



“Año de la Universalización de la Salud”
UNIVERSIDAD NACIONAL DE HUANCAMELICA
(Creada por Ley N° 25265)



ESCUELA POSGRADO
FACULTAD DE DERECHO Y CIENCIAS POLÍTICAS
UNIDAD DE POSGRADO

TESIS

SISTEMA DE LÍMITES CONSTITUCIONALES A LA “LIBERTAD SALVAJE” DE LOS CIUDADANOS EN LOS DELITOS DE CORRUPCIÓN DE FUNCIONARIOS EN UN CONTEXTO SOCIO-POLÍTICO COYUNTURAL, PODER JUDICIAL HUANCAMELICA, 2018

LINEA DE INVESTIGACIÓN:
DERECHO PÚBLICO

PRESENTADO POR:
Bach. JAIME CONTRERAS RAMOS

TESIS PARA OPTAR EL GRADO ACADEMICO DE MAESTRO EN:
DERECHO Y CIENCIAS POLÍTICAS

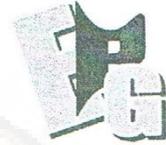
MENCIÓN:
DERECHO CONSTITUCIONAL

HUANCAMELICA, PERU

2020



UNIVERSIDAD NACIONAL DE HUANCAMELICA
(Creado por Ley N° 25265)



ESCUELA DE POSGRADO

(APROBADO CON RESOLUCIÓN N° 736-2005-ANR)

UNIDAD DE POSGRADO
FACULTAD DE DERECHO Y CIENCIAS POLITICAS

"AÑO DE LA UNIVERSALIZACIÓN DE LA SALUD"

001-2020

ACTA DE SUSTENTACIÓN

Ante el Jurado conformado por los docentes: Dr. FLORES APAZA, Esteban Eustaquio, Dr. DEL CARMEN IPARRAGUIRRE, Denjiro Felix, y Dr. BASUALDO GARCIA, Percy Eduardo. De conformidad al Reglamento único de Grados y Títulos de la Universidad Nacional de Huancavelica, aprobado mediante Resolución N° 330-2019-CU-UNH y ratificado con Resolución 378-2019-CU-UNH.

El candidato para el Grado de Maestro en Derecho y Ciencias Políticas con mención en Derecho Constitucional.

CONTRERAS RAMOS, Jaime procedió a sustentar la tesis titulada "SISTEMA DE LÍMITES CONSTITUCIONALES A LA "LIBERTAD SALVAJE" DE LOS CIUDADANOS EN LOS DELITOS DE CORRUPCIÓN DE FUNCIONARIOS EN UN CONTEXTO SOCIO-POLÍTICO COYUNTURAL, PODER JUDICIAL HUANCAMELICA, 2018".

Luego de haber cursado la primera y segunda etapa (preguntas de los jurados), se dio por concluido al ACTO de sustentación, realizándose la deliberación y calificación, resultando:

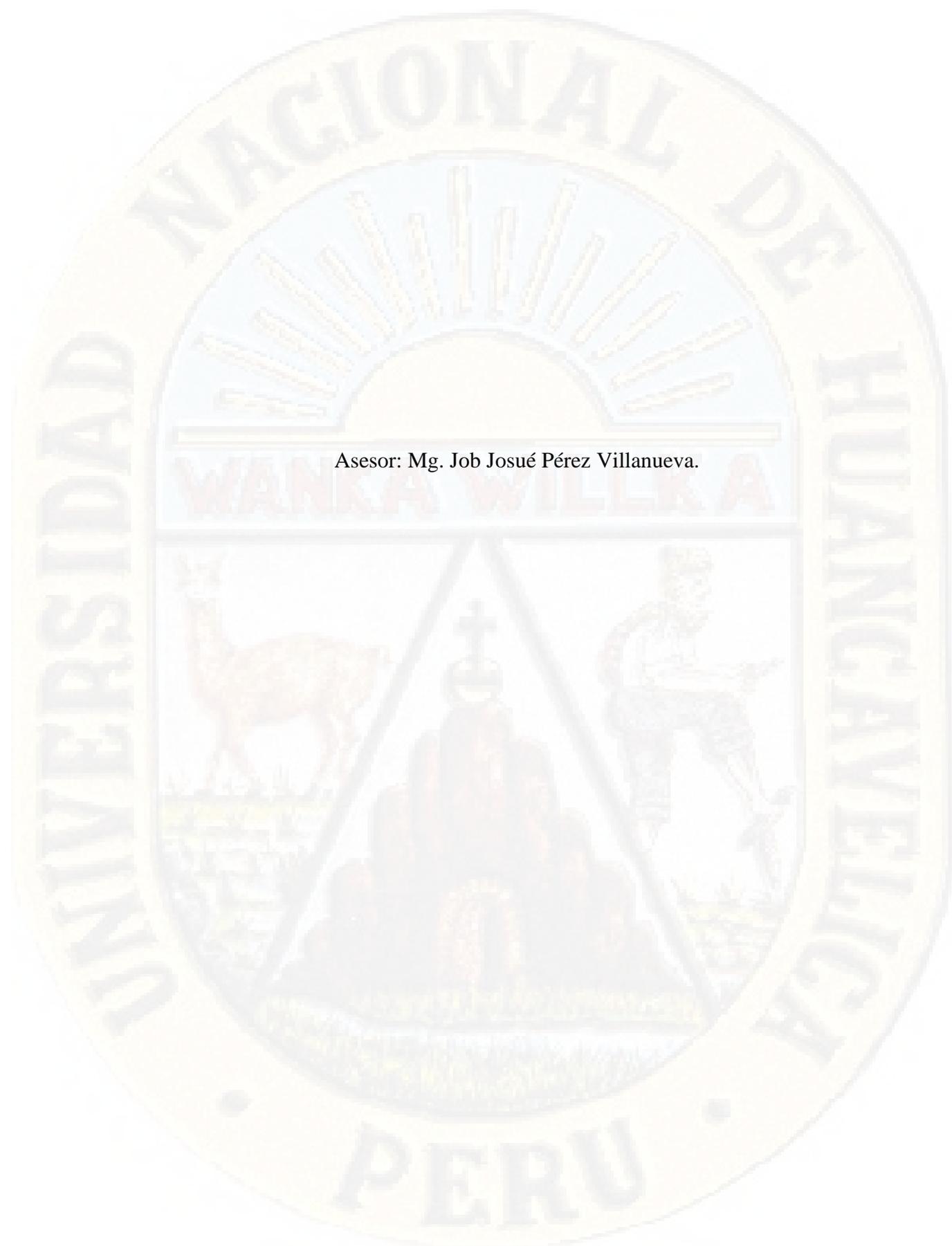
Con el calificado Aprobado
por Unanimidad

Y para constancia se extiende la presente ACTA, en la ciudad de Huancavelica, a horas 2:49 a los 28 días del mes de Octubre del año 2020.

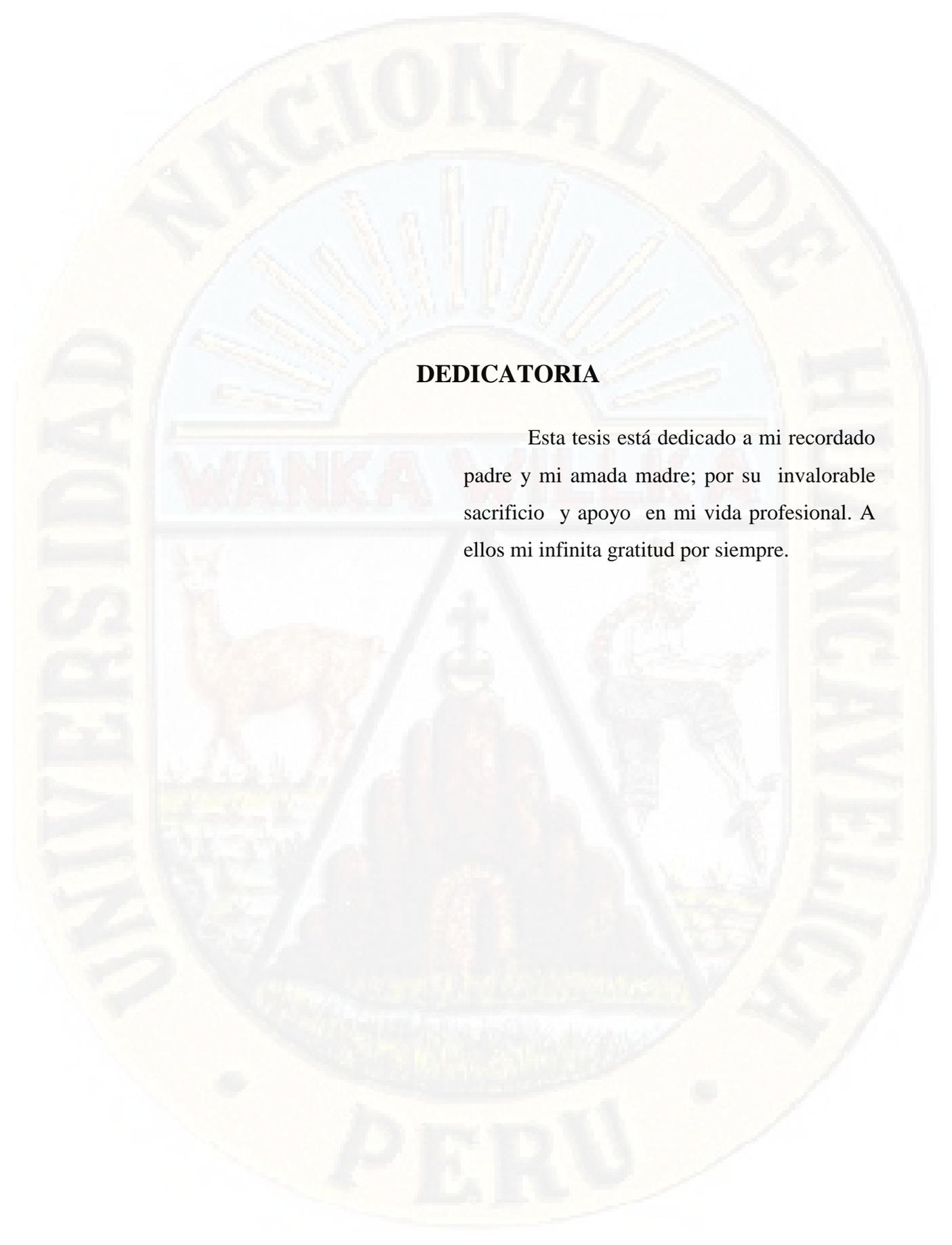
DR. FLORES APAZA, Esteban Eustaquio
PRESIDENTE (JURADO).

Dr. DEL CARMEN IPARRAGUIRRE, DENJIRO FELIX
SECRETARIO (JURADO)

DR. BASUALDO GARCIA, PERCY EDUARDO
VOCAL JURADO (Accesitario)



Asesor: Mg. Job Josué Pérez Villanueva.



DEDICATORIA

Esta tesis está dedicado a mi recordado padre y mi amada madre; por su invaluable sacrificio y apoyo en mi vida profesional. A ellos mi infinita gratitud por siempre.

RESUMEN

Título: Sistema de límites constitucionales a la «libertad salvaje» de los ciudadanos en los delitos de corrupción de funcionarios en un contexto socio-político coyuntural, Poder Judicial Huancavelica, 2018.

Ofrecemos la presente investigación académica, la misma que sostuvo como objetivo principal determinar el desarrollo del sistema de límites constitucionales a la «libertad salvaje» de los ciudadanos en los delitos de corrupción de funcionarios en un contexto socio-político coyuntural, mediante las percepciones en el Poder Judicial, en la jurisdicción del distrito de Huancavelica durante el año 2018. Se tuvo como cuestionamiento lo siguiente: ¿Cuál es la percepción del desarrollo del sistema de límites constitucionales a la «libertad salvaje» de los ciudadanos en los delitos de corrupción de funcionarios en un contexto socio-político coyuntural, Poder Judicial Huancavelica, 2018?; para su indagación se desarrolló el tipo de investigación de tipo básica, en un nivel de investigación de tipo descriptivo-explicativo, su diseño y esquema de la investigación fue un diseño no experimental de tipo descriptivo-explicativo. Se utilizó la encuesta como técnica y el cuestionario como instrumento, siendo la población los jueces del Poder Judicial y abogados de especialidad de la jurisdicción de la Corte Superior de Justicia de Huancavelica, siendo la muestra de 9 jueces y 8 abogados de especialidad y/o auxiliares jurisdiccionales, habiendo sido ésta muestra no probabilístico; se desarrolló el marco teórico en referencia a la doctrina ofrecida a nivel nacional e internacional.

Asimismo se desarrollaron los cuadros estadísticos mediante softwares estadísticos, por tipos de estadísticas la descriptiva e inferencial, la primera permite caracterizar las variables de investigación y la segunda permite contrastar la hipótesis de investigación, en este caso se utilizó el estadístico de prueba del Rho de Spearman. Por lo que al desarrollar la debida confrontación de la hipótesis ofrecida, se tuvo que existe una renuente actitud de los encuestados en reconocer la influencia del contexto socio-político coyuntural, en el sistema de límites constitucionales a la «libertad salvaje» de los ciudadanos en los delitos de corrupción de funcionarios, la

percepción tomada ha indicado que existe una gran discusión entre la realidad existente y su influencia, y otra que la niega, aduciendo una realidad no aceptada, es decir, se señala que existen parámetros en el proceso judicial de respeto a los límites establecidos en la Constitución, y otra que conduce a nuestra realidad palpable, que no existe tal respeto irrestricto.

PALABRAS CLAVE:Sistema de límites constitucionales, poder punitivo, delitos de corrupcion de funcionarios, coyuntura social y política.

ABSTRACT

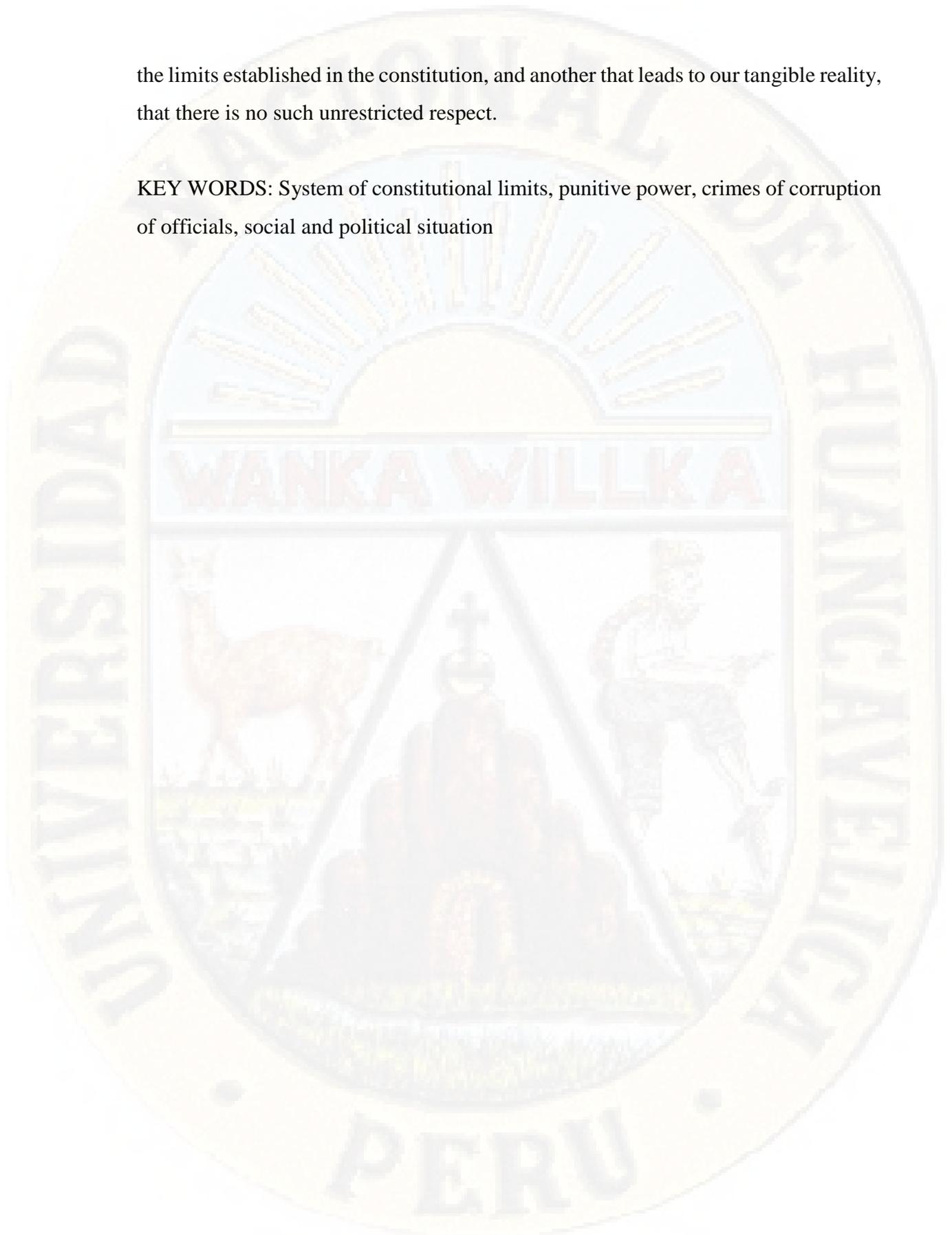
Title: System of constitutional limits to the "wild freedom" of citizens in the crimes of corruption of civil servants in a socio-political context, Huancavelica, 2018.

We offer the present academic research, the same one that sustained as main objective to determine the development of the System of constitutional limits to the "wild freedom" of the citizens in the crimes of corruption of civil servants in a socio-political context, by means of perceptions in the Judiciary, in the jurisdiction of the district of Huancavelica during the year 2018. The following were questioned: What is the perception of the development of the System of constitutional limits to the "wild freedom" of citizens in the crimes of corruption of civil servants in a socio-political context, Huancavelica Judiciary, 2018 ?, For its investigation, the Type of Analytical, Prospective and Transversal Research was developed, at a Descriptive Type Research Level, its Design and Research scheme was a correlational design. The survey was used as a technique and the questionnaire as an instrument, with the population being Judges of the Judiciary and Lawyers specialized in the jurisdiction of the Superior Court of Huancavelica, being the sample of 9 judges and 8 lawyers of specialty, this sample being not probabilistic; The theoretical framework was developed in reference to the doctrine offered nationally and internationally.

The statistical tables were developed by means of statistical software, by descriptive and inferential types of statistics, the first one allows to characterize the research variables and the second one allows to contrast the research hypothesis, in this case and used the test statistic of the Spearman Rho. So when developing the proper confrontation of the hypothesized offense, there was a reluctant attitude of respondents to recognize the influence of the socio-political context, in the System of constitutional limits to the "wild freedom" of citizens in the crimes of corruption of officials, the perception taken has indicated that there is a great discussion between the existing reality and influence and another that denies it, adducing an unaccepted reality, that is to say that there are parameters in the judicial process that must respect

the limits established in the constitution, and another that leads to our tangible reality, that there is no such unrestricted respect.

KEY WORDS: System of constitutional limits, punitive power, crimes of corruption of officials, social and political situation



INDICE

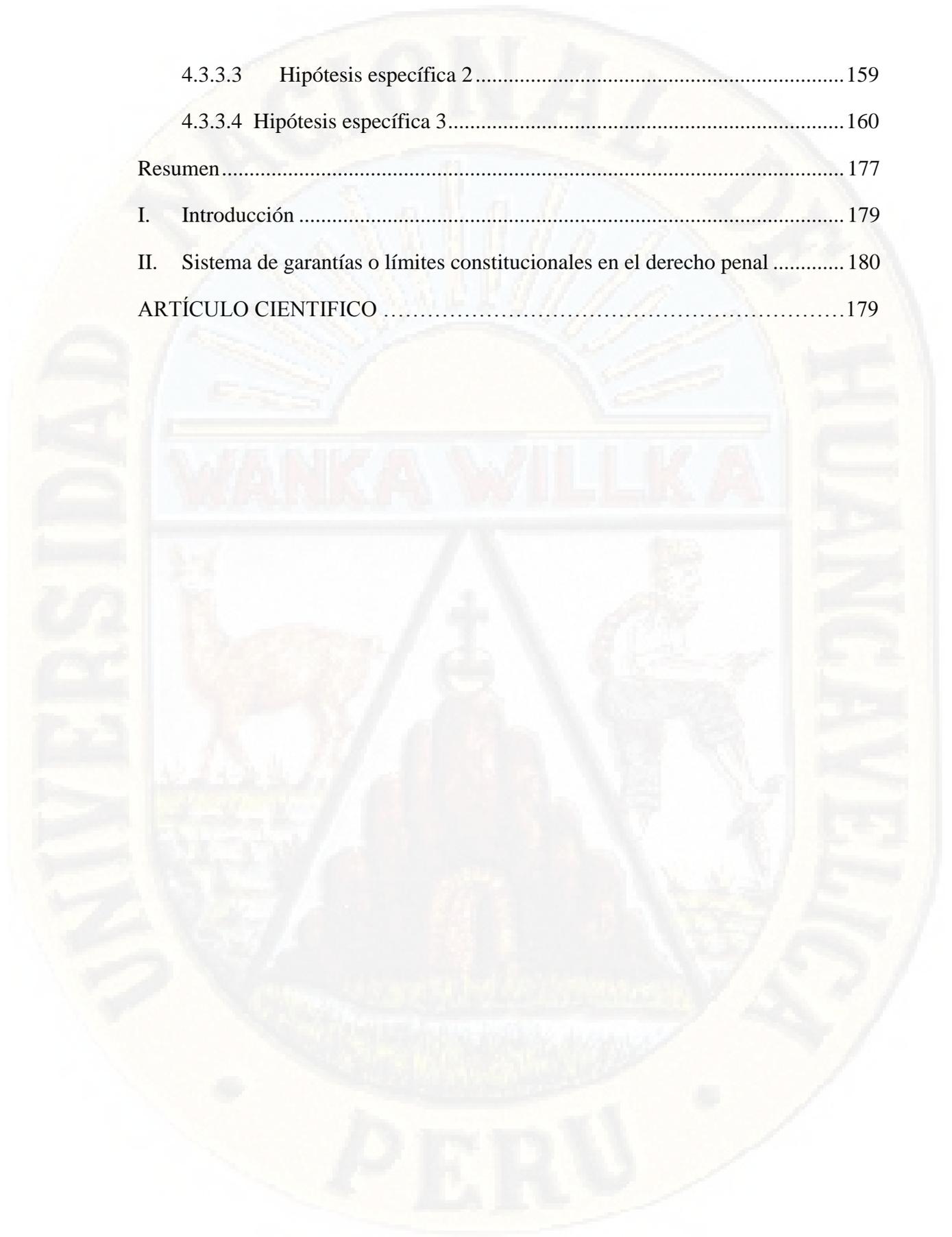
Acta de sustentacion.....	ii
Dedicatoria	iv
Resumen.....	v
Abstract	vii
indice.....	ix
Introducción	xvi
1.1 PLANEAMIENTO DEL PROBLEMA.....	18
1.2 FORMULACIÓN DEL PROBLEMA.....	21
1.2.1 PROBLEMA GENERAL.....	21
1.2.2 Problemas específicos.....	22
1.3 OBJETIVOS DE LA INVESTIGACIÓN.....	22
1.3.1 OBJETIVO GENERAL.....	22
1.3.2 OBJETIVOS ESPECÍFICOS	22
1.4 JUSTIFICACIÓN E IMPORTANCIA	23
1.4.1 Justificación	23
1.4.1.1 Teórica.....	24
1.4.1.2 Práctico.....	24
1.4.1.3 Metodológico	25
1.4.1.4 Relevancia social.....	25
2.1 ANTECEDENTES DE LA INVESTIGACIÓN.....	26
2.1.1 Antecedente internacional.....	26
2.2 BASES TEÓRICAS.....	52
2.2.1 Sistema de garantías o límites constitucionales en el derecho penal.....	52
2.2.1.1 El paradigma del derecho penal mínimo	53

