Estado Constitucional, Apuntes de las clases del Diplomado de Derecho Procesal Constitucional, Universidad Inca Garcilaso de la Vega, artículo jurídico [En Línea], en formato Word; página web consultada <
https://www.google.com.pe/url?sa=t&rct=j&q=&esrc=s&source=web&cd=9&cad=rja&uact=8&ved=0CE4QFjAl&url=http%3A%2F%2Fwww.uigv.edu.pe%2Fdiplomadoderecho%2FFUNDAMENTOS_JURIDICOS_DEL_ESTADO_CONSTITUCIONAL.doc&ei=FYqhVPabNcTuggSbzYHoDA&usg=AFQjCNF>

aq-

TlavVTsW4pumuU5Pd0q3swNq&sig2=oZGeJFfZOLrrOGin4s54Kw&bvm=bv.82001339,d.eXY >

- VERAU MONTENEGRO, Ricardo Antonio: Abogado Por La Pontificia Universidad Católica Del Perú. Estudios De Maestría En Ciencias Penales Por La Universidad Particular De San Martín De Porres. Colaborador Del Centro De Investigaciones Criminológicas De La Universidad De San Martín De Porres. Fecha de publicación: lunes 28 de junio del 2010, página web consultada <<http://libroselcesar.blogspot.com/2010/06/la-teoria-del-etiquetamiento->>
- Video de la Conferencia dictada en el marco del Seminario Neoconstitucionalismo, democracia constitucional y derechos humanos, Universidad FAFIT, Medellín, Colombia, 25 de Agosto del 2009 [En Línea] Página web consultada <<https://www.youtube.com/watch?v=mwnZlruVcvY>>
- Video de la Conferencia sobre “Neoconstitucionalismo teórico, metodológico e ideológico según Comanducci”, publicado el 18 de agosto del 2015 [archivo en video] Web Youtube. Recuperado <<https://www.youtube.com/watch?v=KBOH6FiXeU&feature=youtu.be>>
- Video de la Página Youtube, denominado “Constitucionalismo” Subido por Educativa, Contenido [EN

Línea], Página web Consultada <

<https://www.youtube.com/watch?v=IGs92V-vGYw> >

- ZAFFARONI, Eugenio; MAIER, Julio; PESSOA, Nelson; SANCINETTI, Marcelo, entre otros. “Teorías actuales del Derecho Penal. 75° Aniversario del Código Penal”, Primera Edición 1998, Editorial AD-HOC S.R.L. Buenos Aires-Argentina. Libro en Formato PDF [En Línea] Página web consultada < <http://es.scribd.com/doc/124218411/Teorias-Actuales-en-El-Derecho-Penal-Ouvi-a-Guillermo-y-Otros#scribd>>

ANEXOS

ANEXO N° 01

ENTREVISTA N° 01

Entrevista realizada al **JUEZ SAÚL SANTOS PASTOR TAPIA**

La presente entrevista tiene por finalidad de conocer la opinión sobre si es que la Política Criminal severa (agravantes de las penas en los delitos de robo y homicidio, disminución de beneficios penitenciarios y tipificación de nuevas figuras delictivas) es expresión del Derecho penal del Enemigo que colisiona con el paradigma del Estado Constitucional Peruano, lo que permitirá conocer cuál es la perspectiva de los profesionales del Derecho sobre este planteamiento.

RESPONDA POR FAVOR A LAS SIGUIENTES PREGUNTAS:

- 1. Considera que el Estado Peruano, tiene como característica la tendencia Neoconstitucionalista y por ende debe ser considerado un Estado Constitucional?**

Rpta: El Neoconstitucionalismo significa una nueva forma de ver el Derecho en general, una forma de interpretar las normas; sin embargo, hay una discusión en la forma de interpretar el Derecho, si es para bien o no, a la pregunta concreta, con todos los cambios que se están dando con las nuevas formas de estudio del Derecho, podríamos decir que si estamos dentro de un nuevo Constitucionalismo, yo considero que sí.