2.2.1.2 Sistema de las garantías penales y procesales.....	58
2.2.2 La pena y los límites de la sanción penal.....	62
2.2.3 Castigo penal y su viabilidad constitucional.....	66
2.2.4 Legitimación del poder punitivo	67
2.2.4 Bases constitucionales preventivas, retribucionistas y resocializadoras - legitimación del poder punitivo.	68
2.2.5 Intereses general y público como expresión punitiva.....	70
2.2.6 Constitucionalismo y Derecho Penal	71
2.2.7 Derechos fundamentales y poder punitivo.....	74
2.2.7 Libertad y castigo.....	77
2.2.8 La función de contención de la Constitución y el Derecho Penal	78
2.2.9 Política de persecución criminal de un Estado constitucional democrático	79
2.2.10 La teoría del garantismo y derechos fundamentales.....	80
2.2.11 De la Jurisprudencia Española, caso: Isabel Pantoja - España.....	88
2.2.11.1 Límites a la libertad en función de restablecimiento de la confianza de la Comunidad, vulnerada por el delito.	88
2.2.11.2 El delito de blanqueo de capitales, relevancia punitiva.....	88
2.2.11.3 Fin de prevención general de la pena.	89
2.2.11.4 Prevención general de la pena, asociada a la función coercitiva y ejemplarizante dirigida a la sociedad	90
2.2.11.5 Peligrosidad objetiva como base del límite a la libertad.....	97
2.2.11.6 La cuasi impunidad material	102
2.2.11.7 De la resolución final del caso Isabel Pantoja.....	104
2.2.12 Sobre los delitos de corrupción.....	105
2.2.13 La característica de la corrupción en un sentido criminológico.	107

2.2.14	Corrupción y administración pública.....	108
2.3	definición de terminos.....	112
2.3.1	Limites constitucionales a la libertad.....	112
2.3.2	Limites a la libertad –salvaje	112
2.3.3	Libertad como poder	113
2.3.4	La libertad jurídica	114
2.3.5	La libertad como juego de alternativas	116
2.3.6	La concepción política de la libertad	117
2.3.7	Libertad y sus justificaciones ideológicas.....	119
2.3.8	<i>Nulla poena sine crimine</i> , o principio de retributividad.	121
2.3.9	<i>Nullum crimen sine lege</i> , o principio de estricta legalidad.	122
2.3.10	<i>Nulla lex (poenalis) sine necessitate</i> , o principio de economía.	122
2.3.11	<i>Nulla necessitas sine iniuria</i> , o principio de lesividad.....	122
2.3.12	<i>Nulla iniuria sine actione</i> , o principio de materialidad.	122
2.3.13	<i>Nulla actio sine iudicio</i> , o principio de culpabilidad.	123
2.3.14	<i>Nulla culpa sine iudicio</i> , o principio de jurisdiccionalidad.....	123
2.3.15	<i>Nullum iudicium sine accusatione</i> , o principio acusatorio.....	123
2.3.16	<i>Nulla accusatio sine probatione</i> , o principio de la carga de la prueba. ..	124
2.3.17	<i>Nulla probatio sine defensione</i> , o principio de contradicción.	124
2.4	formulacion de hipotesis	124
2.4.1	Hipótesis General	124
2.4.2	Hipótesis secundarias.....	124
2.5	identificaciOn de variables.....	125
2.5.1	Variable independiente	125
2.5.2	Variable dependiente.....	125

2.6 OPERACIONALIZACIÓN de variables	125
3.1. TIPO DE INVESTIGACIÓN	128
3.2. NIVEL DE INVESTIGACIÓN	128
3.3. MÉTODO DE INVESTIGACIÓN	128
3.3.1. Método General.....	128
3.4. DISEÑO DE LA INVESTIGACIÓN	129
3.5. POBLACION, MUESTRA, MUESTREO	130
3.5.1. Población.....	130
3.6. TECNICAS E INSTRUMENTOS DE RECOLECCION DE DATOS	131
3.7 TECNICAS DE PROCESAMIENTO DE RECOLECCION DE DATOS	131
3.8 PROCESAMIENTO PARA RECOLECCION DE DATOS	132
3.9 DESCRIPCIÓN DE LA PRUEBA DE HIPÓTESIS.....	132
4.1 Presentación E INTERPRETACIÓN de resultado	134
4.1.1 Validez y confiabilidad del instrumento	134
4.1.2 Resultados descriptivos por ítems	135
4.2 discusión de resultados.....	145
4.3. Proceso de prueba de hipótesis	148
4.3.1 Resultados descriptivos agrupados del planteamiento de las hipótesis	148
4.3.1.1 De la Primera Hipotesis Secundaria.....	149
4.3.1.2 De la segunda Hipotesis Secundaria	150
4.3.1.3 De la Tercera Hipotesis Secundaria	152
4.3.2Resultados descriptivos de las variables	153
4.3.3 Contrastación de hipótesis	155
4.3.3.1 Hipótesis general.....	155
4.3.3.2 Hipótesis específica 1	157

4.3.3.3 Hipótesis específica 2.....	159
4.3.3.4 Hipótesis específica 3.....	160
Resumen.....	177
I. Introducción	179
II. Sistema de garantías o límites constitucionales en el derecho penal	180
ARTÍCULO CIENTIFICO	179



Indice de tablas

Tabla 1. Confiabilidad estadística del instrumento -----	138
Tabla 2. ¿En el actual proceso penal de casos coyunturales de corrupción generalizada, se pondera mejor el interés general y público como expresión punitiva? -----	139
Tabla 3. ¿El contexto de percepción de corrupción generalizada, viabiliza una política de persecución criminal especial? -----	140
Tabla 4. ¿Se prioriza el efecto ejemplarizante de la pena, ante casos de corrupción estatal? -----	141
Tabla 5. ¿El proceso penal contra los funcionarios y servidores públicos, desarrollan contenidos de Teoría del Garantismo y derechos fundamentales? -----	142
Tabla 6. ¿El proceso penal obedece en general a los límites constitucionales establecidos? -----	144
Tabla 7. ¿Existe respeto irrestricto a los límites constitucionales, en los procesos por corrupción de funcionarios, en un contexto social regular? -----	145
Tabla 8. ¿Existe respeto irrestricto a los límites constitucionales, en los procesos por corrupción de funcionarios, en un contexto coyuntural político-social? -----	146
Tabla 9. Resultado descriptivo sobre el contenido del sistema de límites constitucionales a la «libertad salvaje» de los ciudadanos, centra su razón en garantizar los derechos fundamentales -----	152
Tabla 10. Resultado descriptivo sobre: El contexto coyuntural socio-político influye de manera directa en los procesos de delitos de corrupción de funcionarios -----	153
Tabla 11. Resultado descriptivo sobre la influencia del estatus de funcionario público en las decisiones judiciales por los delitos de corrupción de funcionarios, no se enmarca en un contexto constitucional de límites a la potestad punitiva -----	155
Tabla 12. Resultado descriptivo sobre Sistema de límites constitucionales a la: – potestad punitiva– estatal -----	156
Tabla 13. Resultados descriptivos sobre Sistema de límites constitucionales a la: libertad salvaje– de los ciudadanos en un contexto socio -político coyuntural -----	157
Tabla 14. Correlaciones bivariados – hipótesis general -----	159
Tabla 15. Correlaciones bivariados – hipótesis específica 1 -----	161
Tabla 16. Resultados Rho de Spearman hipótesis específica 2 -----	163
Tabla 17. Resultados Rho de Spearman hipótesis específica 3 -----	164

Índice de gráficos

Gráfico 1. ¿En el actual proceso penal de casos coyunturales de corrupción generalizada, se pondera mejor el interés general y público como expresión punitiva? -----	139
Gráfico 2. ¿El contexto de percepción de corrupción generalizada, viabiliza una política de persecución criminal especial? -----	140
Gráfico 3. ¿Se prioriza el efecto ejemplarizante de la pena, ante casos de corrupción estatal? -----	142
Gráfico 4. ¿El proceso penal contra los funcionarios y servidores públicos, desarrollan contenidos de Teoría del Garantismo y derechos fundamentales? -----	143
Gráfico 5. ¿El proceso penal obedece en general a los límites constitucionales establecidos? -----	144
Gráfico 6. ¿Existe respeto irrestricto a los límites constitucionales, en los procesos por corrupción de funcionarios, en un contexto social regular? -----	145
Gráfico 7. ¿Existe respeto irrestricto a los límites constitucionales, en los procesos por corrupción de funcionarios, en un contexto coyuntural político-social? -----	146
Gráfico 8. Resultado descriptivo sobre el contenido del sistema de límites constitucionales a la «libertad salvaje» de los ciudadanos, centra su razón en garantizar los derechos fundamentales -----	152
Gráfico 9. Resultado descriptivo sobre el contexto coyuntural socio-político influye de manera directa en los procesos de delitos de corrupción de funcionarios -----	153
Gráfico 10. Resultado descriptivo sobre la influencia del estatus de funcionario público en las decisiones judiciales por los delitos de corrupción de funcionarios, no se enmarca en un contexto constitucional de límites a la potestad punitiva-----	155
Gráfico 11. Resultados descriptivos sobre sistema de límites constitucionales a la: – potestad punitiva– estatal-----	157
Gráfico 12. Resultados descriptivos sobre sistema de límites constitucionales a la: libertad salvaje– de los ciudadanos en un contexto socio -político coyuntural ----	158

INTRODUCCIÓN

Ponemos a consideración de la academia el presente trabajo de investigación, cuya preocupación se centra en la actual época de coyuntura, la que no deja de informarnos un contexto judicial que reitera casos de delitos de corrupción de funcionarios, ello en un sentimiento social en general que clama en cada oportunidad aplicación de un castigo punitivo ejemplar, con la “idea” de suprimir de inmediato la reiterada conducta proscrita a los funcionarios, entendemos que esta –sugerencia popular- no funda su razón de ser en el elevado concepto de –garantías constitucionales- los que en sede de estudiosos del derecho y la academia y a expresión de Ferrajoli, titula: -Sistema de límites constitucionales a la «libertad salvaje» de los ciudadanos-, sistema de límites constitucionales al *ius puniendi* estatal, la que exige a ésta mediante garantías constitucionales penales y procesales, la negación de las acciones de agresión a las conductas no culpables y el castigo a las ofensivas y culpables, en estricto, debe ser un proceso penal garantista. Teniendo dos direcciones del garantismo penal, los que justifican el poder punitivo a nivel constitucional: esto es a) prevención de los delitos, de los ataques injustos; y, b) la prevención de las penas informales o excesivas, de los castigos injustos. Los más de 4 mil casos por corrupción (al 2018) de autoridades y ex autoridades en los diferentes niveles de gobierno, no hace sino afirmar lo que se informa a diario, una percepción de corrupción generalizada.

En la elaboración del presente informe se ha tenido en consideración lo dispuesto en el reglamento de grados y títulos de nuestra Universidad Nacional de Huancavelica. El planteamiento del problema es desarrollada en primer término, en ella se ha plasmado nuestro cuestionamiento y preocupación a investigar, siendo que a partir de ello se puntualizaron los objetivos pertinentes, en el II capítulo del marco teórico, se averiguó los antecedentes de la investigación así como los conceptos doctrinarios y dogmáticos que ha servido de soporte y de concepto a fin de darle el mejor entendimiento de nuestra propuesta. El capítulo III desarrolla el método utilizado en nuestras averiguaciones, para luego en un Capítulo IV, podamos ofrecer

los resultados de nuestra averiguación, los que luego arribaron en las conclusiones y recomendaciones.



CAPITULO I

EL PROBLEMA

1.1 PLANEAMIENTO DEL PROBLEMA

«Solo una política judicial que no sea coyuntural y asuma como primer y urgente objetivo una refundación garantista de la legalidad penal podrá hoy rehabilitar la primacía de la función legislativa y limitar el poder de los jueces, basándolo en la sujeción a la ley y a su función cognoscitiva»
(Ferrajoli Luigi, 2018)

A nuestra preocupación académica, se ha trasladado lo expresado por Ferrajoli, cuando señala que el: -Sistema de límites constitucionales a la «libertad salvaje» de los ciudadanos-, expresión coloquial de lo conocido como sistema de límites constitucionales al *ius puniendi* estatal, la que exige a ésta mediante garantías penales y procesales (elevadas constitucionalmente) la prohibición de las acciones de agresión a las conductas no culpables y el castigo a las ofensivas y culpables, no sin antes realizar dentro de un proceso penal garantista, una averiguación correcta. Entonces, el sistema constitucional a la «libertad salvaje» de los ciudadanos se da precisamente mediante la prohibición, la investigación y el castigo de las conductas lesivas a derechos ajenos o a otros bienes o intereses fundamentales. Este sistema deberá cumplir también con preceptos constitucionales que garantizan las normas penales primarias, que establecen las conductas proscritas y normas secundarias que establecen las penas a estas conductas, como -límites impuestos a las meras libertades salvajes de los asociados por las normas penales-. Estamos frente a dos direcciones del garantismo penal, es decir se trata de los dos fines que justifican el poder punitivo a nivel constitucional: la prevención de los delitos, de los ataques injustos; y la prevención de las penas informales o excesivas, de los castigos injustos.

Nuestra averiguación académica se centra en el cómo nuestro Estado Constitucional, limita esto de las penas informales o excesivas, de los castigos injustos en un contexto socio-político coyuntural, por lo que determinamos nuestro estudio que colige el siguiente título: Sistema de límites constitucionales a la «libertad salvaje» de los ciudadanos en los delitos de corrupción de funcionarios en un contexto socio-político coyuntural. Cuando expresamos la existencia de un contexto socio-político coyuntural, estamos describiendo lo que viene ocurriendo hasta hoy¹ en nuestro contexto de realidad social, económico y político, ante hechos que conocemos de corrupción *cuasi* generalizada a nivel de los poderes de nuestro Estado peruano, por lo que escogimos los delitos de corrupción materia de investigaciones en giro, que son relevantes a nuestra realidad social, es decir, ya no es extraño o se percibe un rechazo generalizado a los administradores “corruptos” del Estado. Que, en asunto procesal penal, se podría estar extralimitando en ir más allá de lo establecido en el sistema de límites a las libertades de los posibles actores activos del delito indicado, ello por las voces del reclamo de la voluntad o al interés de las mayorías. En éste contexto debemos advertir que, no existe voluntad, por unánime que sea, puede volver legítima la condena de un inocente o a la absolución de un culpable. Tampoco, ningún acuerdo en consenso político, de los congresistas, del denominado cuarto poder (la prensa), o la opinión pública, está facultada para suplantar o, al contrario, pasar por alto las pruebas de una hipótesis acusatoria. En todo caso, creemos que un sistema garantista, de color constitucional en la que decimos vivir, se debe entender que ningún otro principio de autoridad hace que lo verdadero sea falso o ésta verdadero.

¹La coyuntura socio-política que avizoramos refiere, al menos desde el año 1992, cuando se da el destape de los denominados Vladi-videos, expuestos por Kuri a los medios. Destape de la corrupción en el gobierno de A. Fujimori, y actos similares con los demás gobiernos ya fenecidos, y a hoy con lo del CNM.

A setiembre del 2018, más de 4 mil casos por corrupción involucraron a autoridades y ex autoridades de los Gobiernos Locales y Regionales, en informe de la (Procuraduría Anticorrupción.minjus.gob.pe, 2018), informó que 2,059 gobernadores y alcaldes electos entre los años 2002 y 2014 fueron vinculados con presuntos actos de corrupción, incluso 29 de los procesados tienen la calidad de no habidos (prófugos). Existe un informe detallado: “La corrupción en Gobiernos Regionales y Locales”², elaborado por la Procuraduría Pública Especializada en Delitos de Corrupción (PPEDC), donde dieron cuenta de 4,225 casos por delitos contra la administración pública. El mismo informe detalla el registro de denuncias en las 24 regiones del país y en la Provincia Constitucional del Callao, donde Junín, Cusco y Lima son las regiones con “el mayor índice con más de 400 casos de corrupción”. También se informó “...la cifra total de autoridades y ex autoridades vinculadas a delitos de corrupción, 205 se encuentran sentenciados, cuyos actos ilícitos han generado un perjuicio económico total al Estado de S/7727,744.23”. Con lo descubierto recientemente en el caso Odebrecht, una investigación del economista Alberto Graña, citado en el libro de Francisco Durand (Duran, 2018), advierte que al 2016 una serie de prácticas cuestionables de grandes empresas cuestan 32 mil millones de dólares por año (16% del PBI): sobrecostos y sobornos de Odebrecht (4,886 millones y 227 millones respectivamente), reducción de la base imponible de impuestos como resultado de subsidios tributarios (1,6000 millones), evasión (6,1408 millones) deudas impagas a la autoridad tributaria (14,676 millones) y deudas judicializadas por año (9,600 millones). El autor concluye que el país no se está desarrollando, sino que está involucionando; lo que nos indicaría que, el fenómeno de la corrupción en nuestro país ha llegado a niveles de macro corrupción. A decir del historiador Alfonso W. Quiroz, el Perú es un caso clásico de un país profundamente afectado por una corrupción

²Podrá consultarlo en: <https://procuraduriaanticorrupcion.minjus.gob.pe/wp-content/uploads/2018/09/LA-CORRUPCI%C3%93N-EN-GOBIERNOS-REGIONALES-Y-LOCALES.pdf>

administrativa, política y sistemática, tanto en su pasado lejano como en el más reciente (QUIROZ, 2013);y pese a los casos recurrentes todavía no hemos comprendido sobre las causas de éste fenómeno y la forma de como se debería de luchar, y esto se debe -como refiere el autor- a que nuestros historiadores y científicos sociales, no le han dado la importancia debida al papel de la corrupción en la historia nacional.

En otro documento tambien publicado por la PPEDC, en informe especial cuyo título es: “Sospecha generalizada de corrupción contra gobernadores y alcaldes del país”³ Donde la PPEDC en sus conclusiones arriba a considerar, “...preocupante el alto índice de sospecha de corrupción existente en las gestiones de los gobiernos regionales y municipales del país”. Señala además que en éstos casos es alta la probabilidad que los delitos han existido y por ende el proceso termine en sentencias condenatorias consentidas y/o ejecutoriadas. Ahora bien, la realidad de lo fáctico no podría insinuar en el administrador de justicia un prejuicio en todos los casos, ya por una alta probabilidad de responsabilidad penal, ello sumado a un clamor social e ingerencia política, mal haría finiquitar un juicio en contravención de los límites constitucionales.

Queda entonces afirmar lo que Ferrajoli (2018) señala y anotada al introito del éste apartado que, sea el Poder Legislativo quien asuma la legalidad de las normas punitivas y al juez sus tareas de sujeción a la ley y la Constitución y su función cognositiva en su aplicación justa, alejando de éstos cualquier otro tipo de poder ingerente.

1.2 FORMULACIÓN DEL PROBLEMA

1.2.1 PROBLEMA GENERAL

³Ver [en:https://plataformaanticorrupcion.pe/wp-content/uploads/2017/07/INFORME-CORRUPCION-SOBRE-GOBERNADORES-Y-ALCALDES.pdf](https://plataformaanticorrupcion.pe/wp-content/uploads/2017/07/INFORME-CORRUPCION-SOBRE-GOBERNADORES-Y-ALCALDES.pdf)

¿Cuál es la percepción del desarrollo del sistema de límites constitucionales a la «libertad salvaje» de los ciudadanos en los delitos de corrupción de funcionarios en un contexto socio-político coyuntural, Poder Judicial Huancavelica, 2018?

1.2.2 Problemas específicos

- a. ¿Cuál es el contenido del sistema de límites constitucionales a la «libertad salvaje» de los ciudadanos?
- b. ¿De qué manera influye el contexto coyuntural socio-político en los procesos de delitos de corrupción de funcionarios?
- c. ¿Cómo influye el estatus de funcionario público en las decisiones judiciales por los delitos de corrupción de funcionarios en el marco constitucional de límites a la potestad punitiva?

1.3 OBJETIVOS DE LA INVESTIGACIÓN

1.3.1 OBJETIVO GENERAL

Determinar el desarrollo del Sistema de límites constitucionales a la «libertad salvaje» de los ciudadanos en los delitos de corrupción de funcionarios en un contexto socio-político coyuntural, mediante las percepciones en el Poder Judicial Huancavelica, 2018.

1.3.2 OBJETIVOS ESPECÍFICOS

- a) Describir el contenido del Sistema de límites constitucionales a la «libertad salvaje» de los ciudadanos.
- b) Determinar de qué manera influye el contexto coyuntural socio-político en los procesos de delitos de corrupción de funcionarios.
- c) Criticar respecto el cómo influye el estatus de funcionario público en las decisiones judiciales por los delitos de corrupción de funcionarios en el marco constitucional de límites a la potestad punitiva.

1.4 JUSTIFICACIÓN E IMPORTANCIA

1.4.1 Justificación

Es una preocupación actual, la forma como se viene sosteniendo los casos que tengan que ver con la afectación al bien libertad, cuando el Estado tenga que afectarla por razones jurisdiccionales de administración del *ius puniendi*, no tendría mayor comentario si tales afectaciones a la libertad del sujeto activo, no encontraría en el clamor social, o por los tipos de personalidades inmersos en el crimen y tanto más cuando éstos son tratados a nivel de razones políticas, entonces existe un transtorno de afectación a instituciones del derecho penal que éste trabajo trata de develar el contenido que señala nuestro título y planteamiento del problema, lo cual evidencia nuestro trabajo de investigación, por lo que pasamos a describir las razones que justifican el presente trabajo, como señala (Hernandez Sampietri, 1991), se justifica su necesidad e importancia teórica, práctica, metodológica y relevancia social.

1.4.1.1 Teórica

El aporte teórico que exige el presente trabajo académico, es los temas a discutir, en relación a que, si los derechos a la libertad del sujeto activo que viene siendo investigado, se centra en el respeto de las garantías constitucionales, o dichos límites se vienen trastocando a razón de extensas causas que emergen de un entorno político, persona que delinque, o tema coyuntural. Así, el presente trabajo pretende aportar teoría que esboza la realidad de nuestra vida social, la que sin duda es coyuntural, asunto que vienen afectando instituciones del derecho, en la parte de garantías a nivel constitucional, en todo caso nuestro aporte deberá servir para establecer que los procesos de investigación en un contexto coyuntural, en virtud al tipo de sujeto activo, es detonante de establecer criterios al proceso que vienen detallando justicia extraña en un Estado Constitucional de Derecho.

1.4.1.2 Práctico

El presente trabajo se justifica en la práctica, porque desarrollará supuestos de doctrina y dogmática penal, en un contexto constitucional a razón de los resultados científicos a partir de nuestras averiguaciones, justifiquen una advertencia procesal y/o su proscripción a razón de los resultados del estudio, los que tendrán un impacto en los hechos concretos al aplicar las modificaciones y/o aplicar en razón de los fines y objetivos del proceso, ello sin contravenir otros parámetros legales, y por ende sin mermar derechos latentes.

1.4.1.3 Metodológico

En la parte metodológica, el presente trabajo deja a disposición de la academia, los métodos utilizados en la presente investigación, como base de estudio inicial, para que a partir de éste se establezcan teorías y conceptos, a fin de confeccionar otros métodos de estudio, y bases conceptuales que procuren estudios que complementen, contradigan o ratifiquen lo ofrecido al final del presente trabajo.

1.4.1.4 Relevancia social

Para Hernandez Sampietri (1991), una investigación llega a ser conveniente además porque “tal vez ayude a resolver un problema social,” (pag. 40). En nuestro caso, lo que buscamos es establecer, cual es la percepción de nuestros magistrados y operadores del derecho sobre el respeto irrestricto de las garantías constitucionales, incluso cuando éstas vienen como un clamor de la sociedad de que sientan que se debe administrar justicia como –ellos- lo entiendan, y si para ello es necesario traspasar los límites constitucionales, se exija traspasarlo. Entonces, buscamos un sinceramiento de posiciones, a fin de sentar conceptos con los que al final se entienda la real magnitud de una administración de justicia en pro de la sociedad. Al final del estudio quien deberá sopesar los límites, incrementándolos o minimizándolos son los que administran justicia en pro de la búsqueda de una paz en justicia social. Criterio difícil de encontrar.

CAPITULO II

MARCO TEORICO

2.1 ANTECEDENTES DE LA INVESTIGACIÓN

Antes de pasar a los antecedentes, debemos hacer la siguiente advertencia, siendo que nuestra averiguación académica no tiene un antecedente idéntico en sus variables, pero si en el estudio símil de cuyas conclusiones se pueden discutir nuestras conclusiones, por lo que, en lo posible, resaltaremos tales afirmaciones, como relevante a nuestra tesis.

2.1.1 Antecedente internacional

- a. Ladrón De Guevara Pascual, Carmen (2017), en su tesis doctoral: **Seguridad versus garantías procesales: ¿hacia un Derecho procesal del enemigo?**, tuvo por objetivo el determinar en qué medida una respuesta eficaz a la delincuencia terrorista implica, necesariamente, la adopción de leyes y medidas específicas que impliquen la restricción de los derechos individuales y en qué medida esta limitación debe considerarse como propia de lo conocido como derecho del enemigo. Si bien es cierto realiza sus averiguaciones en torno al delito en específico de terrorismo, como fueron los ataques del 11 de septiembre contra las Torres Gemelas de Nueva York y el Pentágono, los que marcaron un punto de inflexión en la lucha contra el terrorismo, a ello suma los ataques en París, Bruselas o Niza, el terrorismo es de nuevo uno de los principales problemas de seguridad en Europa, lo que reaviva el debate sobre los límites de las políticas antiterroristas. Hasta los ataques del 2001 en Nueva

York, la amenaza terrorista fue principalmente un fenómeno regional que afectó a algunos países de Europa, principalmente Gran Bretaña con el IRA y España con ETA. Sin duda, que los ataques del 11 de septiembre marcaron una evolución en la amenaza, transformándola en un fenómeno mundial que ha ido golpeando indiscriminadamente -y a gran escala - también las sociedades occidentales. Tras los últimos atentados terroristas en Europa, el debate sobre la seguridad frente a los derechos individuales ha retomado la agenda de nuestros gobiernos. Realiza razonamiento relevante a nuestra preocupación académica la que se detalla en la percepción de inseguridad, tanto real por el elevado número de ataques como por el sentimiento cognitivo que genera en los ciudadanos, los que lleva a una serie de cuestiones que se plantean desde el punto de vista de la política criminal, como los cuestionamientos como: ¿Existe un derecho fundamental a la seguridad? ¿Pueden los derechos individuales de los ciudadanos ser restringidos para garantizar la seguridad colectiva de la sociedad? ¿Es esta restricción inevitable cuando la actividad criminal terrorista amenaza con socavar los fundamentos de la democracia? ¿Es legítima esta restricción? ¿Es efectiva esta restricción?, es decir ¿los límites al respeto de los derechos que les queda a los de la criminalidad organizada, tienen un tope o se puede agravar la acción punitiva más allá de lo limitado por norma?

La tesis ofrece las siguientes conclusiones a ser rebatida: PRIMERA.- El debate seguridad frente a libertad es un debate que se reaviva cada vez que el terrorismo golpea nuestras sociedades. Se suelen presentar como dos ámbitos contrapuestos, a más seguridad menor libertad y viceversa. Sin embargo, nos encontramos ante dos bienes jurídicos que constituyen los pilares esenciales de nuestros Estados democráticos y de derecho, lo que hace que necesariamente deben de ser conciliables. Asimismo, existe una obligación por parte de los Estados de garantizar su disfrute a todos los ciudadanos. No obstante, no debemos perder de vista que no existe

una libertad absoluta y que la libertad de un individuo termina donde empieza la libertad del otro. De ahí que podamos afirmar la legitimidad de la delimitación de este derecho fundamental en aras a la consecución de bienes mayores. La tarea fundamental del Estado de derecho es garantizar el equilibrio y la armonía de estos dos bienes jurídicos delimitándolos lo mejor posible, creando para ello unas normas y principios que se han convertido en los derechos fundamentales de cualquier Constitución de un Estado social y democrático de derecho. Para ello, se establece un catálogo de libertades fundamentales que solo pueden ser limitadas en casos excepcionales, expresamente marcados por la Ley. De igual modo, el derecho a la seguridad requerirá de los Estados la adopción de medidas específicas para la neutralización de los riesgos que penden sobre ellos. A lo largo de la historia, el terrorismo ha sido una de las principales amenazas para la seguridad de los Estados. Lo que ha obligado a que, por parte de estos, se hayan ido dotando de instrumentos legislativos específicos para hacerle frente. Estas medidas específicas han sido descalificadas por muchos al ser consideradas como propias de un Derecho de enemigos. SEGUNDA.- Según la teoría de Günter Jakobs, los enemigos se caracterizan: primero, porque rechazan por principio la legitimidad del ordenamiento jurídico y persiguen su destrucción; y segundo, por su especial peligrosidad para el orden jurídico, dado que no ofrecen garantías de la mínima seguridad cognitiva, es decir, su comportamiento ya no es calculable de acuerdo a las expectativas normativas vigentes en la sociedad. La visión del delincuente como enemigo no es nueva, sino algo muy antiguo que ha permanecido a lo largo de la historia hasta nuestros días. De ahí que podamos destacar la existencia de un importante aval histórico-filosófico como garantía de la doctrina del Derecho penal del enemigo. Asimismo, frente a los que presentan la teoría del Derecho penal del enemigo como algo propio del Estado autoritario, defendemos su legitimidad siempre y cuando se desarrolle dentro de los límites propios de un Estado de Derecho y del

respeto a los derechos y garantías fundamentales. La principal finalidad de la teoría del Derecho penal del enemigo, más allá de las finalidades meramente formales, la encontraríamos en el derecho a la seguridad de los ciudadanos y a su deber de garantía por parte de los Estados. La garantía de este derecho a la seguridad es lo que empujaría a los Estados a neutralizar los potenciales riesgos, sirviéndose para ello de medidas propias del derecho penal del enemigo. Es por ello, por lo que no puede afirmarse que todo lo que se entiende por derecho penal del enemigo sea ilegítimo ni que todas las disposiciones de las leyes antiterroristas lo sean. Para hacer estas afirmaciones habría que realizar un análisis individualizado de cada disposición o norma. TERCERA.- Hoy en día, el terrorismo se encuentra entre los principales peligros para la seguridad de los Estados, de ahí que en el ámbito de las políticas criminales se encuentren muchas veces legislaciones que, con la finalidad de garantizar la seguridad de los ciudadanos y de hacer frente al terrorismo, reduzcan o limiten las libertades y los derechos fundamentales. La existencia de legislaciones específicas en materia de terrorismo no implica necesariamente que nos encontremos ante legislaciones excepcionales que no respetan las garantías y derechos fundamentales reconocidos a nivel constitucional y que constituyen las bases del sistema penal en un Estado de derecho. En este sentido, es importante distinguir entre lo que son especificidades del derecho para casos excepcionales y los límites para que éstas sean aceptables y excepcionales inaceptables por ser claramente contrarias a los derechos fundamentales, a las garantías propias de un Estado de derecho y estratégicamente ineficaces para combatir el terrorismo. Distinguir entre: limitar derechos fundamentales y excluir/eliminar derechos fundamentales. Distinguir entre: cuando nos encontramos ante normas de Derecho penal del enemigo o ante casos de limitación de derechos por cuestiones extraordinarias. Si planteamos el fenómeno del terrorismo como vulneración de derechos humanos, necesariamente debemos plantear la represión a dichos fenómenos desde

el respeto a esos derechos humanos. De ahí que, necesariamente, junto a la búsqueda de una lucha eficaz frente al terrorismo -a través de una minimización de garantías-se busque el respeto de los derechos fundamentales propios de un Estado de derecho. SEXTA.- El derecho penal no basta para hacer efectiva la represión de las conductas criminales. Es preciso articular el instrumento adecuado para lograr la sanción de esas conductas, es decir, un proceso que permita la debida aplicación de la ley penal, pues el Estado no puede ejercer el *ius puniendi* sin pasar por el proceso, o al menos de una forma legítima. En este sentido es importante destacar que la tipificación de nuevos comportamientos como delitos de terrorismo no basta para hacer frente eficazmente a la criminalidad terrorista. Es necesario articular un proceso penal adecuado que permita la debida aplicación de la ley penal y la efectiva investigación de las conductas tipificadas como delitos. Y ello siempre con el supremo respeto de las garantías y derechos fundamentales de las personas investigadas. OCTAVA.-Esta tensión hace que sea necesario alcanzar el equilibrio entre la búsqueda de la eficacia en las investigaciones contra la criminalidad organizada y el respeto a los derechos y garantías procesales del investigado. Teniendo siempre presente que la limitación de esos derechos y garantías procesales no implican necesariamente la violación o lesión de los mismos por parte del Estado. No podemos perder de vista que las garantías procesales en un Estado de derecho no son solo para el delincuente, sino para todos los ciudadanos. Es una protección para todos frente a posibles arbitrariedades por parte del Estado. De ahí que la defensa de las mismas sea fundamental en todo sistema que se haga llamar democrático. Ahora bien, el reconocimiento de la necesidad de salvaguarda de las garantías procesales no excluye la posibilidad de que en determinados casos, como lo es cuando esté en juego la seguridad de los ciudadanos, estas garantías puedan limitarse en aras a la eficacia de las investigaciones y de los procesos penales en un tipo de delincuencia como es la terrorista. En este sentido se destaca que un Estado

democrático y de derecho debe disponer de medios jurídicos adecuados para combatir la criminalidad terrorista que pretende destruirlo. Debe tenerlos y aplicarlos en toda su extensión. Entre esos instrumentos se encuentra la posibilidad de suspender algunos derechos de aquellos ciudadanos que premeditadamente están privando de sus derechos, principalmente el derecho a la vida, al resto de los ciudadanos.

DÉCIMA.- En relación al ordenamiento jurídico español, en específico para hacer frente al terrorismo podemos destacar la evolución producida desde el carácter excepcional de esta legislación hasta su integración en la legislación ordinaria. En este sentido, el hito más relevante fue el paso de la competencia para el conocimiento y enjuiciamiento de los delitos de terrorismo de la jurisdicción militar a la ordinaria. Estas dos circunstancias han evidenciado, por su eficacia, la conveniencia de hacer frente al fenómeno del terrorismo por medio de instrumentos ordinarios y no excepcionales. Negar ese carácter excepcional al terrorismo supone negar la pretensión de los terroristas de plantear el fenómeno del terrorismo como si de una guerra, entre ellos y el Estado.

DÉCIMO PRIMERA.- La adopción de medidas específicas para hacer frente al terrorismo, por parte de los Estados, ha hecho que hayan sido muchas las críticas por considerar dichas medidas como propias del Derecho del enemigo. No obstante, el hecho de que alguna de las medidas previstas sea propia de lo que se conoce como Derecho del enemigo por sus excesos no invalida el resto de la legislación antiterrorista. Asimismo, no todo lo que es considerado como Derecho del enemigo supone realmente un ataque a los derechos fundamentales o garantías procesales, tratándose simplemente de una limitación de los mismos, pero que no supone su eliminación. A pesar de esta evolución, se observa como los Estados siguen ofreciendo una respuesta reactiva a medida que los efectos del terrorismo se van intensificando. Sin conseguir ofrecer una respuesta realmente preventiva del fenómeno. No obstante, un elemento común a todos los ordenamientos es la regulación legal de la posibilidad de limitar

ciertos derechos fundamentales en el caso de investigaciones por delitos de terrorismo. Presentando este sacrificio como algo inevitable para hacer frente a la criminalidad terrorista de una manera eficaz. Son algunos los excesos que se han producido en lo que a persecución del terrorismo se refiere, como las medidas como la limitación del derecho de defensa en el ordenamiento jurídico alemán han llegado incluso a poder apartar a los abogados de confianza en la defensa de un detenido por delitos de terrorismo; la medida del *internament*, prevista en el ordenamiento jurídico británico hasta 1975, que posibilitaba la detención indeterminada de sospechosos por delitos de terrorismo; la última medida anunciada por el gobierno alemán de encarcelar a “radicales islámicos durmientes”, aunque no hayan cometido ningún delito; y la creación de los tribunales militares secretos por parte del gobierno americano, irían más allá de una mera limitación de derechos, llevando aparejadas una auténtica privación de los derechos más elementales de los individuos. El no respeto por los derechos fundamentales de los individuos es lo que colocaría a estas medidas en la órbita del derecho del enemigo más rechazable y sería recomendable su supresión del ordenamiento jurídico antiterrorista.

DÉCIMO SEGUNDA.- En el caso español, en lo que a legislación antiterrorista se refiere, parte de un amparo constitucional a la suspensión individual de derechos a presuntos terroristas de acuerdo con el art. 55.2 de la Constitución española. Esta limitación de derechos se presenta como algo inevitable a los efectos de poder ofrecer una respuesta adecuada y eficaz frente al fenómeno del terrorismo. En este sentido, supone una obligación de los Estados el utilizar todos los medios legítimos a su alcance para hacer frente a la amenaza terrorista. Esa respuesta debe tratarse de una respuesta individual, evitando situaciones de suspensión generalizada de derechos con los perjuicios que ello acarrearía a toda la ciudadanía. En todo caso se refiere a la limitación de los derechos fundamentales que se conocen como relativos y cuya limitación estaría permitida para aquellos casos en los que estuviera en juego un interés

superior, respetando, eso sí, el principio de proporcionalidad en todo caso. En ningún caso se debe aceptar la limitación de lo que se conoce como derechos fundamentales absolutos, esto es el derecho a la vida, a la salud, a la integridad física, etc., que se situaría en la órbita del derecho del enemigo más rechazable. DÉCIMO TERCERA.- A los efectos de poder determinar si las medidas aplicadas por el Estado son legítimas o por lo contrario suponen un exceso en la respuesta ofrecida por el Estado a la criminalidad terrorista, deberá de analizarse desde la triple perspectiva de idoneidad, necesidad y proporcionalidad. Desde el punto de vista de la **idoneidad**, las medidas adoptadas eran las idóneas, con algún matiz, para la consecución del fin perseguido, que era acabar con el terrorismo. Desde el punto de vista de la **necesidad**, se ha comprobado como no existían otras medidas menos gravosas que posibilitaran la consecución de esos fines. Y, desde el punto de vista de la **proporcionalidad**, las injerencias en los derechos de los individuos han sido proporcionadas con los fines perseguidos. De esta manera, la restricción del derecho a la libertad, a la inviolabilidad del domicilio, a la intimidad o al secreto de las comunicaciones en los términos estudiados en el presente trabajo, no podrán ser consideradas como medida de derecho del enemigo, siempre y cuando se encuentren dentro de los parámetros de control -desde el punto de vista de su idoneidad, necesidad y proporcionalidad- analizados. No obstante, a mayor injerencia en el ámbito de los derechos fundamentales, necesidad de una mayor justificación por parte de la autoridad ordenante de la medida. Asimismo, en lo que al derecho a la libertad se refiere, los problemas no se centran tanto en la posibilidad de limitar el derecho (por ejemplo, ampliando el plazo de detención gubernativa o el de la incomunicación) que no se cuestionan, sino en el plazo durante el que puede prorrogarse dichas medidas. DÉCIMO CUARTA.- En relación con los requisitos (formales, subjetivos, objetivos, temporales y procedimentales) existe cierta laguna en lo que se refiere al necesario control parlamentario de esta potestad

gubernativa. En este sentido, si bien es cierto que este requisito no se refiere tanto a que la exigencia de que este control esté prevista en la Ley, sino al establecimiento de los mecanismos pertinentes en las instancias legislativas, en el marco de sus Reglamentos de funcionamiento, establezcan los mecanismos de control pertinentes. Es necesario establecer un mecanismo de control real sobre el grado de aplicación de las medidas antiterroristas previstas la legislación específica. En primer lugar, para dar cumplimiento a la exigencia establecida en la Constitución; y en segundo lugar, y en aras de una mayor transparencia, para borrar cualquier sombra de sospecha sobre la aplicación de dichas medidas. En los últimos tiempos vienen siendo habituales las críticas a estas medidas, vinculando su aplicación a un supuesto favorecimiento de la práctica de la tortura en nuestro país. Por el contrario, la realidad nos dice que la aplicación de estas medidas cada vez es más excepcional y que se ha adoptado todo un abanico de medidas para borrar cualquier sombra de sospecha que pueda existir sobre la actuación de los Cuerpos y Fuerzas de Seguridad del Estado en lo que a lucha antiterrorista se refiere.

VIGÉSIMA.- La justificación de esta respuesta específica para hacer frente al terrorismo se centra en razones de necesidad social para garantizar el derecho fundamental a la seguridad que tienen todos los ciudadanos, por razón de su eficacia y en el derecho a la justicia debida a las víctimas del terrorismo.

VIGÉSIMO PRIMERA.- La necesidad de esta legislación específica para combatir el terrorismo no implica necesariamente que estemos hablando de un derecho penal y un derecho procesal penal del enemigo. Las medidas específicas no suponen excepcionalidad jurídica como defiende el derecho del enemigo. Las medidas específicas suponen limitación de derechos fundamentales y garantías procesales, pero siempre con un límite bien definido: el respeto a su contenido esencial. No obstante, la defensa de la legitimidad de los Estados para articular respuestas específicas frente al terrorismo no suponen la defensa del “todo vale para combatir el terrorismo”. Esa

legitimidad no es ilimitada, sino que reside en la existencia de unos límites claros para evitar excesos en las respuestas de los Estados. De ahí que el primer objetivo de una estrategia antiterrorista, en el ámbito de un Estado de derecho, deba ser el mantenimiento de la democracia, el imperio de la ley (solo la ley, pero toda la ley) y el respeto de los derechos fundamentales. VIGÉSIMO SEGUNDA.- La búsqueda de un proceso efectivo y de medidas eficaces para la investigación y el enjuiciamiento de los delitos de terrorismo tiene que conjugarse con el necesario respeto a los derechos fundamentales y garantías procesales de los ciudadanos. Del estudio en la evolución de las normas procesales de los países del entorno investigado, así como del estudio comparativo con el ordenamiento procesal de derecho comparado, al respecto dos conclusiones: la primera, evolución positiva del ordenamiento jurídico español en lo que a respeto de derechos fundamentales se refiere; y segunda, la posición aventajada de España en cuanto al respeto de garantías procesales en comparación con otros ordenamientos jurídicos. VIGÉSIMO CUARTA.- La victoria del Estado de derecho frente a los terroristas la encontramos en la capacidad de juzgar en un proceso justo y con plenitud de garantías a quienes negaron la vida de tantas de víctimas del terrorismo. El menor homenaje para rendir a las víctimas del terrorismo es vencer al terrorismo con los instrumentos que nos ofrece el Estado de derecho, solo estos instrumentos pero todos los que tiene a su alcance.

- b. **Sandoval Mesa, Jaime A.**, (2016), a propósito de su tesis doctoral titulado: **El principio de legalidad en materia penal en Colombia y su proceso de transformación. Tensiones entre la ley positiva y los criterios de seguridad jurídica, justicia material y legitimidad.** Postula un estudio del proceso de transformación del principio de legalidad penal en Colombia, a partir de su concepción sustancial. Sobre esta base, el principio analizado se define en razón de las tensiones actuales que se

presentan entre el concepto de ley positiva y sus divergencias con respecto a los elementos de justicia material y seguridad jurídica. Todos ellos integrantes de un principio mayor que los contiene en el Estado Social de Derecho relativo al Principio de Legitimidad.