- 2. Dentro del devenir histórico sobre la evolución del ordenamiento jurídico penal, básicamente en los Delitos contra el Patrimonio (robo), Delitos contra la vida, el cuerpo y la salud (homicidio), cree Ud. que existe una tendencia de aumentar las penas para este tipo de delitos, por una política criminal que considera enemigos a sus autores?**

Rpta: En la forma de que el Estado (Congreso) o Poder Ejecutivo, con la finalidad de buscar una solución a los nuevos problemas que se están dando, y que están apareciendo nuevas formas de comportamiento, de las conductas regulares que debemos tener las personas, acciones y hechos que no existían antes y que ahora existen, y por eso están invocando de sancionar a las personas aumentando las penas, a través del miedo se sobreentienden que habrá menos comisión del delito, en especial robo, homicidio, violación; este conjunto de normas deben estar dirigidas a que cualquier persona común o corriente sepa y entienda que todos tienen derechos y que el derecho de uno termina cuando comienza el de otro.

- 3. Cree Ud. que el aumento de las penas en los mencionados delitos es útil, o se han visto efectos positivos (poco incidencia del delito de robo y homicidio) por el incremento de las penas de dichos delitos?**

Rpta: Si en algo ha incidido es mínimo, no podríamos hablar de una política criminal, ya que una política criminal tiende a que los índices del delito, disminuyan considerablemente, es por eso que se le llama una Política Criminal Nacional, pero lamentablemente ésta política criminal va aislada; debería ir relacionada con la Educación, es decir, primaria, secundaria y universidad incluir temas respecto al comportamiento social, trascendencia de ese comportamiento y que se considere delito, cuales son las consecuencias para el proyecto de vida que tenemos; me parece que las personas no entienden, y sólo los que estamos en la práctica del Derecho, entendemos un poco más; pero la Política Criminal y el Estado debería ser algo que todos entiendan, la sociedad en su conjunto.

- 4. Considera Ud. ¿Qué al crear nuevas tipificaciones en el ordenamiento jurídico peruano, cabe decir el feminicidio y sicariato, es una expresión de una política criminal severa, ya que son modalidades del homicidio, pero que tienen penas más severas?**

Rpta: Al respecto de estos dos delitos (feminicidio y sicariato) ya se encuentran tipificados, se han ido dando conductas muy particulares que por la trascendencia y continuidad que se han ido dando, a través de la prensa, justamente que se han dado (feminicidio y sicariato) cuando el Congreso ha tenido a bien tipificar este tipo de delitos, ha dado estos nombres, que a veces no corresponde al tipo penal propuesto, sino que han recogido el termino que la gente en general y que ha sido comunicado a través de la prensa, lo mismo sucede con el “Marcaje”, “Reglaje”; si es que uno hace un análisis de los términos, no corresponden, son otros conceptos; pero se han recogido esos términos muy específicos para un delito contra el Patrimonio. Y sobre el delito de Feminicidio ya está incluido como un tipo penal, sino que aquí le han dado una manera específica por la condición de mujer; si hablamos de igualdad de género también se tendría de incorporar el Varonicidio; a veces por la presión de la gente, frente a estos casos reprochables, califican o crean tipos penales, pero que en realidad no corresponden.

5. De acuerdo a la Política Criminal del Estado expresándola en la disminución de beneficios penitenciarios, considera Ud. que colisiona con la política rehabilitadora y reeducadora expresada en la Constitución Política del Estado?

Rpta: Si la misma Constitución es la que señala que cualquier persona que es sentenciada a rehabilitarse, y que el Estado tiene la obligación de rehabilitarla; es un derecho y una obligación; en la práctica a veces con la finalidad de Política Criminal éstas “salidas” (beneficios penitenciarios) para que éstas personas puedan salir y reinsertarse a la sociedad, se van cerrado cada vez más; en parte se justifica, pero también tendríamos que ponernos en el lugar de la otra persona, que está purgando una condena; por ejemplo “qué gano comportándome bien aquí, si en el análisis de la asistenta social, psicólogo, de los funcionarios de INPE; son correctos, y merezco una oportunidad para yo cambiar, y cuando pido mi beneficio penitenciario me

dicen que no”; eso trae consecuencias que se sigan portándose mal dentro del establecimiento penitenciario; si se puede ser más severos para que opten por un beneficio, u otorgarlo, pero también deberían considerarse otros aspectos que han desarrollado el sentenciado dentro del establecimiento penitenciario, si es que han reunido las conductas no mínimas, esenciales para ser rehabilitados, considero que si se les debería dar; a excepción de los delitos de homicidio, drogas con agravantes, pero en otros tipos de delitos debería ser más accesibles.

6. Los agravantes de las penas en los delitos de Robo y Homicidio; la Tipificación de nuevas figuras delictivas, considera que son expresión de una política criminal severa o no existe política criminal de este tipo en nuestro Estado peruano?