Las conclusiones que resaltamos son: 2. De la tradición continental europea se deriva el principio de legalidad penal en la Revolución Francesa bajo el concepto del imperio de la ley previa y estricta, fruto del consenso que funda el sistema democrático. Bajo este último fundamento reside el nuevo concepto de legitimidad basada en la ley reemplazando al poder absoluto del Rey. De igual forma se da origen a la codificación penal y en el caso de Norteamérica a las garantías judiciales que verifican la legalidad procesal. Las nociones del crimen y el castigo bajo estos parámetros obedecen a las tesis del iusnaturalismo y el racionalismo en favor de humanizar el castigo y la seguridad jurídica del ciudadano. 5. En la relación positivismo jurídico-principio de legalidad, se funda el Derecho Penal Liberal, mediante el cual se propicia un principio de legalidad gracias a la evolución de la dogmática penal que se traduce en las escuelas del delito (la escuela clásica, la causalista ontológica, la finalista y funcionalista). Las mismas adicionan los elementos actuales de la conducta y la sanción penal en el Estado de derecho. No obstante, se trata de una visión intra jurídica, con más autonomía frente a otros órdenes jurídicos. Finalmente se adiciona el garantismo penal que exige principios de definición del delito y debido enjuiciamiento penal como una de las exigencias actuales del Estado social y democrático de Derecho. Esta perspectiva exige una visión integral del principio de legalidad tanto sustancial como procesal, puesto que adiciona la prevalencia de los derechos humanos mediante las garantías criminal y de enjuiciamiento penal. 16. Desde la Constitución (colombiana) de 1991 En materia de conductas internacionales las incorporaciones de conductas dependientes del núcleo duro de los derechos humanos permite avanzar en la

interpretación contemporánea del principio de legalidad. Sin embargo los asuntos del pasado siguen pendientes de resolución punitiva. En todo caso el bloque de constitucionalidad permite ampliar el contenido de la normatividad penal gracias también a los avances de la ley (colombiana) 599 de 2000 que permite la integración de derechos humanos y el derecho penal. Así se erige en la actualidad un principio de legalidad derivado de la dogmática penal en desarrollo (finalismo- funcionalismo), junto con el garantismo penal (sustancial y procesal) como fundamento de integración constitucional, defensa frente asuntos de connotación internacional y sobre todo de legitimidad penal. 23. La presencia de actos ilegítimos del Estado y de procesos en los que se presenta una legalidad aparente, además de las graves violaciones de derechos humanos en Colombia producen la necesidad de ponderación entre la seguridad jurídica y la justicia material que se resuelve en debida forma ejercitando además el test de proporcionalidad en sentido estricto. El resultado corresponde a la prevalencia de la justicia material dado que se producen menores afectaciones que en la seguridad jurídica dado que en esta última solamente se causan efectos sobre la vigencia temporal de la norma y sobre la determinación legal, mientras que de parte de la justicia material prevalece el derecho de las víctimas a obtener justicia efectiva en sus diferentes atentados considerados de naturaleza internacional (lesa humanidad). Este proceso interpretativo constituye el límite de los límites al proceso de transformación del principio de legalidad penal. 25. Sobre el terreno de la violación grave de derechos humanos, se trata de un proceso de legitimación del sistema constitucional que permite la ponderación y el juicio de proporcionalidad mencionados, toda vez que tal asunto descansa en una norma vigente incluso en el momento de los hechos, más si son anteriores a la Constitución de 1991. Al final constituye un mecanismo de corrección del derecho penal. 26. El concepto de legalidad penal extendida propuesto en la presente tesis se integra por los siguientes elementos: bloque de constitucionalidad; la solución cero; la ponderación y juicio de

proporcionalidad; Los principios del DIDH sobre el principio de legalidad; el factor de legitimidad aparente y de actos ilegítimos del Estado Constitucional; la declaración de *ius cogens* procedente del bloque de constitucionalidad. En el mismo sentido estos elementos constituyen los límites actuales de la legalidad penal que se corresponden con las exigencias del Estado de Derecho Social Constitucional y que buscan la legitimidad del sistema penal mediante los siguientes elementos: prevalencia de los derechos humanos; seguridad jurídica; justicia material; principio de legalidad penal y no impunidad.

- c. **Ruano Godoy (2017)** en su tesis doctoral: **Los principios informadores del derecho Penal en el derecho constitucional Guatemalteco, a la luz del Sistema Interamericano de Derechos Humanos**. Desarrolla aspectos relevantes a nuestra averiguación en relación a las disciplinas jurídicas que más impacto causan en la praxis y de las que se han elaborado diversos estudios doctrinarios, siendo éstos el Derecho Constitucional y el Derecho Penal. Señala el tesista que ambas desarrolladas generalmente de manera aislada, sin percibir el nexo inherente entre ellas, en la consolidación de un Estado Constitucional de Derecho. La relación entre ambas es de tal magnitud que probablemente de todas las disciplinas jurídicas, es el Derecho Penal el que más se relaciona con el Derecho Constitucional. Esto debido a los bienes jurídicos de carácter primordial que el mismo pretende proteger, como la vida, la libertad, etc., y los mecanismos utilizados para su protección y sanción, con el propósito de lograr el mantenimiento de la convivencia social, dentro del marco democrático de derecho. Sin embargo, el Derecho Constitucional se analiza por un lado y el Derecho Penal por otro, salvo excepciones, aunque la relación producida entre estas dos disciplinas es estrecha y vinculante. Que, la Constitución es simplemente una norma jurídica con carácter programático pero de escasa aplicación práctica ha sido superada en la actualidad. En efecto, la Constitución irradia a las otras disciplinas jurídicas con carácter invasivo,

se ha convertido en la norma *normarum* y *lex supremae* por excelencia, que permite su interpretación y aplicación no de ella, sino desde ella con sus principios, valores y reglas. Además, se ha producido una constitucionalización de normas ordinarias penales que desde esta perspectiva han sido optimizadas en un nivel superior de aplicabilidad. De ahí que, el marco conceptual tradicional ha variado en forma considerable en los últimos tiempos y las diversas sentencias, tanto de los Tribunales Constitucionales como de los internacionales de derechos humanos, como el caso de la Corte Interamericana de Derechos Humanos o el Tribunal Europeo de Derechos Humanos lo evidencian y por consiguiente, han posibilitado la comprensión del texto constitucional, ya no únicamente conformado por normas jurídicas como sinónimas de reglas, sino por normas jurídicas compuestas por reglas, valores y principios jurídicos, siendo estos últimos de frecuente observancia en las referidas sentencias. El trabajo de investigación, expresa los contenidos provocado por el neoconstitucionalismo como teoría constitucional, que aunque no se ha desarrollado de manera uniformizada al gravitar entre positivismo y no positivismo, y por otro lado, por el post-positivismo como teoría iusfilosófica, han propiciado la concepción de una Constitución principialista y axiológica, que transforma los modelos interpretativos decimonónicos tradicionales, provocando un redimensionamiento de la función jurisdiccional que ha transfigurado la actividad del juez, quien ha pasado de ser un aplicador de la ley a convertirse en un garante de la Constitución, en la defensa de los derechos fundamentales. El desbordamiento de las fuentes del derecho, que en el caso de los principios jurídicos penales, resulta siendo palpable y atrayente el efectuar un análisis que permita establecer si los mismos responden a la ilustración y liberalismo, y por ende, no requieren de una mutación aplicativa en la actualidad. O bien, si estos requieren ser reinterpretados en algunos casos, de modo diferente a lo tradicional, en búsqueda de una mayor protección de la persona, lo cual constituye su aspecto teleológico. Que teorías neo-

retribucionistas pretenden una extensión del Derecho Penal, en aras de una supuesta defensa del Estado o de la seguridad nacional, ante graves conflictos como terrorismo, narcotráfico, etc., pero prescindiendo de los principios jurídicos y demás normativa propia de un Estado Constitucional y Democrático de Derecho, lo que provoca la irremediable conculcación de sus derechos inherentes. Se tiene que Estado se encuentra facultado para ejercitar el *ius puniendi*, no de manera absoluta, sino sujeto a la Constitución, a las leyes y a los tratados y convenios ratificados en materia de derechos humanos. Es así que para lograr sus propósitos, el Estado no debe utilizar mecanismos arbitrarios, so pretexto de combatir la criminalidad de manera eficiente, así, estos mecanismos son propios de un sistema autoritario y no de un sistema democrático de derecho, porque en este último, prevalece el aspecto político-constitucional del *ius puniendi*, y se limita la potestad punitiva de castigar, mediante la incorporación de principios informadores al Derecho Penal, que el caso de Guatemala, no pueden tergiversar el contenido de la Constitución, ni de la Convención Americana Sobre derechos humanos, entre otros instrumentos prioritarios, y se desarrollan en definitiva, en forma coherente con ambos textos. El constitucionalismo actual, se centra en la persona y prioriza la defensa y promoción de los derechos humanos, como derechos fundamentales, tanto individuales como colectivos. En ese sentido, en el Estado Democrático de Derecho para combatir la criminalidad, no debería existir otra violencia legal que aquella mínima necesaria para lograr la convivencia social y que sirvan para prevenir formas de violencias ilegales y de mayor gravedad. Generalmente el Derecho Constitucional y el Derecho Penal, son analizados de manera aislada y en pocas ocasiones se han realizado trabajos doctrinarios que aborden la relación existente entre ambas ramas del derecho con relación a un tema específico. Esta es precisamente la finalidad que pretende cumplir esta investigación: analizar los principios informadores del Derecho Penal, tanto en su propio ámbito, como desde una óptica constitucional y convencional, priorizando su observancia.

El presente trabajo tiene las siguientes conclusiones que nos interesa, a saber: I. El esquema utilizado en este trabajo partió de la estrecha vinculación existente entre el Derecho Penal con la Constitución y con la Convención Americana sobre Derechos Humanos, específicamente, con la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos. De esa manera se analizó la importancia de la Constitución Política, desde sus orígenes como limitante al ejercicio del poder, mediante su formulación escrita en la que se incluyó la separación de poderes del Estado para cumplir aquel propósito. Es así que su funcionalidad restringida a esos motivos, derivó a la Constitución eminentemente protectora del ser humano, que está omnipresente e irradia las distintas disciplinas jurídicas. Posteriormente, se trató el tema de los principios informadores del Derecho Penal y la influencia decisiva que sobre los mismos ha tenido el Derecho Constitucional en su aplicación. Su origen como limitadores del *ius puniendi* y la relativización que en su aplicación ha reconocido la Corte Interamericana de Derechos Humanos. II. La primera concepción que se tuvo como resultado de la transformación liberal, era la de considerar a la Constitución únicamente como un límite al poder político. Esto porque se establecía tanto una forma de organización estatal, como por incluir de manera expresa en su texto la separación de poderes y la protección de los derechos de los ciudadanos como elementos principales en su contenido. De esa forma se patentiza en el artículo 16 de la Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano de 1789. Sin embargo, con el paso del constitucionalismo de Estado (basado en la observancia exclusiva de la ley) a Constitucionalismo humanista, (fundamentado en la Constitución), la norma suprema ya no se considera exclusivamente como una limitación al poder estatal, sino más bien, dentro de una concepción ontológica humanista de carácter personalista, como protectora de la persona. Con este avance, la Constitución deja de ser considerada como un instrumento jurídico constreñido a regular la organización estatal y de ser

considerado únicamente como limitativo del poder público. Como efecto de lo anterior, la serie de derechos considerados programáticos que contenía ergo, sin eficacia directa, se produjo una renovación inexorable hacia un verdadero instrumento jurídico de protección intrínseca de los derechos de las personas. La constitucionalización del Derecho y el empuje del neoconstitucionalismo, tanto el juez como el magistrado ya no solamente ejercitan la función jurisdiccional ordinaria conforme a la ley, pues actualmente se ha producido un redimensionamiento de la actividad judicial dada la doble vinculación del juzgador, los mismos se encuentra vinculados no solo a la ley, sino primordialmente a la Constitución, puesto que el carácter normativo supremo de esta le ha permitido efectuar una interpretación conforme a la misma. Tanto es así que con el desarrollo del Constitucionalismo contemporáneo, se ha revalorizado la función del juez. Ahora se le reconoce su función como garante de la Constitución y de los derechos humanos de los sujetos procesales. Su ámbito de interpretación ha cambiado, pues ahora la realiza desde la óptica constitucional con sus principios y valores incorporados. IV. En la actualidad los principios jurídicos, tanto en la filosofía del derecho, como en la aplicación cotidiana –praxis– del derecho interno e internacional, gozan de especial trascendencia. Basta con consultar las distintas sentencias emitidas por Tribunales Constitucionales y por Tribunales Internacionales de Derechos Humanos, como el caso de la Corte Interamericana de Derechos Humanos y el Tribunal Europeo de Derechos Humanos, para constatar el cambio paradigmático sobrevenido en la aplicación constante de principios jurídicos en el texto de sus resoluciones. V. La principal función que se le reconocía a los principios jurídicos era la integradora. Esta se aplicaba con peculiaridad en los supuestos en que se originaba una laguna de derecho. Ello provocaba que a los mismos no se les reconociera obligatoriedad en su función interpretativa, sino que se les consideraba subsidiarios de la ley, viables tan solo en la función integradora del texto legal ante la ausencia de norma expresa y por consiguiente, optativa para el juzgador. Pero esta

situación se ha transformado en la actualidad, debido a que los principios han dejado de concebirse exclusivamente como herramientas secundarias en materia interpretativa. VI. El Derecho Penal cuenta con principios propios surgidos esencialmente como resultado del liberalismo y de la ilustración, que pretenden limitar el poder punitivo estatal o *ius puniendi*, a efecto de evitar que en el ejercicio de ese poder se cometan excesos o arbitrariedades que conculquen los derechos de las personas. No obstante, ha sido principalmente el Derecho Constitucional contemporáneo el que ha venido a darle un nuevo impulso a los principios del Derecho Penal, al sustraer los del marco ordinario y tradicional establecido en el texto penal y constitucionalizarlos, para luego dotarlos de un dinamismo práctico impensable con anterioridad. El carácter invasivo de la Constitución ha irradiado un campo fértil, el Derecho Penal, que ha provocado de manera indefectible una re-interpretación de la tradicional visión interpretativa excesivamente formalista y restringida dirigida exclusivamente desde texto legal. Como consecuencia, los principios informadores penales han dejado de ser considerados únicamente como limitativos del ejercicio de la potestad punitiva del Estado. VIII. La principal función del Derecho Penal en un Estado Democrático de Derecho consiste en la protección de los bienes jurídicos de carácter fundamental para la vida en sociedad. De esta manera, el Derecho Penal debe intervenir exclusivamente como última ratio frente a los ataques más perturbadores a la convivencia social. Si efectivamente se observa esta función desarrollada conforme lo establecido en la Constitución, entonces sí se podrá asegurar la efectividad de un Estado Democrático de Derecho, en el cual se respeten los derechos fundamentales de las personas. También, la Corte Interamericana de Derechos Humanos en diversas sentencias ha enfatizado la observancia del principio de mínima intervención, indicando que el uso de la vía penal debe responder a este principio en razón de la naturaleza del Derecho Penal como última ratio. No debe olvidarse, que este Derecho constituye un mecanismo de control social del cual el Estado puede hacer uso para

resolver los conflictos más graves que se originen en la sociedad, y que no puedan ser resueltos por otras vías menos gravosas. Esto porque el Derecho Penal es severo en cuanto a sus efectos y por consiguiente, requiere ser circunscrito a proteger los bienes jurídicos más importantes y a intervenir únicamente en los casos más sustanciales. IX. **El bien jurídico tutelado** limita el poder punitivo estatal al restringirle su expansión únicamente a aquellos valores más importantes que requieran ser protegidos. Lo expuesto, en consonancia con el derecho penal mínimo, puesto que no debe expandirse innecesariamente el campo de aplicabilidad del Derecho Penal en la búsqueda de tutelar penalmente ciertos valores, que pueden perfectamente ser tutelados por otras normativas jurídicas que producen efectos menos nocivos. El carácter subsidiario y fragmentario del Derecho Penal debe prevalecer para que se privilegie de esa forma la protección de los bienes jurídicos más relevantes, y no se sancione penalmente todas las conductas que lesionen los mismos. X. **El principio de culpabilidad** constituye un principio de especial relevancia que requiere ser observado en un Estado Democrático de Derecho, puesto que la pena no puede traspasar, ni en su gravedad ni en su duración, el grado de culpabilidad. En este aspecto antes de imputar a una persona un daño o un peligro contra un bien jurídico tutelado, debe comprobarse la vinculación del autor con el mismo. Es por eso que la prueba de culpabilidad resulta ser vital en el ejercicio de la potestad punitiva, porque se garantiza a los particulares que se presumirá su inocencia y que exclusivamente luego de un procedimiento penal, cuando se logre demostrar su culpabilidad, se les podrá imponer una pena. XII. **El principio de legalidad** es muy importante para el mantenimiento de la libertad y la sustentación del sistema democrático, debido a que persigue amoldar el ejercicio del poder público a lo prescrito específicamente en la ley. Estos aspectos se materializan en la seguridad que tiene el ciudadano de que únicamente cuando haya cometido un delito establecido en la ley correspondiente, se iniciará un proceso penal en su contra. XVI. El respeto

a la dignidad humana representa un fundamento sólido en contra de las detenciones o penas arbitrarias. Es decir, al individuo se le debe respetar su dignidad, de tal forma que no debe ser objeto de torturas, ni de tratos inhumanos o degradantes, entre otros, sino que deben ser observados sus derechos fundamentales cuando se encuentren detenidas o presas. El principio de humanidad de las penas se relaciona intrínsecamente con el respeto de la dignidad humana. En otras palabras, ese principio se concretiza en el respeto que debe tener toda persona por el solo hecho de ser humano. Esta inherencia al ser humano en el caso de la imposición de las penas, comprende un respeto de su condición humana, que no implique una imposición que degrade su condición; que lo humille y le infrinja un dolor innecesario.

- d. **Granda Alonso, José L.**, (2015), en su tesis doctoral titulado: **La Autonomía Judicial en el Constitucionalismo Español**, señala que el sistema de reglas del que refleja las características socioeconómicas y políticas fundamentales de la realidad socio-histórica del que forma parte, es una sociedad ágrafa o un movimiento social en gestación de otro sistema de reglas que en una sociedad con alto desarrollo industrial e informático; una sociedad cazadora nómada determinará otros conflictos como esenciales, como lo son en una sociedad agraria con apropiación predominantemente privada de la producción social; como en una colectividad fundada en el principio de la igualdad de todos sus miembros reconocido mediante su sistema legal otros ámbitos como críticos que una sociedad erigida sobre privilegios acordes con la diferencia de género o de afiliación religiosa. Este sistema de reglas expresa los valores fundamentales aceptados consensualmente por la sociedad respectiva (Krotz, E., 2002). En un sistema normativo no se compone sólo de reglas sino que incluye instituciones, organización, etc., en definitiva, toda una infraestructura jurídica en la que ocupan una posición clave aquéllos a los que corresponde aplicar las normas y garantizar la eficacia de las mismas:

los jueces. La función de éstos, denominada jurisdiccional, en las sociedades más avanzadas es asumida por el Estado, a través del Poder judicial, único capaz de garantizar el desempeño de dicha actividad jurisdiccional en condiciones objetivas de eficacia, independencia e imparcialidad. El imperium del magistrado procede, por el interés político de la paz, en contra de aquel que estorba la ejecución del fallo (Weber, M., 2001). Este imperium del que goza el Poder Judicial tiene limitaciones. Las restricciones de que hablamos pueden ser de dos clases: 1) limitaciones de poder; 2) división de poderes. El imperium tropieza a veces con los derechos subjetivos de los súbditos, derivados de una tradición que se reputa sagrada o de preceptos estatuidos. Sucede otras veces que el imperium choca contra otro del mismo rango o contra un imperium superiora él en ciertos respectos, que restringe su actividad. Ambas situaciones pueden coincidir y, de hecho, el Estado moderno, organizado por medio de competencias, es un resultado de tal combinación (Weber, M., 2001). Llegado a este nivel de desarrollo social – donde procede hacer una serie de reflexiones sobre la idoneidad de los sistemas judiciales adoptados por las democracias contemporáneas para alcanzar la justicia, ya que, si de por sí, toda actividad humana – la judicial incluida – está ligada de forma inseparable al error y resulta indispensable arbitrar los mecanismos necesarios para corregirlo, con mayor motivo si el entramado judicial diseñado es erróneo en sí mismo, difícilmente el resultado de la actividad desempeñada por aquel estará exento de errores. El objetivo de la tesis, fue el análisis y diagnóstico de los errores que padecen las organizaciones judiciales modernas -desde una perspectiva eminentemente práctica y finalista - que como denominador común se circunscriben a la ausencia de una autonomía suficiente respecto a los demás poderes, sean estatales o no. Y cuya resolución pasa por garantizar no sólo la independencia de los jueces, sino también del Poder Judicial como institución. En este sentido la Carta Magna española de 1978 ha supuesto un hito fundamental, con la consagración del Tribunal

Constitucional (TC) y la creación del Consejo General del Poder Judicial (CGPJ), organismos que constituyen la piedra angular sobre la que en un futuro edificar la autonomía judicial plena del Poder Judicial.

La tesis contiene las siguientes conclusiones: Que, la Justicia no es una ciencia exacta ya que donde dos personas pueden ver una injusticia, otras dos personas pueden contemplar justicia, cuando en el siglo XII una conducta puede ser calificada de injusta, en el siglo XXI esa misma conducta puede ser calificada de justa y finalmente, lo que en Dinamarca puede ser considerado justo en Etiopía puede ser considerado como una injusticia manifiesta. Esta complejidad y dificultad por alcanzar la justicia debido a que puede variar en función de las personas, el tiempo y el lugar, conlleva la necesidad de acercar la organización judicial a la sociedad y la forma más fiable de lograrlo es la conexión democrática entre las instituciones judiciales y el pueblo soberano. El concepto finalista y práctico de la Justicia como “la síntesis de la razón y la verdad”, de la existencia de una sola organización judicial que comprende al TC y al CGPJ, y del concepto de autonomía judicial, como “la potestad de la justicia – entendida como organización - para gestionar sus intereses con respeto a los principios de división de poderes y de soberanía popular”; así: 1^a) El constitucionalismo español históricamente, pese a los principios solemnes recogidos en sucesivas constituciones, no ha logrado en la práctica consolidar un auténtico Poder Judicial autónomo e independiente. 2^a) La Constitución española de 1978 supone un punto de inflexión al establecer las bases – TC y CGPJ - para lograr un Poder judicial autónomo del resto de poderes del Estado, sin embargo el desarrollo de esas bases en la propia Carta Magna – arts. 159.1 y 122.3 – y en la normativa de rango inferior nos ha conducido a una oportunidad perdida, ya que han abierto las puertas para que aquellos órganos constitucionales sean colonizados por los demás poderes del Estado y para que la descentralización política en la esfera judicial se haya realizado en

sentido inverso, es decir, de forma vertical y no horizontal - como sería recomendable. 4ª) La autonomía judicial es ya una realidad incuestionable y reivindicada al mismo tiempo por el propio colectivo judicial, que admite diversos grados de intensidad de manera que a mayor autonomía judicial mayor será el grado de justicia y a la inversa. La autonomía judicial es la clave para la resurrección de una Judicatura verdaderamente independiente. La tesis esboza una arista a nuestra preocupación académica, es decir los límites a la libertad de los agentes delictivos, también lo es con afectación política, la que influye directamente al sistema judicial español.