Rpta: *No siempre o no necesariamente está Política Criminal es una Política Educativa, sino que van insertando decisiones, llamadas política criminal, por los hechos que se van presentando, frente a la presión de la sociedad, buscan y crean un tipo penal, creo que por ese lado no sería la solución; me ratifico en que se deberían trabajar en los colegios, y en la población menos educada que no sabe que debe respetar derecho y que goza de los mismos; no siendo así poco vamos avanzar dentro de la Política Criminal.*

La Política Criminal debe estar más relacionada con la Educación.

Gracias por su tiempo.

ANEXO N° 02

ENTREVISTA N° 02

Entrevista realizada al **JUEZ JULVER GONZÁLES CÁCERES**

La presente entrevista tiene por finalidad de conocer la opinión sobre si es que la Política Criminal severa (agravantes de las penas en los delitos de robo y homicidio, disminución de beneficios penitenciarios y tipificación de nuevas figuras delictivas) es expresión del Derecho penal del Enemigo que colisiona con el paradigma del Estado Constitucional Peruano, lo que permitirá conocer cuál es la perspectiva de los profesionales del Derecho sobre este planteamiento.

RESPONDA POR FAVOR A LAS SIGUIENTES PREGUNTAS:

- 1. Considera que el Estado Peruano, tiene como característica la tendencia Neoconstitucionalista y por ende debe ser considerado un Estado Constitucional?**

Rpta: Nuestro Estado se rige por la Constitución que es la ley de leyes, y todas las normas están en función de la Constitución; considero que sí.

- 2. Dentro del devenir histórico sobre la evolución del ordenamiento jurídico penal, básicamente en los Delitos contra el Patrimonio (robo), Delitos contra la vida, el cuerpo y la salud (homicidio), cree Ud. que existe una tendencia de aumentar las penas para este tipo de delitos, por una política criminal que considera enemigos a sus autores?**

Rpta: Es una forma disfrazada, el Derecho Penal lamentablemente es una forma represiva de las libertades, de personas que quebrantan nuestro ordenamiento, es una reacción al contravenir nuestro orden, ahora graduar las penas en una cuantía y que esto se ve incrementado, me parece que es una reacción de sociedad, pero verlos como enemigos de la sociedad no lo

creo, al final lo que hace el Derecho Penal es resocializar, reinsertar a estos individuos para que sigan con nosotros (la sociedad), una reeducación; poner penas altas o bajas es una reacción de los legisladores frente a la conmoción social del momento.

- 3. Cree Ud. que el aumento de las penas en los mencionados delitos es útil, o se han visto efectos positivos (poco incidencia del delito de robo y homicidio) por el incremento de las penas de dichos delitos?**

Rpta: Ese es el gran engaño que la sociedad tiene, que piensa que aumentando las penas, la gente va a tener miedo se va a restringir y no va a cometer esos delitos, y no es la realidad; porque aun siendo las penas altas, los delitos siguen ocurriendo, no es que se disuada.

- 4. Considera Ud. ¿Qué al crear nuevas tipificaciones en el ordenamiento jurídico peruano, cabe decir el feminicidio y sicariato, es una expresión de una política criminal severa, ya que son modalidades del homicidio, pero que tienen penas más severas?**

Rpta: Ya estaban legislados dentro de nuestro ordenamiento, y cómo que se le han puesto otros nombres cómo para restringir y algo específico ,es como volver a legislar algo que ya estaba hecho, estaban previsto y se habían impuesto una sanción penal por éstos, así que crearlos es un intento del legislador para contentarse con la sociedad.

- 5. De acuerdo a la Política Criminal del Estado expresándola en la disminución de beneficios penitenciarios, considera Ud. que colisiona con la política rehabilitadora y reeducadora expresada en la Constitución Política del Estado?**

Rpta: Aquí en el Perú tenemos los beneficios penitenciarios, se ha establecido que no es un derecho, es más el Estado podría no imponer ningún beneficio, el tiempo que se le impone tendría que cumplirse; el hecho

de dar beneficios se relaciona más con la ineficiencia que tiene Estado de solventar lo que gasta una persona sentenciada, mantener a alguien, todo lo que representan; la población penal es alta, los costos son elevados, es por eso que el presupuesto se incrementan y ven la forma de que salgan antes; el asunto es más monetario al mantener a un sentenciado; y no porque se le disminuya este beneficio se afecta la política resocializadora del Estado. Los internos lo han asumido como un derecho.