- e. **Guardiola Sánchez, Inés**(2015), la tesis: **Ejecución de las penas**, tiene por objeto el estudio de las formas de suspensión y sustitución de la ejecución de las penas privativas de libertad, medidas previstas y reguladas en el Capítulo III del Código Penal español (en adelante CP), en sus arts. 80 a 94 del mismo, así como los beneficios penitenciarios que pueden obtenerse a lo largo del cumplimiento de una pena privativa de libertad, esto es, las normas y leyes del Derecho Penitenciario. El investigador le da una orientación desde el punto de vista del ejercicio de la abogacía y, especialmente, bajo el prisma del derecho de defensa, reconocido no sólo durante el procedimiento penal, sino también en la fase final de la condena mediante los beneficios que prevé la legislación penal y penitenciaria para el cumplimiento efectivo de las penas. Al tiempo de cambios intensos y extensos del mismo, actualización en la conciencia de que el transcurso del tiempo y las nuevas demandas sociales evidencian la necesidad de llevar a cabo determinadas modificaciones de nuestra norma penal. Se introduce, además, la novedad de la prisión permanente revisable, cuya revisión se establece también como un supuesto de libertad condicional o de una suspensión de la ejecución de la pena, pero también hay una transformación de las reglas penológicas, del régimen de suspensión, sustitución, libertad condicional, antecedentes penales y comiso ampliado.

La reforma cambia el modo de valorar el cumplimiento de la responsabilidad civil así como la sustitución de la prisión por expulsión del territorio nacional. Por otro lado, introduce un nuevo supuesto privilegiado de acceso a la libertad condicional, aplicable a los condenados que cumplen su primera condena, si es breve, y, en estos supuestos, la libertad condicional pasa a considerarse una suspensión del resto de la pena. Se entiende que la suspensión de la ejecución de la pena es una facultad que la ley confiere a los jueces y tribunales para que la otorguen, motivadamente, por ello, la suspensión de la ejecución siempre se confía al arbitrio del órgano sentenciador o ejecutor, con independencia de que se fijen condiciones para la misma. En el Código Penal español, no existe la concesión de la suspensión de la ejecución de las penas privativas de libertad por ministerio de la ley sino que aquélla está sometida a unas condiciones, de un lado discrecionales, en la que el juez o tribunal debe de valorar las circunstancias personales del reo, la naturaleza y forma de comisión del delito; y de otro, necesarias y determinantes por prescripción penal, sin cuya concurrencia no se puede conceder. Se concibe la pena como castigo proporcional a la gravedad del hecho cometido no significa que la sanción correspondiente haya de imponerse y ejecutarse en todo caso. Se puede renunciar a la ejecución de la misma o incluso a la imposición de la pena, si ésta no es indispensable desde el punto de vista de la prevención general, y no está indicada desde la perspectiva de los fines de la prevención especial. Entonces ante, el denominado fracaso universal de la pena privativa de libertad ha motivado que los laboriosos estudios del Derecho Penal y ciencia penitenciaria desarrollen una profunda crítica hacia éstas, proponiéndose penas alternativas o modelos alternativos de control social que huyan de los devastadores efectos de estas sanciones (Saez Cantero, J.A., 1978). Los esfuerzos teóricos por encontrar alternativas a las penas de prisión chocan, radicalmente, con los delitos graves, ya que resultan insustituibles. De modo que, los denominados sustitutivos penales se circunscriben a las penas cortas

privativas de libertad que, en virtud del principio de la proporcionalidad, vendrían aparejadas a delitos menos graves o leves y que, además, desde el punto de vista político-criminal y penitenciario resultan costosas en su ejecución (Cobo del Rosal, M., 2004), puesto que representan un alto riesgo de contaminación carcelaria y, además, no resocializan impidiendo un eficaz tratamiento del reo.

La investigación evacua las siguientes conclusiones: Las formas sustitutivas de las penas privativas de libertad así como de su cumplimiento, es un tema que resulta centenario. Si bien, la literatura jurídico-penal y penitenciaria sobre el mismo es tan prolija como escasos han sido los avances que se han producido en orden al destierro de las penas privativas de libertad, en general, dentro de los sistemas punitivos. Últimamente se habían reformado e introducido alternativas en relación a las penas cortas privativas de libertad, tales como los trabajos en beneficio de la comunidad, y dichos avances no iban dirigidos en la línea de sustituir las penas cortas de prisión por otras, sino por la vía de la inejecución o ejecución incompleta de las mismas, es decir, a través de la suspensión. Muchos de ellos, además, llevados a cabo de manera infructuosa, debido a la falta de medios administrativos y económicos para hacer efectivo los mismos, siendo ésta la principal crítica frente al sistema judicial penal actual, y es en la escasez de medios económicos, administrativos y judiciales para una efectiva, correcta y ágil ejecución de una pena corta de prisión. Tanto la suspensión como la sustitución de las penas privativas de libertad por otras menos gravosas debería ser un beneficio de primer orden en cualquier estado democrático y constitucional, como lo es el Estado español. No obstante, es notorio en éstos tiempos, el desbordamiento de causas en fase de ejecución que padecen en la actualidad no sólo los jueces y tribunales sentenciadores, sino también aquellos específicos de tramitar ejecutorias. A lo largo de la investigación, se ha estudiado la posibilidad de la suspensión y sustitución de la pena privativa de libertad en el mismo

dictado y fallo de la sentencia previsto. Ésta es una excelente opción para no colapsar los juzgados de ejecución y será necesario que, al tiempo de elevar las calificaciones a definitivas en el acto del juicio oral, se solicite en el mismo trámite la suspensión de la pena por parte de los abogados defensores. Existe, desde siempre, cierta ilusión o espejismo en el conjunto de la sociedad según el cual mediante actuaciones represivas se podrá construir positivamente un mundo mejor. Más, esta contradicción de pretender asentar un Estado democrático sobre las bases de la represión tiene graves consecuencias ya que se genera un ambiente cargado de recelo y desconfianza. No sólo es cuestión de más Derecho penal, sino también de un Derecho penal que resulta más intenso, y se presenta como tal. La intensificación se percibe también cuando, siguiendo el modelo de otros países de nuestro entorno europeo, se introduce la prisión permanente revisable para aquellos delitos de extrema gravedad, en los que los ciudadanos demandaban una pena proporcional al hecho cometido. Con todo, por más que se presente como una pena revisable y para casos gravísimos, lo más sintomático, es prever la posibilidad del carácter perpetuo de la pena de prisión y el desasosiego que produce el imaginarnos volver a penas impuestas en otras épocas. Ciertamente, de poco serviría una legislación al estilo de *l'art pour l'art* sino que es positivo que se modifique para mejorarla. Pero quien ha seguido la evolución de nuestro Derecho Penal a lo largo de estas reformas, llega a la conclusión de que las nuevas medidas parece que sirvan más para cubrirse, pero no para lucir sin olvidar, que en dicha cuerda son varios los malabaristas en juego. En síntesis, algunos criterios básicos que podrían inspirar una futura legislación de la ejecución de las penas, serían: a) Que fuera obligatorio la decisión sobre la suspensión y sustitución de la pena en caso de llegar a una conformidad en fase de instrucción. b) Ordenar el ingreso en prisión o, en su caso, su aplazamiento motivado en la misma sentencia condenatoria o, en caso de conformidad, en aquel acto. c) Posibilidad de acceder a un tercer grado penitenciario sin la necesidad de realizar un

efectivo ingreso en prisión, pudiendo acceder a centros abiertos de forma directa para pernoctar. d) Reducir los plazos concedidos a la administración penitenciaria para evaluar los tratamientos y regímenes de los internos a la hora de su clasificación. e) Aumentar el capital destinado a los controles telemáticos en relación con las nuevas medidas previstas, ya que de lo contrario, de nuevo, surgirán los problemas prácticos que conllevan pan para hoy y hambre para mañana. f) Otorgar mayor y especial relevancia a la pena de trabajos en beneficio de la comunidad como forma sustitutiva de cumplimiento de las penas privativas de libertad para delitos menos graves. Esta tesis aborda el problema que conlleva la ejecución de las penas y su efectivo cumplimiento, no afrontado normativamente, confines más políticos que encaminados a amparar los derechos de los condenados. Se postula por un delicado equilibrio en el Derecho penal, entre el margen de libertad de actuación de los ciudadanos y el campo reservado al derecho represivo frente a las conductas incívicas desordenadas, materia de nuestro aporte académico.

2.2 BASES TEÓRICAS

2.2.1 Sistema de garantías o límites constitucionales en el derecho penal

Los límites al *ius puniendi* estatal, esta expresada en sus dos vertientes; al momento de la creación del catalogo de conductas punibles y, a razón de su aplicación de éstos en el sujeto activo. Para el tratadista y doctrinario Ferrajoli Luigi, (2018), el tema es abordado desde la perspectiva del –El Paradigma Garantista–, título de su libro donde esboza conceptos que explican entre otros el papel del proceso penal, cuya expresión fundamental, no sería la prevención del delito, protección de bienes jurídicos y la prevalencia de la norma, o del sistema civilizado, sino otros supuestos que irrumpen como parte de

un concepto utilitario, que viene exigiendo funcionabilidad del sistema, al dar soluciones –prácticas– y, no tanto legales.

2.2.1.1 El paradigma del derecho penal mínimo

Indica Ferrajoli Luigi (2018) que dentro del paradigma constitucional, el derecho penal es el terreno privilegiado en que se articula el complejo edificio jurídico de las libertades: la limitación de las meras libertades con normas primarias incriminadoras y la de las fundamentales libertades frente a (como la liberalidad personal) con normas secundarias sancionadoras, mediante leyes producidas por la autonomía política a través de la medición representativa, en los límites de los derechos de libertad y para la tutela de estos mismos derechos y de los demás bienes y derechos fundamentales. El derecho penal es el terreno en el que se construyó el paradigma del Estado de derecho y de la democracia liberal como sistema de límites a la ley del más fuerte.

Entonces éste paradigma opera en dos direcciones:

- a. Como sistema de límites a la liberalidad “salvaje” de los asociados, mediante la prohibición, la investigación y el castigo como delitos de las ofensas a los derechos ajenos o a otros bienes o intereses estipulados como fundamentales; y,
- b. Como sistema de límites a la potestad punitiva del Estado; mediante las garantías penales y procesales, que impiden la prohibición de las acciones inofensivas no culpables y

el castigo de las ofensivas y culpables sin una previa correcta averiguación.

Estas dos direcciones del garantismo penal corresponden a los dos fines que justifican el poder punitivo:

- a. La prevención de los delitos, de los ataques injustos;
 - b. La prevención de las penas informales o excesivas, de los castigos injustos.
- Las finalidades preventivas del primer tipo, es decir la tutela de los ciudadanos frente a los posibles delincuentes, se procuran mediante las garantías, primarias y secundarias, que consisten en los límites impuestos a las meras libertades “salvajes” de los asociados por las normas penales, primarias y secundarias, que establecen, respectivamente, los delitos y las penas.
 - Las finalidades preventivas del segundo tipo, la tutela de los posibles culpables de delito frente a los abusos punitivos, se persiguen a través de las garantías penales y procesales, primarias aquellas y secundarias estas, consistentes en límites impuestos a la potestad punitiva por los derechos de libertad y por las normas procesales.

La relevancia constitucional del derecho penal. Y, las prohibiciones penales y las penas limitan, unas, las meras libertades individuales y, las otras, la libertad personal, en garantía, primaria y secundaria, de los bienes y derechos de todos, dentro de los límites de las garantías de los derechos de

los posibles reos, que son, a su vez, primarias y secundarias. (Ferrajoli Luigi, 2018).

Explica Ferrajoli, que el derecho penal, sustancial y procesal es, al menos en su modelo axiológico, el lugar privilegiado de las garantías, primarias y secundarias, de los derechos fundamentales individuales de inmunidad de los derechos a la seguridad de los posibles perjudicados; de los derechos de la libertad de los posible imputados y condenados. Su sistema de garantías es constitutivo de la democracia liberal en un doble sentido, correspondiente al doble fin que representa la justificación y la fuente de legitimación y la propiedad de los asociados frente a los delitos que otros pudieran cometer; y la tutela de los mismos asociados, en cuanto posibles imputados y condenados, frente a las prohibiciones inútiles o lesivas de derechos fundamentales, así como frente a las arbitrariedades, errores judiciales y excesos punitivos. De ambos fines, el primero es el más obvio y resulta realmente asumido como el único del derecho penal, dado el carácter utilitarista de todas las doctrinas de la prevención penal, general y especial, negativa y positiva. Es claro que este es un utilitarismo de mediado, incapaz de poner límites al poder punitivo del Estado, y que, más aun, choca con el principio moral kantiano según el cual ninguna persona puede ser tratada como medio para fines ajenos. Solo el segundo fin es apto para dar fundamento al sistema de garantías penales y procesales como medio de tutela no solo de las posibles víctimas de delitos, sino también de los acusados y, más aun, de los inocentes. Este modelo normativo es llamado “derecho penal mínimo”, entendiéndose con esa expresión de acuerdo con la máxima de

Beccaria de que la pena debe ser “la mínima posible en las circunstancias dadas” (Ferrajoli Luigi, 2018, pág. 33).

Esencialmente dos cosas: Un paradigma meta teórico de justificación del derecho penal y un paradigma teórico y normativo de derecho penal como paradigma meta teórico, “derecho penal mínimo” designa una doctrina que justifica el derecho penal si y solo si es capaz de realizar los dos fines enunciados, no solo la prevención cuando menos la minimización de las ofensas a bienes y derechos fundamentales, sino también la prevención y minimización de los castigos arbitrarios; en una frase, si y solo si es un instrumento de minimización de la violencia y la arbitrariedad que se daría si el faltase. Como paradigma normativo, la formula designa el sistema de las garantías penales y procesales idóneo para satisfacer estos dos fines mediante prohibiciones, penas y procesos ordenados a esta doble tutela de los bienes y los derechos fundamentales de los derechos de los sujetos afectados frente a los perjuicios ocasionados por los delitos; de los derechos de los imputados y luego de los presos frente a las arbitrariedades policiales y judiciales y frente a los excesos y los abusos de las autoridades carcelarias (Ferrajoli Luigi, 2018).

El derecho penal resulta así definido y justificado como alternativa a la guerra, como minimización de la violencia y de la arbitrariedad, tanto de las ofensas constitutivas del delito, como de las reacciones informales y excesivas que se producirían a falta de esa previsión. *Ne cives ad arma veniat*: para impedir que los ciudadanos recurran a la violencia, ya sea de los delitos, la de la justicia por propia mano o de la justicia

sumaria. Es por lo que se define al derecho penal mínimo como la ley del más débil frente a la ley del más fuerte que regiría en su ausencia; la garantiza el sujeto más débil, que en el momento del delito es parte ofendida, en el momento del proceso es el imputado, y en el momento de la ejecución penal el preso (Ferrajoli Luigi, 2018).

Si esto es cierto, toda defensa garantista de las libertades fundamentales supone necesariamente la defensa del derecho penal y de la pena frente a las normas de control no jurídico tipo salvaje o disciplinario, a las que abrirían camino las hipótesis abolicionistas. La sanción penal, como técnica de minimización de la violencia de los delitos y de los castigos informales, es la primera garantía del derecho penal. En realidad, una doble garantía: no solo frente a los delitos, sino también frente a las venganzas y las reacciones arbitrarias, desmesuradas o excesivas, esto es, inspirada en la lógica de la guerra de la que aquella es negación. En esta doble función garantista de la sanción penal reside su justificación. Y en el debilitamiento de tal función puede hallarse la causa de la crisis degenerativa del derecho penal, que consiste en la impunidad de los delitos y/o en el afirmarse técnicas punitivas informadas en la arbitrariedad y el abuso; en la crisis de las funciones de prevención de los delitos y de tutela de los perjudicados por ellos, en la de las funciones de prevención de los castigos arbitrarios y de tutela de los imputados; en la inefectividad (primaria) del derecho penal sustancial o en la inefectividad (secundaria) del derecho penal procesal (Ferrajoli Luigi, 2018, pág. 34).

2.2.1.2 Sistema de las garantías penales y procesales

Tal duplicidad de la función garantista del derecho penal resulta habitualmente descuidada por el utilitarismo de las doctrinas tradicionales. En el lenguaje corriente, mientras que las garantías suelen asociarse exclusivamente a la prevención de los castigos arbitrarios o excesivos, la defensa social y la seguridad lo son, también en exclusiva, a la prevención de los delitos. Pero es fácil comprobar que la historia de las penas y de los procesos en su conjunto ha sido más infamante para la humanidad que la historia de los delitos; que siempre en demasiados casos; incluso en las democracias avanzadas la violencia de los abusos policiales y punitivos supera en brutalidad a la violencia de los delitos, que, en suma, la seguridad y las libertades fundamentales resultan a menudo tan amenazadas por los aparatos represivos como por la criminalidad, la que a su vez sólo puede obtener ventajas del defecto de garantías procesales en la correcta averiguación de la verdad. Las funciones preventivas; la defensa social frente a los delitos y la garantía individual frente al propio sistema punitivo; se encuentran unidas en el plano axiológico por la misma finalidad, a la vez de la defensa social y de garantía de los derechos fundamentales de todos, tanto de los posibles perjudicados por los delitos, como de los posibles imputados y condenados. No sólo en los horrores de la inquisición medieval y en los de los regímenes totalitarios, sino también en muchos crímenes contra la humanidad perpetrados en todo el mundo bajo forma de represión penal. En las ejecuciones sumarias y en los miles de abusos policiales en China, Irak e Iran, o en la privaciones de libertad arbitrarias y las torturas a presos en países de antiguas democracias, como Estados Unidos y Gran

Bretaña. En todos estos casos el fracaso del derecho penal se manifiesta dramáticamente en su abdicación y claudicación ante la lógica de la guerra (Ferrajoli Luigi, 2018, pág. 35).

Entre esas dos funciones no existe ninguna oposición. Tanto las funciones de defensa social a través de la prevención de los delitos como las de garantía individual mediante la prevención de los delitos como de las garantías individual mediante la prevención de las penas arbitrarias y excesivas sirvan para garantizar lo mismo de la seguridad que los derechos fundamentales de los perjudicados, que son víctimas de los delitos, y de los imputados, que, a su vez, pueden ser víctimas del arbitrio punitivo. Ambas funciones están conectadas, aunque solo sea porque la primera supone lógicamente la segunda. En efecto, el castigo del inocente equivale siempre a un fracaso del derecho penal en sus dos fundamentos axiológicos y en sus fines justificativos; del segundo fin, de la prevención de las ofensas injustas, ya que cuando aquel se da, no sólo se pena a un inocente, sino que se deja sin castigo a un culpable. A ello se debe que la condena de un inocente suene siempre como una condena de sus jueces. Por eso toda condena injusta es, en realidad, una condena de la justicia, en el plano político y moral. Pues equivale al fracaso, a la violación y la subversión de ambas funciones de garantía del derecho penal y de sus dos finalidades de prevención, de la doble defensa frente a las ofensas injustas y a los castigos sin fundamento, que es la necesaria fuente de legitimización del derecho penal. Por eso *in dubio pro reo*, porque la certeza subjetiva de la culpabilidad del imputado, consiguiente a la exclusión de toda duda razonable es cuando menos un débil subrogado de la imposible certeza objetiva (Ferrajoli Luigi, 2018, pág. 36).

Hay un segundo lugar común, que es la otra cara del primero y en el que siempre se poyan las tentaciones autoritarias: es la antinomia, no sólo entre seguridad y libertad, sino entre eficiencia y garantismo, o lo que es peor, entre garantismo y democracia, cuando la reducción de las garantías se justifica por la defensa de las instituciones. Este prejuicio, generado por las campañas emergentistas sobre la seguridad, la causa de la ineficiencia de la administración de justicia, de sus dilaciones, omisiones, incumplimientos, estarían en el exceso de garantías en favor de los imputados. Se trata de un contrasentido. Las causales de la ineficiencia y a la vez, de la caída de las garantías son muy otras. Precisamente, la más grave es la crisis de la más importante de las garantías penales, el principio de legalidad, provocada por la inflación legislativa. Ciertamente, las garantías del correcto proceso son más costosas y difíciles y por lo común más impopulares que la ciega represión. Pero, garantismo no quiere decir formalismo, liberalismo o tecnicismo, sino tutela de los derechos fundamentales, el primero entre toda la presunción de inocencia hasta prueba en contrario. La alternativa a la arbitrariedad que propone el paradigma del derecho penal mínimo es, en suma, un sistema de garantías de la verdad, y no solo de la libertad, que de este modo realiza la única eficiencia penal que puede perseguir con sensatez. La arbitrariedad que sustituya estas garantías en nombre de la emergencia incluida la emergencia terrorista, no solo sirve para proteger la democracia, sino que mina sus fundamentos y sus líneas maestras transformándola en su contrario (Ferrajoli Luigi, 2018).

Se comprende que de los dos fines o fundamentos del derecho penal a los que se ha aludido, el segundo, aunque habitualmente ignorado, es más importante que el primero para la construcción de un sistema penal garantista. Pues todo el sistema de las garantías penales y procesales que connotan al derecho penal y lo diferencian de sistemas punitivos más expeditos de tipo informal y desregulado esta ordenado a su satisfacción. Se caracteriza este sistema a través de un conjunto de axiomas o principios, concatenados entre sí, como condiciones necesarias de punibilidad y formulables mediante otras tantas máximas latinas.

- I. Nulla poena sine crimine, o principio de retributividad.
- II. Nullum crimen sine lege, o principio de estricta legalidad.
- III. Nullalex (poenalis) sine necessitate, o principio de economía.
- IV. Nulla necessitas sine iniuria, o principio de lesividad.
- V. Nulla iniuria sine actione, o principio de materialidad.
- VI. Nulla actio sine iudicio, o principio de culpabilidad.
- VII. Nulla culpa sine iudicio, o principio de jurisdiccionalidad.
- VIII. Nullum iudicium sine accusatione, o principio acusatorio.
- IX. Nulla accusatio sine probatione, o principio de la carga de la prueba.
- X. Nulla probatio sine defensione, o principio de contradicción.

Estos diez axiomas, elaborados como principios de legitimación política o externa por la tradición ilustrada y

después codificados o constitucionalizados como principios de legitimación jurídica o interna en todos los ordenamientos avanzados, definen el modelo garantista del derecho penal. Más allá de la aparente heterogeneidad, la unidad del conjunto reside en el hecho de que sirve para asegurar un esquema epistemológico de identificación de la desviación penal que, a diferencia de otros modelos punitivos históricamente concebidos y realizados, se basa en dar al juicio penal un carácter tan cognoscitivo como sea posible, vinculándolo a la aplicación sustancial de la ley (Ferrajoli Luigi, 2018).

Por eso el juicio penal es para siempre un saber poder: jurisdicción, esto es, enunciación de lo que el derecho impone, únicamente legitimada por el grado de verdad procesal de las motivaciones en las que se funda. Precisamente con las condiciones de uso del término “verdadero”, las garantías aseguran la verdad o falsedad jurídica abstracta, dentro de los inevitables márgenes de lo opinable, ligados a la interpretación de la ley. Las garantías procesales, con las condiciones de aceptación o rechazo de las mismas hipótesis como verdaderas o como falsas, aseguran su verdad o falsedad fáctica, su verificación o refutación en concreto, si bien con los márgenes inevitables de probabilidad ligados a la valoración de las pruebas (Ferrajoli Luigi, 2018).

2.2.2 La pena y los límites de la sanción penal

Respecto de la pena, ésta además del rol que cumple, debe obedecer a límites de la sanción penal y específicamente de pena carcelaria, en una sociedad democrática ésta alude evidentemente a un genérico parámetro axiológico: El deber ser de la pena en una sociedad basada

en los valores de la democracia. Así, la relación entre derecho penal y la democracia es muy particular. El derecho penal es el terreno en el que, en forma más emblemática, se expresan los límites de la “democracia política”, esta expresión en el sentido de poder y voluntad del pueblo y, por tanto de la mayoría. Si este, y solo este, fuera el sentido de “democracia”, resultaría excluida cualquier posibilidad de fundar una axiología democrática y garantista del derecho penal (Ferrajoli Luigi, 2018).

Por lo que, un derecho penal “democrático” en tal sentido se orientaría inevitablemente hacia formas de derecho penal máximo, represivo en el máximo grado, carente de límites y garantía. Lo que responde a dos motivos. El punto de vista de las mayorías lleva a concebir el derecho penal básicamente como un instrumento de defensa social, es decir, de prevención de los delitos y, por tanto de defensa de los intereses, precisamente, de las mayorías no desviadas, contra los atentados de la seguridad provenientes de las minorías desviadas; y es claro que el parámetro de la máxima utilidad de los no desviados no solo proporciona criterios para limitar o minimizar la aflicción de la pena, si no que proporciona, por el contrario, criterios para maximizarla, es decir la idea de la defensa social, tiene como resultado inevitable el terrorismo penal (Ferrajoli Luigi, 2018, pág. 189).

La desviación de “conductas salvajes” provoca siempre la movilización de la mayoría, que se asume ella misma, como “no desviada” contra la minoría de los desviados percibidos por ella como “distintos” y como fuente de peligros sombríos. Todo esto significa que entre garantismo penal y democracia política existe de hecho una antinomia. La batalla por el garantismo penal, ha sido siempre una “batalla de minorías”. Sin embargo, un segundo sentido, o mejor, una segunda dimensión de la “democracia”, no antitética, sino complementaria a la de la “democracia

política”, que permite entender los fundamentos axiológicos y así mismos los límites del derecho penal y de la pena: se trata de la dimensión que resalta la democracia como “democracia constitucional” o “de derecho”, y que tiene que ver no con quien está habilitado para decidir, sino porque no es legítimo decidir por ninguna materia ni siquiera por unanimidad. Una dimensión con respecto a la cual, de nuevo, el derecho penal representa, e históricamente ha sido, el terreno emblemático de reflexión y elaboración: el de la construcción del Estado Constitucional de Derecho. Esta esfera de lo “no decidible”, del “qué cosa” no es lícito decidir o no decidir, no es más que aquello que en las constituciones democráticas se ha convenido sustraer a la voluntad de las mayorías. ¿y que es aquello que las constituciones, establecen como límites y vínculos para las mayorías, como pre condiciones del vivir civilizado simultáneamente como propia razón de ser del pacto de convivencia? Esencialmente dos cosas: la igualdad de los ciudadanos, tanto si son desviados como si no lo son, y la garantía de sus derechos fundamentales entre todos la vida y la libertad personal, pues no puede existir voluntad de mayorías ni interés general, ni bien común o público, frente a los cuales la vida y la libertad puedan ser sacrificadas. “ningún hombre-escribió Beccaria-, ha hecho don gratuito de parte de la propia libertad en vista del bien público” (Ferrajoli Luigi, 2018).

Entonces, fue la necesidad lo que obligó a los hombres a ceder parte de la propia libertad, es cierto, por tanto que, cada uno solo quiere colocar en el público la mínima porción posible, indispensable para inducir a los demás a defenderlo. Este es el límite impuesto al poder punitivo, por la razón misma del pacto constitucional que lo ha originado, la única justificación con lo que el derecho penal puede contar, en alternativa, la hipótesis abolicionistas, es que dicho límite pueda ser instrumento de defensa y garantía de todos, de la mayoría no desviada pero también de

minorías desviados, y que, por tanto, el derecho se configure como derecho penal mínimo, como técnica de minimización de la violencia en la sociedad: de la violencia de los delitos, pero también de las reacciones que se susciten; en suma, un derecho que cumpla un doble objetivo no solo la prevención y minimización de los delitos, sino también la prevención de las reacciones informales a los delitos y la minimización de las penas (Ferrajoli Luigi, 2018).

Señala Ferrajoli (2018) que, un paradigma semejante se contrapone no solo a las tradicionales doctrinas retribucionistas de la pena, a la manera de Kant o a la de Hegel, que son el fruto de una concepción supersticiosa y vengativa de la relación entre delito y pena, sino también a las tradicionales doctrinas utilitaristas de la prevención o defensa social, tanto las de la prevención general o las de la prevención especial, las cuales asumen como punto de vista y parámetro la utilidad solamente de la mayoría no desviada. Contra este utilitarismo desvirtuado, el paradigma del derecho penal mínimo asume como única justificación del derecho penal, su papel como ley del más débil en alternativa a la ley del más fuerte que regiría en su ausencia: no, entonces, genéricamente la defensa social, sino la defensa del más débil, que en el momento del delito es la parte ofendida, en el momento del proceso es el imputado y en el de la ejecución penal, el condenado.

Siendo esto así, el nexo que une el modelo de justificación del derecho penal mínimo, como justificación solo a posteriori, o sea, respecto de la efectiva capacidad del derecho de minimizar no solo la violencia de los delitos, sino también la de las penas, con el garantismo. Las garantías penales y procesales, en efecto, no son sino las técnicas dirigidas a minimizar la violencia y la potestad punitiva: o sea, a reducir en lo posible los delitos, la arbitrariedad de los jueces y la aflicción de las penas (Ferrajoli Luigi, 2018).

2.2.3 Castigo penal y su viabilidad constitucional

Siguiendo la preocupación académica de Mendoza Ayma, Francisco C. (2019), señalando que la redefinición de los conflictos penales que se generan como consecuencia de la realización de un hecho punible, genera una tensión pugna entre el Estado y el individuo, entre el poder punitivo y la libertad del individuo. La justicia penal es el escenario donde la relación entre el Estado y el individuo muestra su mayor tensión, por la pugna entre el poder punitivo estatal y la libertad del individuo, como lo expresa Olaechea (2006) que “...existe una clara vinculación entre el derecho constitucional y el derecho penal. Esto es así porque el ámbito del derecho penal afecta derechos fundamentales v. gr. la libertad. A esto debe agregarse la idea de que la aplicación del derecho penal debe darse siempre en situaciones extremas”. En esa pugna subyacen íntimas y esenciales vinculaciones de orden político constitucional, siendo que “la dimensión y operatividad de las agencias punitivas específicas del sistema penal constituyen una cuestión de naturaleza constitucional en el plano jurídico” (Zaffaroni, 2001); por esa razón el Derecho penal está fuerte e indisolublemente ligado a la Constitución. La Constitución como norma fundamental se erige en contenido central del Derecho Penal de contención, porque vincula a los jueces en su función de limitar y controlar la violencia punitiva.

Entonces, el imputado es incorporado al proceso penal siempre en desigualdad con relación al Estado; y el resultado, por lo general, es el aplastamiento del individuo frente a la maquinaria del sistema punitivo. Así, dado la magnitud del poder frente al individuo, hace necesario habilitar el control del poder, como lo plantea Rosales (2005) “Ante el aumento del control penal, contrarrestarlo con un aumento del control del poder, mediante la congruencia del Derecho penal con el Estado

Constitucional”, en el ejercicio de violencia punitiva. Ese control solo puede realizarse con un Derecho penal constitucionalizado (Mendoza Ayma, Francisco C., 2019).

2.2.4 Legitimación del poder punitivo

Fundamentar constitucionalmente el poder punitivo, acorde a la tesis de Bricola- anotado por Hornazábal Malaréem (1999), la tesis de la necesaria constitucionalidad de los objetos a ser protegidos penalmente, decía: “la sanción penal puede ser adoptada solamente en presencia de la violación de un bien el cual si no puede ser de igual grado del valor sacrificado (liberad personal), éste al menos es dotado de relevancia constitucional”. Entonces, estamos frente a dos ideologías opuestas e irreconciliables: i) por un lado, el derecho penal está configurado por el discurso de los juristas, para contener el poder punitivo, ii) por otro lado, el poder punitivo está configurado por los actos del poder político-punitivo. En este mismo sentido Zaffaroni, Eugenio R. (2000) señala: “El derecho penal es una rama del saber jurídico. Se trata de un sistema que se construye desde la base de la hermenéutica de las leyes penales (...) El derecho penal es integrador, pues en la tarea de interpretación incluye normas de otras jerarquías y disciplinas” y “El poder punitivo es central en el proceso selectivo de criminalización. Éste se desarrolla en dos etapas, denominadas, respectivamente, primaria y secundaria, la primera a cargo de la actividad legislativa, en tanto que la segunda corresponde a las agencias penales -Policía, Ministerio Público, jueces y agentes penitenciarios-, y es naturalmente selectiva”

Por lo que, una cosa es pretender fundamentar constitucionalmente el derecho penal; y otra muy distinta fundamentar constitucionalmente el poder punitivo, en esto radica el problema. En inicio, decimos que no es posible una fundamentación constitucional del poder punitivo, dado

que el poder punitivo por su intrínseca vocación violenta es, productora de dolor. En otra lectura, el poder punitivo es inútil para resolver los conflictos penales; su alta selectividad lo hace ilegítima. Los datos de la realidad impiden legitimar a un poder punitivo altamente selectivo, y no puede alcanzar una legitimidad constitucional, porque en nombre de valores constitucionales supremos no se puede sacrificar a los seres humanos.

Afirma Donini (2001) que el fundamento de la pena y del poder punitivo se encuentra en la Constitución; señala este autor, que la norma fundamental impone al parlamento, un modelo de intervención penal, así el parlamento está vinculado tanto a los fines e instrumentos de tutela, como a sus límites negativos.

Entonces, la legitimación corresponde a los valores constitucionales que operan como frenos de contención en la imposición irracional de pena, esto es, al Derecho Penal. Esta es una perspectiva cualitativamente diferente, con definido programa constitucional. Así la constitucionalización del Derecho penal, como contención es la principal tarea de los juristas. Precisa Zaffaroni, Eugenio R. (2000) que “el saber del derecho penal debe estar sujeto siempre a lo que informe el saber del derecho constitucional. Históricamente es casi inextricable la dinámica de ambos saberes, pues el derecho constitucional avanza en una constante lucha contra el descontrol del poder...”. En todo caso, la Constitución es valiosa, porque limita la irracionalidad del Poder Punitivo.

2.2.4 Bases constitucionales preventivas, retribucionistas y resocializadoras - legitimación del poder punitivo.

Señala Mendoza Ayma (2019) que se pretende justificar constitucionalmente el poder punitivo y la pena, con la reiteración de los clásicos discursos justificantes de la pena, es decir los –discursos preventivistas, retribucionistas, etc. Los que con un enfoque idealista postulan que: i) la pena tiene por objeto configurar una sociedad conforme a roles estereotipados que corresponde a sus componentes y, las posturas preventivistas positivos de todo pelaje-, o ii) para hacer buenos ciudadanos, la -resocialización y otros embustes justificativos, o iii) para satisfacer las necesidades éticas de la sociedad y el agraviado –disfraces talionescos de la actualización del “ojo por ojo diente por diente” y su expresión en la venganza primitiva-. Una de las formas de justificación embozada, de apariencia constitucional, es el mensaje a la sociedad con el sentido de las resoluciones judiciales.

En sintonía con nuestra preocupación académica, señala Mendoza Ayma (2019), que se pretende legitimar la pena desde la Constitución, confrontando dos intereses opuestos: i) por un lado, el dolor individual del penado; y, ii) por otro, la predominancia de principios abstractos y colectivos. Para Mendoza se efectúa extraños juicios de “ponderaciones”, donde siempre triunfan los valores genéricos. Pero, estos valores abstractos, como seguridad ciudadana, salud pública, seguridad pública, tranquilidad pública, orden público, interés público, etc., –previstos en la Constitución-, se presentan como abstracciones desprovistas de una contextualización fáctica, y son contrapuestos con los derechos fundamentales concretos del imputado. En resumen, para legitimar la pena desde la Constitución, se recurre sólo a la percepción general de la opinión pública, a la invocación de las “necesidades de justicia”, etc. que luego se presenta en una irracional ponderación entre lo abstracto y lo concreto; y hacen primar el “sentimiento general” pretendiendo una presunta utilidad. En este sentido Mendoza Ayma (2019), recuerda al profesor Michael Sandel de Harvard University,

quien introduce los principios del filósofo utilitarista inglés Jeremy Bentham, graficando un famoso caso legal del siglo XIX que implica a un grupo de naufragos que después de diecinueve días perdidos en el mar, el capitán decide matar al más débil, de modo que el resto puede alimentarse de su sangre y su cuerpo para sobrevivir. El caso pone en marcha un debate en clase sobre la validez moral del utilitarismo y su doctrina “el mayor bien para el mayor número”.

2.2.5 Intereses general y público como expresión punitiva

La materialización de éstos intereses generales y públicos – seguridad ciudadana, salud pública, tranquilidad pública, etc., corresponde a políticas públicas de otra naturaleza. En efecto, esas políticas exigen prestaciones públicas presupuestadas y planificadas para la realización de la seguridad, salud, educación, etc. Esos intereses públicos nunca serán realizados con el castigo, pues no puede reemplazar una prestación estatal de otra naturaleza. Esto sería a decir de Mendoza Ayma (2019) una alienación punitiva, ya que la pena no tiene ninguna utilidad para la configuración de esos valores e intereses públicos, bien reactivamente mirando para atrás con ánimo de venganza, o bien, pro futuro con la ficción de que enjaulando a nuestros semejantes “se estabilizan las expectativas sociales que han defraudado ciertos ciudadanos”, o bien, asumiendo la ficción de la prevención. La pena solo causa dolor, y la recurrencia efectista al castigo solo tiene por objetivo disfrazar la ausencia de políticas idóneas para su satisfacción. Minimizar la solución de los problemas sociales al simple castigo, es una alienación punitiva, considerar que el dolor de nuestros prójimos resuelven los problemas sociales, también es una alienación punitiva, en efecto, se asume como real la ficción que los problemas micro y macro sociales pueden ser solucionados con castigo. Esta forma de alienación constituye una forma de cobertura para ocultar los problemas

de estructura social. Es más insidiosa esta alienación cuando son los propios operadores judiciales quienes “creen” que causando dolor se soluciona los problemas de estructura de la sociedad. Esta forma de pensar es reductiva; ya que, inocuizando a los “delincuentes”, enjaulando, matando, neutralizando a los vulnerables, no se solucionan los problemas sociales (Mendoza Ayma, Francisco C., 2019).

Es también otra distorsión de la realidad pretender justificar el castigo desde el dolor de la víctima. La pregunta punitiva es siempre ¿y la víctima qué?; ello sugiere solamente una reivindicación emotiva que carga a los magistrados –jueces y fiscales- de un sentimiento negativo de retribución –término que eufemísticamente maquilla el sentimiento de una primaria venganza colectiva- en el que desaparece la razón del derecho. Las razones que se esgrimen tienen una configuración emotiva, pero no se explica como el castigo soluciona el conflicto, o por lo menos lo redefine (Mendoza Ayma, Francisco C., 2019).

Un principio central que limita el poder punitivo, en un Estado Constitucional, es el principio de utilidad de la intervención penal; pero, si la pena –castigo- en un Estado social “...se legitima sólo en cuanto protege a la sociedad, perderá su justificación si su intervención se demuestra inútil, por ser incapaz de servir para evitar delito. El principio de necesidad conduce, pues, a la exigencia de utilidad” (Mir Puig, 2006). La interpretación de este principio de utilidad, no en el sentido clásico señalado por Mir P., que considera que “la pena debe cumplir una utilidad para ser legítima” sino desde una perspectiva opuesta, lleva a la conclusión de que la pena como expresión del poder punitivo nunca podrá ser legítima por ser inútil.

2.2.6 Constitucionalismo y Derecho Penal

La Constitución en el contexto de un Estado Constitucional de Derecho por sus orígenes históricos y fines liberales, sólo tiene aptitud para legitimar el Derecho Penal. En efecto, construir un derecho penal constitucionalizado requiere considerar el origen y desarrollo del pensamiento constitucional, en esa línea K. Loewenstein, señala que “la historia del constitucionalismo no es sino la búsqueda por el hombre político de la limitación al poder absoluto ejercido por los detentadores del poder” (Loewenstein, Karl, 1969).

Para el clásico constitucionalismo penal los derechos fundamentales aparecen circunscritos a garantías en clave racional y utilitarista de la pena como un conjunto de principios y criterios políticos criminales orientados esencialmente a limitar la intervención penal del Estado, en este sentido, en relación al Estado Constitucional y el derecho penal el Tribunal Constitucional, en la sentencia emitida en el expediente 0012-2006-PI/TC, tuvo la oportunidad de señalar precisiones importantes: “La relación existente entre el Derecho Penal y la Constitución no es reciente sino más bien viene asentándose progresivamente desde inicios del constitucionalismo”, siendo éste irreversible en el tiempo.

La primera etapa del constitucionalismo penal ubica a los derechos fundamentales como contención formal del poder estatal, con funciones limitadoras al poder punitivo del Estado. En ese contexto, los derechos fundamentales constituyen un conjunto de atribuciones del individuo frente al poder punitivo -una de sus expresiones es la legalidad-. Este tipo de constitucionalismo penal se manifestó con vitalidad hasta los años setenta según su significado tradicional de derechos fundamentales de garantía, y limitadores del poder punitivo del Estado. Empero, este constitucionalismo penal clásico solo tuvo presencia prescriptiva. Esta función clásica limitadora del poder punitivo en teoría es la que predomina y se difunde, como expresa Calderón Navarro,

Nelly (2006) “(...) Empero, la intervención punitiva en una sociedad democrática debe estar sujeta a límites, pues el Derecho penal es el medio de control social de mayor injerencia en la esfera de la libertad de los ciudadanos”, en la práctica es la que menos se comprende y aplica; así, emergen no sólo prácticas judiciales negadoras de estos límites constitucionales.

Pero, el constitucionalismo penal actual a decir de (Tiedemann, Klaus, 2003) “La influencia del derecho constitucional y, sobre todo, de las normas constitucionales garantizadoras de los derechos fundamentales, ha sido notable durante los años siguientes a la puesta en vigencia de la Ley fundamental alemana de 1949”. Entonces, tiene la bondad de considerar a la Constitución no solo como un conjunto de límites formales, sino sobre todo se orienta a una legitimación substancial del Derecho Penal, esfuerzo que se orientará en las respuestas minimistas o abolicionista con las limitaciones históricas sociales que suponen; en ese orden, el eje se desplaza de las garantías formales (legalidad, irretroactividad, etc., a los contenidos substanciales fijados por el poder constituyente como límite al poder punitivo -de un determinado momento histórico-. En efecto, la base de legitimación del Derecho Penal, requiere de un programa que esté vinculado a los límites “no decidibles” y “no decidibles que no” establecidos por el poder constituyente, con la finalidad que los poderes constituidos no pueden sobrepasarlos (Mendoza Ayma, Francisco C., 2019).

El ejercicio del poder punitivo formal en el Estado Social y democrático de derecho, no sólo debe respetar las garantías propias del Estado de derecho, como el principio de legalidad constitucional, etc., sino que además debe considerar contenidos materiales, establecidos por el Poder Constituyente, siempre en clave de contención; en efecto, estos contenidos van más allá del ámbito de las garantías puramente formales

y aseguren una eficacia directa de las normas constitucionales, de los derechos de los procesados y condenados, “La constitucionalización del Derecho penal y procesal penal, en resumidas cuentas, significa configurar una política criminal de contención al servicio de la persona humana, vinculando los ejercicios funcionales (...) que evite cualquier género de subjetivismo o arbitrariedad en la actividad persecutoria del delito y durante el proceso que legitima la sanción del mismo”⁴. Entiéndase que la legitimidad del derecho penal estriba en su configuración como contención al poder punitivo. Se trata de considerar a los derechos fundamentales como límite a la irracionalidad pulsante del poder punitivo, formalmente y reforzado con principios. En resumen, el Estado legal pretendió limitar formalmente al poder punitivo; empero, en el Estado Constitucional, esa limitación se refuerza con fundamentos materiales como el principio de razonabilidad y proporcionalidad y los contenidos esenciales de los derechos fundamentales (Mendoza Ayma, Francisco C., 2019).

2.2.7 Derechos fundamentales y poder punitivo

Señala Mendoza Ayma (2019), que la parte orgánica de la Constitución, enuncia un conjunto de principios orgánicos públicos, pero no son fines en sí mismos, pues son principios para la realización de los Derechos Fundamentales enunciados en la parte dogmática de la Constitución. La parte orgánica conforma los límites institucionales al poder, siempre como instituciones orgánicas configuradas para la materialización de los derechos fundamentales. Esta relación de medio-fin que corresponde a los principios orgánicos y los derechos fundamentales, tiene especificidad en el derecho penal; en efecto, cada uno de los conceptos penales deben ser investidos de contenidos

⁴ En Exp. TC, No. 0003-2005-AI, 09/08/2006, P, FJ. 16

limitativos y de contención, configurados en el contexto de la tensión: entre individuo y Estado, entre derechos fundamentales y principios orgánicos.

Estos derechos fundamentales se erigen en un poder-derecho del individuo que limita el poder estatal. En ese orden, insume contenido material al derecho penal, y propende a la optimización de los derechos fundamentales como límite a la vorágine del sistema punitivo. Se trata, pues, de plantear una cuestión mucho más radical, estos es, a decir de Donini, Massimo (2001) se encuentra en la carta constitucional una síntesis *apriori*, de: i) un modelo de límite negativo a la intervención punitiva, un programa más o menos detallado que vincule a todos los poderes; pero además de ii) mandatos de prestación estatal para limitar el poder punitivo.

Los derechos fundamentales contribuyen a una transformación de los caracteres conceptuales del “derecho penal clásico”, orientándolo hacia un fin definido de contención del poder punitivo, ajeno a cualquier pretensión ideal de considerar al castigo como una forma de alcanzar una suerte de justicia universal con sentido ético. Así, desde la teoría de los derechos fundamentales surgen exigencias de tutela más ideales que “esenciales”, de la persona humana (Mendoza Ayma, Francisco C., 2019). Es en este sentido que los derechos humanos, de límite al poder del Estado, como eran considerados originalmente, se han convertido en fundamento, razón y objetivo del poder legítimo; pero, esa pretensión de legitimidad del poder punitivo, queda sólo en intención, puesto que por su propia naturaleza, irracional y selectiva, pulsa siempre por negar los derechos humanos.

Los derechos humanos tienen contenido jurídico y se erigen en prohibiciones y/o mandatos para contener el poder punitivo. En esta

perspectiva Landa Arroyo, refiere que “sobre la base del decálogo de los derechos humanos propio de un Estado social y democrático de derecho, corresponde reformar las bases del Derecho Penal en la Constitución, en función de la tutela de la persona humana y sus derechos. Así, los derechos humanos despliegan su fuerza normativa y replantean conceptos e instituciones clásicas del Derecho Penal en sus campos sustantivo, procesal y de ejecución penal, en función del “bloque constitucional de los derechos humanos” (Angulo Arana, Pedro, 2006).