6. Los agravantes de las penas en los delitos de Robo y Homicidio; la Tipificación de nuevas figuras delictivas, considera que son expresión de una política criminal severa o no existe política criminal de este tipo en nuestro Estado peruano?

Rpta: El Estado peruano no tiene un Política Criminal, es de acuerdo a la coyuntura del momento, de acuerdo al momento político o social, es que se crean nuevas normas, si tuviéramos un lineamiento estructurado sistemático, no tendríamos que estar incorporando nuevos delitos que ya existen, por ejemplo a alguien se le ocurre un delito execrable y sale en los periódicos, la sociedad se indignan, hacen fuerza común, el legislador coge la idea y crean un nuevo delito; o lo que ocurrió hace años que se disminuyó la edad de la parte agravada para que sea delito o no, se piensa que se está haciendo las cosas bien, pero en realidad se empeora y esto es fruto de que no existe una Política Criminal, debería ser llevado por personas que conozcan del tema y no dejarlo en manos de los legisladores.

Gracias por su tiempo.

ANEXO N° 03

FICHA DE LA ENCUESTA N° 01

DIRIGIDA A LOS PROFESIONALES EN DERECHO SOBRE LA SEVERIDAD DE LA POLÍTICA CRIMINAL COMO EXPRESIÓN DEL DERECHO PENAL DEL ENEMIGO, y EL PARADIGMA DEL ESTADO CONSTITUCIONAL PERUANO

INSTRUCCIONES

La encuesta es totalmente anónima. Se pretende investigar la percepción de los profesionales en Derecho sobre la severidad de Política Criminal peruana expresada en los delitos de robo, homicidio, tipificación de nuevas figuras delictivas (feminicidio y sicariato) y la disminución de beneficios penitenciarios, como expresión de Derecho Penal del Enemigo. Por favor responda con precisión.

Fecha : ___/___/___

1. Ocupación
 - a) Juez
 - b) Fiscal
 - c) Abogado independiente
 - d) Abogado dependiente
 - e) Otro.....

2. En el Estado Peruano, los poderes estatales, en la realidad, hacen prevalecer las normas de la Constitución Política del Estado por encima de otras normas jurídicas de inferior rango:
 - a) Muy en desacuerdo
 - b) En desacuerdo
 - c) No sabe, no opina
 - d) De acuerdo
 - e) Muy de acuerdo

3. En el Estado Peruano existe pleno respeto de los derechos fundamentales de las personas:
 - a) Muy en desacuerdo
 - b) En desacuerdo
 - c) No sabe, no opina
 - d) De acuerdo
 - e) Muy de acuerdo

4. Las personas que roban o matan (habitualmente) deben ser considerados como enemigos de la sociedad, y por ende tener penas graves, distintas a las que no lo hacen habitualmente:
 - a) Muy en desacuerdo
 - b) En desacuerdo
 - c) No sabe, no opina

- d) De acuerdo
 - e) Muy de acuerdo
5. Los agravantes(recientemente) impuestos por el legislador, en el delito de Robo son expresión de una Política Criminal severa:
- a) Muy de acuerdo
 - b) De acuerdo
 - c) No sabe, no opina
 - d) En desacuerdo
 - e) Muy en desacuerdo
6. Los agravantes legislados, de la pena del delito de Homicidio son expresión de una Política Criminal severa:
- a) Muy de acuerdo
 - b) De acuerdo
 - c) No sabe, no opina
 - d) En desacuerdo
 - e) Muy en desacuerdo
7. La Tipificación de nuevas figuras delictivas (feminicidio y sicariato), en la legislación peruana, son expresión de una Política Criminal severa:
- a) Muy en desacuerdo
 - b) En desacuerdo
 - c) No sabe, no opina
 - d) En acuerdo
 - e) Muy de acuerdo
8. La disminución de los beneficios penitenciarios, en la legislación peruana, es tratar a los internos como enemigos del Estado y no como ciudadanos:
- a) Muy en desacuerdo
 - b) En desacuerdo
 - c) No sabe, no opina
 - d) De acuerdo
 - e) Muy de acuerdo
9. Al aumentar las penas en los delitos de Robo y Homicidio, en la legislación peruana, disminuirá la incidencia de estos delitos en la sociedad:
- a) Muy de acuerdo
 - b) De acuerdo
 - c) No sabe, no opina
 - d) En desacuerdo
 - e) Muy en desacuerdo
10. La severidad de política criminal, en la legislación nacional, colisionan con el paradigma del Estado Constitucional Peruano:
- a) Muy de acuerdo
 - b) De acuerdo
 - c) No sabe, no opina
 - d) En desacuerdo

e) Muy en desacuerdo

11. Los sentenciados por delitos de robo y homicidio (sicariato y feminicidio) merecen gozar de beneficios penitenciarios:

- a) Muy en desacuerdo
- b) En desacuerdo
- c) No sabe, no opina
- d) De acuerdo
- e) Muy de acuerdo

12. El Estado Peruano al incrementar las penas en los delitos de Robo y Homicidio cumple su función protectora de derechos fundamentales de los ciudadanos:

- a) Muy de acuerdo
- b) De acuerdo
- c) No sabe, no opina
- d) En desacuerdo
- e) Muy en desacuerdo

13. El Estado peruano tiene una política eficaz resocializadora en los establecimientos penitenciarios:

- a) Muy de acuerdo
- b) De acuerdo
- c) No sabe, no opina
- d) En desacuerdo
- e) Muy en desacuerdo

14. **La modificación paulatina del artículo 46° del Código de Ejecución Penal “Casos Especiales de Redención”** *En los casos de internos primarios que hayan cometido los delitos previstos en los artículos 108-B, 121, 121-A, 121-B, 152, 186, 189(...), del Código Penal, la redención de pena por el trabajo o la educación se realiza a razón de un día de pena por cinco días de labor o estudios efectivos (...). Es parte de una política criminal severa:*

- a) Muy en desacuerdo
- b) En desacuerdo
- c) No sabe, no opina
- d) De acuerdo
- e) Muy de acuerdo

ANEXO N° 04

FICHA DE ENTREVISTA

Entrevista realizada a

La presente entrevista tiene por finalidad de conocer la opinión sobre si es que la Política Criminal severa (agravantes de las penas en los delitos de robo y homicidio, disminución de beneficios penitenciarios y tipificación de nuevas figuras delictivas) es expresión del Derecho penal del Enemigo que colisiona con el paradigma del Estado Constitucional Peruano, lo que permitirá conocer cuál es la perspectiva de los profesionales del Derecho sobre este planteamiento.

RESPONDA POR FAVOR A LAS SIGUIENTES PREGUNTAS:

- 1. Considera que el Estado Peruano, tiene como característica la tendencia Neoconstitucionalista y por ende debe ser considerado un Estado Constitucional?**

- 2. Dentro del devenir histórico sobre la evolución del ordenamiento jurídico penal, básicamente en los Delitos contra el Patrimonio (robo), Delitos contra la vida, el cuerpo y la salud (homicidio), cree Ud. que existe una tendencia de aumentar las penas para este tipo de delitos, por una política criminal que considera enemigos a sus autores?**

- 3. Cree Ud. que el aumento de las penas en los mencionados delitos es útil, o se han visto efectos positivos (poco incidencia del delito de robo y homicidio) por el incremento de las penas de dichos delitos?**

- 4. Considera Ud. ¿Qué al crear nuevas tipificaciones en el ordenamiento jurídico peruano, cabe decir el feminicidio y sicariato, es una expresión de una política criminal severa, ya que son modalidades del homicidio, pero que tienen penas más severas?**

- 5. De acuerdo a la Política Criminal del Estado expresándola en la disminución de beneficios penitenciarios, considera Ud. que colisiona con la política rehabilitadora y reeducadora expresada en la Constitución Política del Estado?**
- 6. Los agravantes de las penas en los delitos de Robo y Homicidio; la Tipificación de nuevas figuras delictivas, considera que son expresión de una política criminal severa o no existe política criminal de este tipo en nuestro Estado peruano?**

Gracias por su tiempo.