Entonces, el constitucionalismo desde su origen y desarrollo, nunca tuvo como objeto justificar el poder, sino su objeto fue la limitación del poder. No es la defensa de intereses públicos encarnados por el Estado, sino la contención de la irracionalidad del poder estatal, frente a la debilidad del individuo. El objetivo central del constitucionalismo es la limitación al poder. Es esa la razón, por la que los derechos y libertades de los individuos regulada en la parte dogmática de la Constitución se erigen centralmente como fin supremo del Estado y de la Sociedad como límite del poder.

Esta tarea impone asumir una posición política constitucional, siempre conforme al techo ideológico del constitucionalismo originario que es de corte liberal. En consonancia a la construcción histórica, en dura fragua, de los límites jurídicos y políticos al Poder estatal. En proyección histórica no debe perderse de vista el contexto socio temporal en que el constitucionalismo surgió como necesidad de contener el poder absoluto; es el resultado de una conquista de las libertades del hombre frente al Estado (Mendoza Ayma, Francisco C., 2019).

2.2.7 Libertad y castigo

La privación de libertad impuesta coactivamente por el Estado al individuo, es una consecuencia jurídica del delito (Teran Lomas, Roberto A. M. , 1976); y, es expresión de una de las formas más violentas de intervención del Estado, se entiende de las medidas más violentas, aparentemente legitimadas por su previsión normativa; no hay que soslayar las otras formas de intervención violenta del Estado, más allá de los márgenes de la ley, que son las más y respecto de las cuales no es posible su control que afecta de manera intensa la libertad y otros derechos. Por tanto, constituye un mínimo la exigencia de las razones constitucionales que fundamenten el encierro de un ciudadano.

El juez penal tiene el deber de exponer las razones del porque se impone determinada calidad y cantidad de pena; estas razones deben ser Constitucionales y penales; sólo así se justificaría una sentencia penal, en línea de reducción la habilitación del poder punitivo. De allí la importancia de plantear un programa constitucional de límite al castigo, precisando su sentido y finalidad; en ese orden, ser necesario también determinar las condiciones modeladas por ley para su configuración limitante (Mendoza Ayma, Francisco C., 2019).

Es necesario repensar el liberalismo penal clásico, no en el sentido de un *ricorsia* la formulación clásica de los derechos fundamentales expresada en el principio de legalidad como limitador formal del poder punitivo, sino ahora desde la materialidad de la Constitución sustentada en los principios de proporcionalidad y razonabilidad, y los contenidos de los principios materiales de la Constitución, articulados en función de desarrollar políticas de límite del poder punitivo; pero, nunca como fundamento para legitimar el dolor que causa el poder punitivo sino

para contener la violencia selectiva de la violencia punitiva (Mendoza Ayma, Francisco C., 2019).

2.2.8 La función de contención de la Constitución y el Derecho Penal

Esta función de contención, ha sido expresada por el Tribunal Constitucional, en el expediente 0012-2006-PI/TC, ha precisado: “La relación existente entre el Derecho Penal y la Constitución no es reciente sino más bien viene asentándose progresivamente desde inicios del constitucionalismo. Ya en el artículo 8° de la Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano de 1789, se contenían las ideas fundamentales para limitar la acción del Estado cuando éste ejerce su poder punitivo. En efecto, en el referido artículo se establecía que: La ley no debe establecer más penas que las estricta y manifiestamente necesarias”, aludiéndose claramente a la obligación del Legislador de respetar el principio de proporcionalidad en la determinación de las penas, al postulado de subsidiariedad del Derecho Penal, así como a la exigencia de que sea la “ley” el instrumento jurídico que establezca las penas aplicables a los ciudadanos. Si bien las referidas ideas fundamentales se presentaban inicialmente como fórmulas programáticas y políticas, se han venido repitiendo en las Constituciones y en los Códigos Penales con diversa amplitud y precisión (Tiedemann, Klaus., 1991).

Así, Tribunal Constitucional define su posición con relación al objeto de Constitución y Derecho Penal como límite al poder punitivo; señala además que: “En el caso del ordenamiento jurídico peruano, la Constitución de 1993 ha establecido, en lo que se refiere a la actividad punitiva del Estado, determinadas exigencias no sólo de orden material, sino también de orden procesal”.

“Dentro de los primeras, las garantías materiales, destacan nítidamente:

- a)** El principio de legalidad penal (artículo 2°, inciso 24, apartado “d”);
- b)** El principio de culpabilidad, contenido implícitamente en la cláusula del Estado de Derecho (artículos 3° y 43°), así como en el principio-derecho de dignidad humana (artículo 1°) y en el principio de libre desarrollo de la personalidad (artículo 2° inciso 1);
- c)** El principio de proporcionalidad (último párrafo del artículo 200°);
- d)** El principio de inaplicabilidad por analogía de la ley penal y de las normas que restrinjan derechos (artículo 139° inciso 9);
- e)** La aplicación de la ley más favorable al procesado en caso de duda o de conflicto entre leyes penales (artículo 139° inciso 11);
- f)** El principio de no ser condenado en ausencia (artículo 139°.12);
- g)** El principio de no dejar de administrar justicia por vacío o deficiencia de la ley (artículo 139° inciso 8);
- h)** El principio de que la ley, desde su entrada en vigencia, se aplica a las consecuencias de las relaciones y situaciones jurídicas existentes y no tiene fuerza ni efectos retroactivos; salvo, en ambos supuestos, en materia penal cuando favorece al reo (artículo 103°); y
- i)** El derecho a que toda persona es considerada inocente mientras no se haya declarado judicialmente su responsabilidad (artículo 2°, inciso 24 apartado “e”), entre otras”⁵.

2.2.9 Política de persecución criminal de un Estado constitucional democrático

El TC, en Exp. No. 0003-2005-AI, del 09 agosto de 2006, señala que “La política de persecución criminal de un Estado Constitucional Democrático no puede distinguir entre un derecho Penal de los ciudadanos y un derecho penal del enemigo; es decir un derecho penal que distinga, en cuanto a las garantías penales y los fines de las penas aplicables, entre ciudadanos que delinquen incidentalmente y desde su

⁵ En expediente 0012-2006-PI/TC

estatus en tanto tales, de aquellos otros que delinquen en tanto se ubican extramuros del derecho en general y son, por ello considerados ya no ciudadanos sino más bien enemigos. Para los primeros son aplicables los fines constitucionales de las penas antes aludidas, mientras que para los segundos, no cabe otra alternativa más que su total eliminación. Evidentemente, esta concepción no puede ser asumida dentro de un Estado que se funda, por un lado, en el derecho – principio de dignidad humana y, por otro lado, en el principio político democrático”

El Tribunal constitucional ha referido que: “La existencia de este amplio conjunto de garantías materiales y procesales, que en todos los casos deben ser respetadas por el legislador, limita el tradicional espacio de libertad que tuvo el Parlamento en el Estado Legal de Derecho para determinar los delitos y las penas, así como para regular el proceso. En el Estado Constitucional, el Derecho Penal, el Derecho Procesal Penal y el Derecho de Ejecución Penal, vienen redimensionados por la influencia de los principios, valores y derechos constitucionales. Tanto el Derecho Penal, el Derecho Procesal Penal y el Derecho de Ejecución Penal, sólo pueden ser entendidos hoy en el marco de la Constitución”.⁶

2.2.10 La teoría del garantismo y derechos fundamentales

Para Velasco Cano, Nicole y Jairo Vladimir Llano (2016) en la discusión respecto a, derechos fundamentales: Un debate desde la argumentación jurídica, el garantismo y el comunitarismo, señala que se ha configurado otro concepto sobre los derechos fundamentales que aportan a la deliberación, con la intención de que estos sean plenamente realizados y los beneficiarios directos sean los ciudadanos titulares de los mismos. Esta teoría de los derechos fundamentales tiene en Luigi

⁶ En Exp. No. 0003-2005-AI

Ferrajoli uno de sus referentes destacables. Para el autor, los derechos fundamentales como concepto tendrían un reconocimiento de carácter universal: cuya definición teórica, puramente formal o estructural, de derechos fundamentales: son “derechos fundamentales” todos aquellos derechos subjetivos que corresponden universalmente a “todos” los seres humanos en cuanto dotados del status de personas, de ciudadanos o personas con capacidad de obrar; entendiendo por “derechos subjetivos” cualquier expectativa positiva (de prestaciones) o negativa (de no sufrir lesiones) adscrita a un sujeto, prevista asimismo por una norma jurídica positiva, como presupuesto de su idoneidad para ser titular de situaciones jurídicas y/o autor de los actos que son ejercicio de estas. Esta definición es una definición teórica en cuanto, aun estando estipulada con referencia a los derechos fundamentales positivamente sancionados por las leyes y constituciones en las actuales democracias, prescinde de la circunstancia del hecho de que en este o en aquel ordenamiento tales derechos se encuentren o no formulados en cartas constitucionales o leyes fundamentales, e incluso del hecho de que aparezcan o no enunciados en normas de derecho positivo. En otras palabras, no se trata de una definición dogmática, es decir, formulada con referencia a las normas de un ordenamiento concreto. Son “fundamentales” los derechos adscritos por un ordenamiento jurídico a todas las personas físicas en cuanto tales, en cuanto ciudadanos o en cuanto capaces de obrar (Ferrajoli, Luigi , 2005). La concepción de derechos fundamentales de Ferrajoli se complementa con su concepto de garantía, esencial en el constitucionalismo contemporáneo. El garantismo pretende que los derechos fundamentales de los que son titulares los ciudadanos sean cumplidos de forma permanente por parte de quienes pueden realizar la garantía de los derechos:

Apuntan en su artículo citado, Velasco Cano, Nicole y Jairo Vladimir Llano (2016), que es formal, ante todo, el concepto de “paradigma

constitucional” o “garantista”, dicho paradigma equivale, en el plano teórico, al sistema de límites y vínculos sustanciales, cualesquiera que estos sean, impuestos a la totalidad de los poderes públicos por normas de grado jerárquicamente superior a las producidas por su ejercicio. Mientras la tesis de la conexión con la moral debilita su valor teórico, reduciendo el constitucionalismo a una ideología más o menos compartida que sublima como código moral la Constitución existente. Prueba de ello es que el garantismo constitucional, a tenor de las concretas necesidades incorporadas en él como derechos fundamentales, avanzando en diversas direcciones: en la tutela tanto de los derechos sociales como de los derechos de libertad; frente a los poderes privados y frente a los poderes públicos en el plano internacional y en el estatal. No sólo el lenguaje de los derechos fundamentales no es más que el lenguaje específico, aunque ciertamente el más evolucionado, a través del cual han llegado a ser tratados, en la cultura occidental, aquellos intereses vitales que se reconocían como universales o de todos. Pero ello no es obstáculo para que una teoría jurídica del garantismo pueda sacar provecho también de otros lenguajes y conceptos, como por ejemplo el de los bienes fundamentales y los bienes comunes, elaborados por otras culturas y dotados de una diferente, si bien no menos importante, función garantista (Ferrajoli, Luigi, 2009).

De acuerdo con Ferrajoli, la responsabilidad de garantizar los derechos fundamentales que se encuentran en el texto constitucional está en el Gobierno y las instituciones públicas. Su cumplimiento debe ser total, debido a que estos derechos se enmarcan en las reivindicaciones políticas y sociales y a la vez se relacionan con el contexto social en donde serán llevados a cabo por las organizaciones estatales: El paradigma constitucional desplaza, de hecho, al espacio privilegiado de la política fuera del derecho, colocándolo en las luchas y en las

dinámicas sociales y culturales. Ya que, desde el punto de vista interno o jurídico, la política queda vinculada por el derecho y, en particular, por el deber constitucional de garantizar los derechos fundamentales positivamente consagrados, de manera que si alguna vez solo el gobierno pudo ser llamado, en sentido amplio, “ejecutivo” con respecto a la legislación; hoy bien puede serlo también el Parlamento respecto a la Constitución. Pero ello no quita para que el derecho —todo el derecho, incluso, por tanto, el constitucional— sea según el modelo iuspositivista del cual el constitucionalismo es solo un perfeccionamiento, derecho “puesto”, es decir, producto de la política y de las luchas sociales mediadas y representadas por ella (Ferrajoli, Luigi, 2005).

La responsabilidad estatal de garantizar los derechos fundamentales adquiere una dimensión central en los Estados contemporáneos, pues afecta la organización política estatal. Por eso, las instituciones estatales reconocidas constitucionalmente se ponen al servicio de la garantía de los derechos fundamentales; este es el caso del Ejecutivo, del Parlamento o del Judicial, ya que una parte del soporte de estas organizaciones estatales es la democracia. Para la teoría y la práctica de la garantía de los derechos fundamentales ya no sería la democracia formal de las mayorías políticas, sino de la democracia sustancial que, para Ferrajoli, está relacionada con los derechos fundamentales: Según la concepción predominante, la democracia sería un método de formación de las decisiones públicas. Más exactamente, consistiría en el conjunto de “reglas del juego” que atribuyen al pueblo, o mejor, a la mayoría de sus miembros, el poder, directo o a través de representantes de asumir dichas decisiones. Esta noción de democracia podría llamarse formal o procedimental (Velasco Cano, Nicole y Jairo Vladimir Llano, 2016). Es indudable que la dimensión formal de la democracia como poder basado en la voluntad popular expresa un rasgo absolutamente

necesario, una *conditio sine qua non*, en ausencia de la cual no se podría hablar de “democracia”. Todos los derechos fundamentales dan forma y contenido a la “soberanía popular” y a la “voluntad popular”, la cual no puede manifestarse de manera auténtica si no puede expresarse libremente, y no puede expresarse libremente si no dispone de garantías no solo para los derechos políticos sino también para los derechos de libertad y para los derechos sociales. Estos derechos, por consiguiente, no son solamente límites a la democracia política. Son además, la sustancia democrática, puesto que se refieren al pueblo en un sentido más concreto y vinculante que la propia representación política, es decir, a todos y cada uno de sus miembros en carne y hueso (Luigi Ferrajoli, 2009).

El incumplimiento de los derechos fundamentales por parte de un Estado hacia sus ciudadanos afecta negativamente la concepción de democracia sustancial, lo que se expresaría en descontento ciudadano, inestabilidad política o pronunciamientos de rechazo internacional, puesto que la vulneración de derechos fundamentales esenciales como la alimentación, la salud y la vivienda pone en entredicho la responsabilidad estatal ante sus ciudadanos; por eso, los Estados permanecen elaborando estrategias conducentes a cumplir con los derechos fundamentales: Pero ese experimento —no mental sino trágicamente real— ha sido realizado en este siglo por la humanidad con la catástrofe de los totalitarismos y de las guerras mundiales. Descubrimos entonces que ni siquiera la mayoría, que consistió la toma de poder por el fascismo y el nazismo, ni siquiera el consenso de masas utilizado por los regímenes totalitarios, garantizan la calidad de los poderes públicos; que también la regla de la mayoría, si no está sometida a una ley superior, puede siempre degenerar y convertirse en la ley del más fuerte y legitimar guerras, destrucciones, violaciones de la vida y de la dignidad de las personas, así como supresiones de las

minorías. Fue sobre la base de estas terribles experiencias —los “sufrimientos indecibles de la humanidad” al día siguiente de la Segunda Guerra Mundial fue refundado el constitucionalismo a través de su expansión hacia el derecho internacional y por medio de la rigidez impresa a las constituciones estatales (Velasco Cano, Nicole y Jairo Vladimir Llano, 2016).

De esta manera se ha puesto fin tanto a la soberanía externa como a la soberanía interna: es decir una segunda revolución, una segunda mutación del paradigma del derecho, no menos importante que el producido con el nacimiento del Estado moderno y del positivismo jurídico. Gracias al constitucionalismo rígido, de hecho, la mayoría y por tanto la democracia política, dejan de ser soberanas y omnipotentes y encuentran límites y vínculos de derecho positivo en la forma rígida con que todos los derechos fundamentales —de los derechos de libertad a los derechos sociales— son estipulados y puestos a resguardo de su arbitrio. Pero se trata de una mutación que se produce en el interior del paradigma iuspositivista, no ya como su debilitamiento sino como su complemento, pues equivale a la sujeción a la ley, o sea a la Constitución que no es menos ley positiva que las leyes ordinarias, no solo de la forma sino también del contenido de las leyes mismas, y por ello a la positivación no solo de su ser sino también de su deber ser, no solo de sus condiciones de existencia y validez formales sino también de sus condiciones de validez sustanciales, es decir de las opciones por el legislador constituyente que el legislador ordinario está obligado a respetar (Ferrajoli, 2010).

Para Ferrajoli, el cumplimiento de los derechos fundamentales no debe limitarse a los Estados-Nación contemporáneos hacia sus ciudadanos, sino que debe ser global. De no serlo, se estarían afectando negativamente derechos fundamentales como la igualdad y la justicia,

entre otros, debido a que unos Estados garantizarían los derechos fundamentales a sus ciudadanos y otros los vulnerarían, situación que cuestionaría la estabilidad global: los derechos fundamentales y de los otros principios de justicia formulados en las normas constitucionales, respecto a la cual están, además ampliamente incumplidos. Pero sobre todo, si es cierto que los derechos fundamentales cuestan, también es cierto que cuestan mucho más sus violaciones y su falta de satisfacción. La garantía de todos los derechos fundamentales —de los derechos sociales no menos que los derechos de libertad— no es, pues, solo un fin en sí, sino que está también un medio del desarrollo no solo civil sino también económico. La prueba histórica de este nexo entre satisfacción de tales derechos y desarrollo está, por lo demás, bajo la mirada de todos, siendo proporcionada por la experiencia de los propios países ricos. Seguramente el mayor desarrollo económico, el mayor bienestar, las mayores riquezas de estos países con respecto al resto del mundo, así como en relación a su pasado, son en gran parte debido al mejoramiento de las condiciones de vida: a la mayor educación, al mejor estado de salud, a las mayores energías dedicadas por cada uno al trabajo y a la investigación. Al punto que podríamos decir, invirtiendo el prejuicio de la contraposición entre garantía de los derechos y desarrollo de la economía, que la mejor política económica, es aquella más eficaz para promover el desarrollo, así como la mejor política en materia de seguridad y de prevención de los delitos, es una política social dirigida a garantizar los derechos vitales de todos. Contra las actuales tendencias de las políticas neoliberales al desmantelamiento de la esfera pública y Estado social, hace falta en fin más que nunca reconocer que donde no hay esfera pública no hay desarrollo; y que la historia del Estado de derecho y de la democracia y la historia del desarrollo económico son dos historias paralelas, desarrolladas ambas mediante una larga lucha contra los poderes salvajes, tanto públicos

como privados, dirigida a hacer cada vez más funcional la garantía de un mayor número de derechos para todos (Ferrajoli, Luigi , 2012).

Para Ferrajoli, las convergencias más importantes coincidencias se hallan: I. Los derechos fundamentales tienen que cumplirse por los Estados, los Gobiernos y las instituciones públicas; II. Los jueces constitucionales se convierten en protectores de los derechos fundamentales y, por eso, el control constitucional que ejercen sobre las organizaciones políticas del Estado y responsables del cumplimiento de los derechos, y III. La garantía o el cumplimiento de los derechos fundamentales está relacionado con la democracia y, por ello, con el cumplimiento de los derechos fundamentales, los Estados contemporáneos no solo estarían fomentando el bienestar de sus ciudadanos, sino también la democracia y su estabilidad política y social.

Entonces, los derechos fundamentales adquieren dimensiones interesantes para los Estados-Nación contemporáneos. Para Ferrajoli, lo crítico es que varios de los Estados de distintas regiones del globo, como América Latina, no logran garantizar o cumplir con los derechos fundamentales esenciales para los ciudadanos titulares, situación que ha llevado a inconvenientes en su estabilidad económica, social y política y a que, en ciertos eventos, la democracia formal y la sustancial sean cuestionadas por instituciones de carácter internacional. Uno de los casos paradójicos en cuanto al cumplimiento o a la garantía de los derechos fundamentales es Colombia, debido a que la Constitución incorpora derechos fundamentales que pretenden mejorar la calidad de vida de sus ciudadanos, pero tienen dificultades para materializarse porque los recursos son limitados o porque las instituciones públicas los vulneran (Velasco Cano, Nicole y Jairo Vladimir Llano, 2016).

2.2.11 De la Jurisprudencia Española, caso: Isabel Pantoja - España

2.2.11.1 Límites a la libertad en función de restablecimiento de la confianza de la Comunidad, vulnerada por el delito.

La resolución judicial español del Procedimiento Abreviado N° 12/10, su presidente (Morales González, 2014), dirige el razonamiento que se inclina a limitar la libertad del procesado, no por razones de requisitos netamente cautelares, cuya exigencia se centra en torno a los denominado –arraigos– sino en relación a la necesidad de restablecer la CONFIANZA de la comunidad en sus instituciones jurisdiccionales. En este sentido transcribimos las partes primordiales del razonamiento de la judicatura española.

2.2.11.2 El delito de blanqueo de capitales, relevancia punitiva.

En la causa de referencia del 13 de abril de dos mil trece, dicho Tribunal dictó sentencia que, en el recurso de casación interpuesto contra la misma, el Tribunal Supremo -en sentencia N° 428/14, de 20 de mayo de 2014- , casó en un extremo dejando el resto inalterable. Así:

La condena de María Isabel Pantoja Martin (en adelante Isabel Pantoja), como autora de un delito de blanqueo de capitales; y las siguientes penas: veinticuatro meses de prisión y multa - tanto del valor blanqueado- con responsabilidad personal subsidiaria de seis meses de privación de libertad conforme a lo dispuesto en artículo 53.3 del Código Penal español; accesoria

de inhabilitación especial para el derecho de sufragio pasivo durante el tiempo de la condena.

Isabel Pantoja, al amparo de lo previsto en los artículos 80 y 81 del Código Penal, solicitó la suspensión de la pena privativa de libertad de veinticuatro meses que le fue impuesta; (...), también impetró -al amparo de lo previsto en el artículo 50.6 del Código Penal- el fraccionamiento del pago de la cantidad restante en los plazos que fije el Tribunal con el límite previsto en el apartado N° 6 del referido artículo 50 Código Penal español.

Conferido trámite de audiencia al Ministerio Fiscal para que hiciese las alegaciones que estimara oportunas, en relación con la procedencia o no de suspender y sustituir la ejecución de las penas privativas de libertad impuestas a los penados, lo ha evacuado en el día de hoy, en el sentido que obra en la ejecutoria, informando desfavorablemente (Procedimiento Abreviado N° 12/10, 2014).