ANEXO N° 05

MATRIZ GENERAL DEL PROYECTO

PREGUNTAS	OBJETIVOS	HIPOTESIS	METODOLOGÍA
<p>PRINCIPAL</p> <p>¿Las agravantes de las penas en los delitos Contra El Patrimonio y la Vida, El Cuerpo y la Salud, la tipificación de nuevas figuras delictivas y, la limitación de los Beneficios Penitenciarios (la severidad de la Política Criminal como expresión de Derecho penal del Enemigo) colisionan con el paradigma del Estado Constitucional Peruano?</p>	<p>GENERAL</p> <p>Analizar si las agravantes de las penas de los delitos de Robo, Homicidio; la tipificación de nuevas figuras delictivas, sicariato y feminicidio, la limitación de Beneficios Penitenciarios, colisiona con el Paradigma del Estado Constitucional Peruano.</p>	<p>GENERAL</p> <p>Los agravantes de las penas de los delitos de Robo, Homicidio, la Tipificación de nuevas figuras delictivas como el sicariato y feminicidio, la limitación de beneficios penitenciarios, son expresión de una Política Criminal severa, colisionan con el Paradigma del Estado Constitucional.</p>	<p><u>TIPO DE INVESTIGACIÓN:</u></p> <p>Tipo de estudio por la finalidad o propósito de la presente investigación es básica o pura, porque tiene un fin eminentemente teórico que va a permitir un análisis del ordenamiento jurídico penal peruano.</p> <p>Asimismo, por la fuente o el origen de la información, esta investigación puede clasificarse en Documental o Bibliografía, puesto que la fuente de información y de donde se va a realizar el proceso de indagación es a través de libros, revistas o documentos creados por estudiosos del derecho.</p> <p>Finalmente, por el ámbito en que se desarrollará, la presente investigación es Dogmática, puesto que se va a trabajar con la dogmática jurídica, la cual se manifiesta por ser la fuente de la investigación la norma jurídica y en éste caso la norma jurídica penal.</p>
<p>SECUNDARIA</p> <p>¿Los agravantes de las penas como política criminal en Delitos contra el Patrimonio y La Vida, El Cuerpo y la Salud son</p>	<p>ESPECÍFICOS</p> <p>Demostrar que la Política Criminal al agravar las penas en Delitos Contra el Patrimonio (robo) y la Vida el Cuerpo y la Salud (homicidio)</p>	<p>ESPECÍFICOS</p> <p>Los agravantes de las penas de los delitos de Robo, Homicidio; la Tipificación de nuevas figuras delictivas como el sicariato y</p>	<p><u>NIVEL DE LA INVESTIGACIÓN:</u></p> <p>El nivel de la investigación es descriptivo, puesto que hemos analizado y examinado las características más importantes que existen en los delitos contra la vida, el cuerpo y la salud (homicidio); delitos contra el patrimonio (robo), nuevas figuras penales (feminicidio y sicariato); y beneficios penitenciarios, a través de su modificaciones y</p>

<p>expresión del Derecho penal del Enemigo?</p> <p>¿La Reducción de los Beneficios Penitenciarios como Política Criminal son expresión del Derecho Penal del Enemigo?</p>	<p>son expresión del Derecho Penal del Enemigo.</p> <p>Establecer si la Política Criminal sobre la reducción de los Beneficios Penitenciarios es expresión del Derecho Penal del Enemigo.</p>	<p>feminicidio, son expresión de una Política Criminal severa.</p> <p>La reducción de los beneficios penitenciarios son expresión del Derecho Penal del Enemigo, porque no existe una adecuada política criminal resocializadora.</p>	<p>agravamiento de penas, respectivamente, han ido identificando rasgos característicos del Derecho Penal del Enemigo, existiendo un colisión con nuestra tendencia Neoconstitucionalista, que se deja ver a través del modelo de Estado Constitucional, al tener una Constitución posterior a la Segunda Guerra Mundial, asimismo tener taxativamente estipulados los derechos fundamentales de las personas, además de ser el Tribunal Constitucional el encargado de velar por el cumplimiento de la Constitución y el Estado Constitucional y que a través de sus sentencia genera fundamentos constitucionales de observancia obligatoria, en donde reconoce ser el Estado peruano un Estado Constitucional.</p> <p><u>METODO DE INVESTIGACIÓN:</u></p> <p>El método de Investigación por el origen de los datos es documental, dado que se hará la indagación especialmente a través del examen, análisis y estudios de fuentes documentales (libros, revistas, artículos jurídicos). Es así que en la presente investigación, la fuente de información corresponde al Código Penal Peruano, Código Procesal Penal Peruano, Código de Ejecución Penal Peruano, asimismo en lo correspondiente a la legislación Comparada se analizó el Código Penal Colombiano, El Código Penitenciario y Carcelario de Colombia, y la Constitución Colombiana, además de libros entrevistas, artículos, entre otros.</p>
---	---	---	--