2.2.11.3 Fin de prevención general de la pena.

En relación a la petición de suspensión y sustitución de las condenas de prisión que: las condenas de prisión como norma deben ser ejecutadas y que sólo excepcionalmente cuando se cumplan ciertos supuestos pueden ser sustituidas y/o suspendidas, razona, que en este caso no se dan en ninguno de los penados; y además que en los tres casos los penados lo han sido por delito de blanqueo de capitales, procedentes de delitos de corrupción cometidos por otro de los condenados, Julián F. Muñoz Palomo, por lo que siendo la lucha contra la corrupción

"una prioridad absoluta" no puede obviarse el fin de prevención general de la pena, asociada a la función coercitiva y ejemplarizante dirigida a la sociedad (Procedimiento Abreviado N° 12/10, 2014).

2.2.11.4 Prevención general de la pena, asociada a la función coercitiva y ejemplarizante dirigida a la sociedad

El tribunal español razona del siguiente modo:

Plantea ante este Tribunal la cuestión -como siempre trascendente- de conceder o denegar a los penados reseñados en los hechos de esta resolución, el beneficio de la suspensión -en dos casos- y la sustitución -el otro de la ejecución de las penas privativas de libertad que les fueron impuestas.

Respecto a la petición de suspensión de la pena privativa de libertad formulada por Isabel Pantoja. A la hora de comenzar la argumentación en apoyo de la decisión que, de forma unánime, se plasmará en la presente resolución y que no es otra que la de denegar al penado reseñado en este apartado el beneficio de la suspensión de la ejecución de la pena privativa de libertad que le ha sido impuesta, se debe resaltar y recordar algo que, por conocido, no deja de ser olvidado en muchas ocasiones (Procedimiento Abreviado N° 12/10, 2014).

La suspensión de penas de prisión no superiores a dos años a quienes cumplan los requisitos contemplados en el artículo 81 del Código Penal español - a saber:

a) haber delinquido por primera vez, sin que a tal efecto se tengan en cuenta las anteriores condenas por delitos imprudentes ni los antecedentes penales cancelados o que debieran serlo,

b) que la pena o penas impuestas, o la suma de todas ellas, no sea superior a dos años, sin incluir en tal cómputo la derivada del impago de la multa y,

c) finalmente, haber satisfecho las responsabilidades civiles que se hubieran originado salvo que se hubiese declarado la imposibilidad total o parcial de que el condenado hiciese frente a las mismas-, no comporta que necesaria o ineludiblemente el Juez o Tribunal sentenciador tenga que otorgar el citado beneficio a quien ha sufrido el reproche punitivo.

Los artículos 80 y siguientes del Código Penal español contemplan una facultad del Órgano sentenciador y nunca un mandato imperativo para el mismo, en orden a acordar que -quién ha sido condenado a una pena privativa y siempre que concurren determinados requisitos establecidos por el legislador-, evite su ingreso en un Centro Penitenciario; pudiendo llegar a redimir definitivamente la pena y extinguir así su responsabilidad criminal si no llegare a cometer un nuevo delito y observare el resto de condiciones que se le impusieren dentro del plazo de tiempo durante el que se acordase la suspensión de la ejecución (Procedimiento Abreviado N° 12/10, 2014)

Ello se infiere de la literalidad de los artículos 80.1 y 82 del Código Penal español. El primero dispone que: "los jueces o

tribunales podrán dejar en suspenso la ejecución de las penas privativas de libertad no superiores a dos años mediante resolución motivada". La alusión en el precepto al verbo "poder" y la ausencia de mención a la concurrencia de los requisitos que se fijan en el siguiente artículo 81, revela el carácter potestativo – frente al imperativo que necesitaría de la forma verbal suspenderán de la citada norma.

En cuanto al segundo de los citados preceptos -el art 82- , dispone que "declarada la firmeza de la sentencia y acreditados los requisitos establecidos en el artículo anterior, los jueces o tribunales se pronunciarán con la mayor urgencia posible sobre la concesión o no de la suspensión de la ejecución de la pena". Expresamente se contempla la posibilidad de que, aun cuando concurriesen la totalidad de los requisitos fijados en el artículo 81 del Código Penal y se hubiese impuesto una pena privativa de libertad no superior a dos años de prisión, el juez o tribunal pueda denegar la suspensión de la ejecución de la pena y acordar su cumplimiento efectivo en centro penitenciario (Procedimiento Abreviado N° 12/10, 2014).

Se articula, pues, un supuesto específico de discrecionalidad judicial pero de una discrecionalidad reglada, en el sentido de que, para marcar la frontera entre la arbitrariedad –proscrita- y el arbitrio, el Juez deberá atenerse tanto a lo dispuesto en el párrafo último del apartado 1 del artículo 80 del Código Penal, como a la función y fines que están llamados cumplir ya sea la pena privativa de libertad, ya sea el beneficio de la suspensión (Procedimiento Abreviado N° 12/10, 2014).

En este extremo, además, la STC DE 12.3.2007 (FJ. 2o) : "(...) afirma: "las resoluciones que conceden o deniegan la suspensión de la ejecución de la condena, si bien no constituyen decisiones sobre la restricción de la libertad en sentido estricto, sin embargo afectan al valor libertad en cuanto modalizan la forma en que la ejecución de la restricción de la libertad se llevará a cabo"; también, STC 2/2002, de 14 de enero [RTC 2002, 2], F. 2) Todos jurisprudencia española. Esta afectación al valor libertad exige que este tipo de resoluciones "no sólo constituyan la aplicación no arbitraria de las normas adecuadas al caso" sino también que exterioricen "los elementos necesarios para entender efectuada la ponderación de los fines de la institución y los bienes y valores en conflicto" (STC 8/2001 (RTC 2001, 8), F. 2) (Procedimiento Abreviado N° 12/10, 2014).

Por otro lado, el inciso segundo del párrafo 1° del citado artículo 80 del C. Penal español, que establece que "en dicha resolución –la motivada que resuelve sobre la suspensión de las penas privativas de libertad no superiores a dos años- se atenderá fundamentalmente a la peligrosidad criminal del sujeto, así como a la existencia de otros procedimientos penales contra éste". Ciertamente que son tales criterios, expresamente reseñados en la norma, los que el Órgano de ejecución deberá tener fundamentalmente en cuenta a la hora de motivar su resolución. Pero igual de cierto es que tal dicción literal permite –sin duda- que el Órgano judicial valore otras circunstancias a la hora de decidir y motivar su resolución sobre la suspensión (Procedimiento Abreviado N° 12/10, 2014).

De manera que, por más que en un condenado a pena que no supere los dos años de prisión no se vislumbre una particular

peligrosidad criminal, ni tenga otros procedimientos penales abiertos, ello no entraña la necesidad ineludible de que haya de otorgársele el beneficio de la remisión condicional de la pena; siempre que se acredite, razonadamente, la concurrencia de otra u otras circunstancias que por su entidad - puestas en conexión con las funciones que deben cumplir las penas que justifique se acuerde el cumplimiento efectivo de la sanción privativa de libertad impuesta. Y sin que, en tal caso, se esté realizando una interpretación extensiva y proscrita de los artículos 80 y 81 del Código Penal. Este Tribunal tiene por acreditado que, Isabel Pantoja, cumple con las condiciones señaladas en el artículo 81 del Código Penal para dejar en suspenso la ejecución la pena privativa de libertad. Además, no tiene dato alguno que autorice a afirmar la existencia de otros procedimientos penales. Y, respecto al primer parámetro del artículo 80.1 del Código Penal –salvado el segundo-; si por tal se entiende - como viene siendo criterio mayoritario- la probabilidad de comisión por ellos de nuevos hechos delictivos, en especial hechos delictivos de igual o similar naturaleza a los que dieron lugar a esta causa, es evidente que no concurre (Procedimiento Abreviado N° 12/10, 2014) Ahora bien, todo ello -tal como se ha escrito con anterioridad- no puede llevar, de manera ineludible y robotizada, a otorgar el beneficio de la suspensión de la ejecución de la pena privativa de libertad impuesta al condenado (Procedimiento Abreviado N° 12/10, 2014).

También se ha razonado que el Tribunal, puede y debe atender y valorar otros parámetros o circunstancias distintas a los expresamente reseñados por el Legislador como prioritarios en el precepto penal tantas veces mencionado.

Esa será la tarea que acometeremos a continuación. La primera de las circunstancias que ponderaremos para resolver –de manera negativa- sobre la suspensión pedida por Isabel Pantoja, más allá de las antes expresadas, la recoge la STS 208/00 de 18 de febrero. La decanta del propio contenido del artículo 80.1 del Código Penal, la peligrosidad del sujeto, pero derivándola del contenido de la sentencia condenatoria. De manera que la peligrosidad del condenado se concreta –más allá del componente de futuro que el propio concepto de peligrosidad lleva ínsito en su naturaleza y que, claro está, este Tribunal no desconoce-, sobre la base de las circunstancias específicas y concurrentes en el delito por el que ha sido sentenciada; es decir, en la gravedad de la conducta por la que resultó condenado el penado, que de esta manera se objetiva, siempre que los extremos que califiquen tal conducta estén recogidos, de manera expresa, en el cuerpo de la sentencia a ejecutar (Procedimiento Abreviado N° 12/10, 2014).

Pues bien, los hechos por los que el penado ha sufrido el reproche penal materializado en la sentencia a ejecutar, solo pueden calificarse de graves. Sin que sea contra argumento suficiente para imposibilitar al Tribunal que -a la hora de pronunciarse motivadamente sobre si se concede o no tal beneficio – valore de esa forma la naturaleza y gravedad de los mismos –puestos en relación con las funciones de la pena-, el que la penalidad impuesta no puede considerarse como grave, al encuadrarse dentro de los límites cuantitativos que permiten, en principio, la suspensión de su ejecución (Procedimiento Abreviado N° 12/10, 2014).

En el caso de Isabel Pantoja, como una ciudadana conocida por sus actividades artísticas y mediáticas. Su relación sentimental con su co-acusado, a mediados del año 2003, acaparó portadas en gran parte de los medios de comunicación. Resultó probado que ambos desde sus respectivas actividades ejecutaron un plan preconcebido para aflorar dinero y ganancias – respecto de las que ambos pretendían disfrutar en beneficio propio- procedentes de las actividades delictivas de Muñoz⁷⁷, mientras este ejercía su función de máxima autoridad como Alcalde del Municipio de Marbella, confundiéndolas y mezclándolas con las procedentes de las actividades profesionales y mercantiles lícitas de Isabel Pantoja. La gravedad de tal conducta, resulta incuestionable para este Tribunal, pues con ella la Sra. Pantoja permitió el blanqueo de los ilícitos beneficios obtenidos por su pareja, en su corrompida y delictiva actividad político. Como pública al frente del ayuntamiento mencionado, con las gravísimas consecuencias económicas que para el mismo supuso. La repercusión y trascendencia de tales actividades en la vida social española es difícil de cuantificar, pero en todo caso, está fuera de la más mínima duda que fue y es enorme; configurándose como paradigma de ilegalidad criminal en el aprovechamiento privado e ilegal del patrimonio público y, en tal sentido, de enorme gravedad social. Siendo común a los dos condenados la negación de los hechos por los que resultaron sentenciados y la no asunción, por tanto, de la ilicitud de su proceder. En este último aspecto, no se atendió las alegaciones de la Sra. Pantoja de que tal proceder deriva de haber presentado un recurso de amparo. Si, realmente, lo que preside su no asunción del delito es la posibilidad o probabilidad de que el amparo se le otorgue

⁷⁷ Julián F. Muñoz Palomo, su alcalde del ayuntamiento de Marbella, en España.

y, en su virtud, mantener una posición de prudencia, con mayor razón debiera haber mantenido tal proceder prudente y silente, y no exponer, públicamente, que no reconocía la perpetración del delito cometido (Procedimiento Abreviado N° 12/10, 2014).

2.2.11.5 Peligrosidad objetiva como base del límite a la libertad

La Sala entendió que, si bien que no existe esa peligrosidad subjetiva - que deriva de que ninguno de los dos penados está en fácil disposición de cometer otros delitos como el que fue objeto de condena, blanqueo de capitales, por las razones ya apuntadas-; sin embargo, si que existe una peligrosidad objetiva e intrínseca en los condenados que deriva los factores también ya dichos, es decir: la entidad de los hechos por los que fueron condenados, sus circunstancias personales y su conducta ulterior y actual de no asunción del delito.

Y, tal peligrosidad, constituye uno de los basamentos en que se sostiene la negativa a la suspensión de la pena de privación de libertad solicitada por los dos condenados ya mencionados (Procedimiento Abreviado N° 12/10, 2014).

Nos adentramos, a continuación, en exponer la ponderación que realiza el Tribunal del parámetro de la función o finalidad de la pena, en el mismo orden, es decir -denegar la suspensión solicitada.

La Constitución Española establece en su artículo 25.2 que "las penas privativas de libertad y las medidas de seguridad están orientadas hacia la reeducación y la reinserción social"; fines a

los que han de atender, igualmente, las Instituciones Penitenciarias como dispone la Ley General Penitenciaria. Se trata de un mandato constitucional dirigido al legislador para orientar la política penal y penitenciaria, que como tal puede servir de parámetro de constitucionalidad de las leyes. Conviene reiterar –ya lo hemos hecho más de una vez- que la suspensión de la ejecución de la pena no es un derecho del penado en sentido propio, sino que se trata de una facultad discrecional que el ordenamiento otorga al Juez o Tribunal sentenciador. Facultad que supone una excepción al principio general, según el cual, las sentencias se deben cumplir en sus propios términos (Procedimiento Abreviado N° 12/10, 2014).

Por tanto, el supremo español entiende que no existe una especie de derecho fundamental a la suspensión de condena cumplidos los requisitos legales, pues tal derecho, ha declarado el Tribunal Constitucional, no resulta del artículo 25.2 de la Constitución, por todas, sentencia 28/1988, de 23 de febrero. Afirmando el Tribunal Constitucional que: Aun cuando suspensión "constituye una de las instituciones que tienden hacer efectivo el principio de reeducación y reinserción social, la prevención general positiva, así como la prevención especial, no pueden ser renunciadas, sin que la reinserción social sea la finalidad absoluta de la pena privativa de libertad. De manera que, conforme a los mandatos constitucionales, interpretados por el Tribunal constitucional español:

La pena cumple, también, una función de restablecimiento de la confianza de la Comunidad, vulnerada por el delito..." (en STC 163/2002).

La finalidad resocializadora de un penado no es la única que puede perseguir la pena, sino también la prevención general, especial, la seguridad colectiva y el interés social, STC 15.1.2001 (Procedimiento Abreviado N° 12/10, 2014).

En este sentido, el Tribunal Constitucional en sentencia de 10.5.2000, en relación a una pena de corta duración, en su Fundamento 4, la vulneración del art. 25.2 CE, por último, se fundamenta en tres argumentos, ninguno de los cuales puede ser compartido por este Tribunal: En primer término se afirma que las penas privativas de libertad de tan corta duración como la asignada (entre 1 y 30 días de arresto menor) no pueden tener el efecto requerido por el art. 25.2 CE de la resocialización y reinserción social. Esta argumentación se basa tanto en una comprensión del alcance y contenido del art. 25.2 CE que no encaja con la que este Tribunal ha venido perfilando a través de su jurisprudencia, como en un entendimiento, al menos incompleto, del modo en que las penas cumplen y pueden cumplir los objetivos que legítimamente se les atribuyen. En efecto, ha de tenerse presente de un lado, como este Tribunal ha afirmado en otras ocasiones, que el art. 25.2 CE contiene un mandato dirigido al legislador y a la Administración Penitenciaria para orientar la ejecución de las penas privativas de libertad. De otro lado, que la presunta vulneración del art. 25.2 CE parece partir de que el único fin legítimo de las penas privativas de libertad es la resocialización y reinserción social. El Tribunal declaró en dicha sentencia que no resuelve sobre la cuestión referida al mayor o menor ajustamiento de los posibles fines de la pena al sistema de valores de la Constitución ni, desde luego, de entre los posibles -prevención especial, retribución, reinserción, etc. (Procedimiento Abreviado N° 12/10, 2014).

El razonamiento del tribunal español, niega toda posibilidad de que la efectiva imposición de una pena privativa de libertad de tan corta duración pueda cumplir la finalidad de resocialización y reinserción social, dado que la intimidación específica e individual que se opera con el sometimiento efectivo del sujeto al proceso penal y con la declaración de culpabilidad y correlativa imposición de la pena, puede ser, por si misma, idónea para alcanzar un efecto resocializador.

El tribunal español entiende que no se trata tanto de la valoración aislada de una concreta pena privativa de libertad, como de su ponderación en el marco de un sistema del que son piezas claves instituciones como la condena o remisión condicional, las formas sustitutivas de la prisión, o, por último, los distintos regímenes de cumplimiento de la pena de prisión. La reinserción social no es una finalidad absoluta de las penas privativas de libertad establecida constitucionalmente, se trata de una orientación armonizable con otras finalidades de la pena y con la exigencia de no renunciar, sin más, a la prevención general (Procedimiento Abreviado N° 12/10, 2014).

En el caso de Pantoja. La sentencia del Tribunal tiene el mandato constitucional de ejecutar, por ser firme, ha quedado acreditado una actuación delictiva enmarcable en conductas de blanqueo de capitales llevadas a cabo entre los años 2003, 2004 y 2005, relacionadas con lo que coloquialmente se viene dando en denominar **corrupción política**. Tales conductas suponen uno de los ataques más demoledores que puedan infringirse a una sociedad democrática, no solo desde un punto de vista cuantitativo: por el perjuicio económico que producen, sino

cualitativo: al socavar, hasta casi disolver, los principios mismos sobre los que se asienta aquélla (Procedimiento Abreviado N° 12/10, 2014).

Es por ello que, en la punición y ejecución de las penas que se imponen a tales actuaciones delictivas, debe primar -por encima de todo- la función de prevención general que, junto a otras, está llamada cumplir la pena. Tanto en su vertiente de prevención general negativa dirigida a intimidar a todos aquellos ciudadanos que pudieran sentirse tentados a realizar conductas como las que han sido objeto de enjuiciamiento y condena, como en su vertiente de prevención general positiva dirigida a los ciudadanos para que interioricen la necesidad de ajustar su actuación a criterios de ética y, desde luego, a la estricta legalidad.

El razonamiento de la judicatura, haciendo patente el mensaje a los ciudadanos españoles, por la función ejemplarizante, en contraposición de que la norma penal sigue siendo el medio idóneo -y último- para tutelar los principios e intereses esenciales del ordenamiento español, en función preventiva señalada, la Sala, en el presente caso señaló que la pena privativa de libertad, constituye la sanción más dura de dicho ordenamiento jurídico, a fin que cumpla su función de servir de freno a posibles conductas futuras de análoga naturaleza por parte de otras personas, así apuntalan el deber de todo ciudadano de adecuar su conducta a las normas jurídicas; teniendo esto así, un carácter ejemplar en la medida en que suponen un patrón de conducta que todos deben seguir (Procedimiento Abreviado N° 12/10, 2014).

2.2.11.6 La cuasi impunidad material

Se entiende que el cumplimiento efectivo en un centro penitenciario de las penas de prisión impuestas a quienes, de una u otra manera, han contribuido con su actuación al logro efectivo del propósito delictivo ideado, incluso de especial gravedad en el caso que nos ocupa, y huyendo, en definitiva, de pronunciamientos meramente formales, equivalentes en la práctica a una cuasi impunidad material, como -de banqueros, políticos, personas poderosas o de relevancia pública-; que es la situación a la que se exigía por la defensa de I. Pantoja, es decir a acceder a la suspensión impetrada por éstos. Lo que contribuye a evitar la disociación –demasiado frecuente- entre los postulados teóricos o abstractos de la dogmática penal, y la aplicación concreta de sus preceptos a las situaciones reales que atenazan, desconciertan y desmoralizan a nuestra sociedad (Procedimiento Abreviado N° 12/10, 2014).

Al resolver, rechazando la última petición de la Defensa de la Sra. Pantoja en relación a que se suspenda la ejecución de la pena por haberse presentado, ante el Tribunal Constitucional, recurso de amparo. El artículo 56 de la LOTC es meridiano: “1. La interposición del recurso de amparo no suspenderá los efectos del acto o sentencia impugnados. 2. Ello no obstante, cuando la ejecución del acto o sentencia impugnados produzca un perjuicio al recurrente que pudiera hacer perder al amparo su finalidad, la Sala, o la Sección en el supuesto del artículo 52.2, de oficio o a instancia del recurrente, podrá disponer la suspensión, total o parcial, de sus efectos, siempre y cuando la suspensión no ocasione perturbación grave a un interés constitucionalmente protegido, ni a los derechos fundamentales

o libertades de otra persona” (Procedimiento Abreviado N° 12/10, 2014). Es a la Sala o Sección del Tribunal Constitucional español -ante el que se haya interpuesto y turnado el recurso de amparo la única competente para resolver sobre los efectos suspensivos o no de dicho recurso, señala el Tribunal éstas conductas, erosionan, de manera especialmente grave, la lucha para erradicar los canales -al margen de los establecidos legalmente- por los que vienen discurriendo los beneficios ilegales producto del delito antecedente del blanqueo de capitales. Solo así –de especial gravedad-puede calificarse la actuación de quién se mueve y trabaja en el mundo de la banca y en otras profesiones a él vinculado -por cuya estructura circulan aquéllos-, y siendo su obligación legal lo contrario, precisamente utilizan su posición para, no solo no impedir tales comportamientos, sino facilitarlos (Procedimiento Abreviado N° 12/10, 2014). De manera que, estando, como están, especialmente sometidos a la observancia de la legislación antiblanqueo, la contravienen sin el menor pudor.

Por otro lado, -haciendo una nueva remisión a los ordinales anteriores en cuanto a la repercusión y trascendencia de los hechos objeto de la presente condena, para evitar reiteraciones innecesarias- tampoco puede valorar de manera positiva, este Tribunal, el esfuerzo por reparar las consecuencias del delito. Pues si bien, el penado ha abonado voluntariamente el pago de parte de la multa impuesta -solicitando el pago fraccionado del resto-, en el caso de autos, la reparación de tales consecuencias no se constriñe a un mero abono del perjuicio económico –entendiendo que, de alguna manera, el pago de la multa puede reparar/rellenar el vaciado que las conductas penadas realizaron del erario público, aunque resulte obvio que no es ese el fin de

la pena de multa-, tal reparación debe tener también un contenido social. Tal reparación social, en la medida en que, más que asumir su responsabilidad delictiva – primera condición para que aquella se produzca-, alega para impetrar la sustitución de la pena privativa de libertad el desgaste psicológico y reputacional al que se ha visto sometido por el dilatado y mediático procedimiento presente. Tal manera de presentarse, más como víctima que como penado, llevan a la Sala a considerar que el condenado no ha realizado el esfuerzo necesario para reparar el daño social que su conducta produjo y, además, que no concurren en él razones de prevención especial que hagan aconsejable la concesión de la sustitución solicitada. La Sala consideró, que la sustitución propuesta dejaría sin la respuesta punitiva adecuada una conducta de la gravedad descrita y penada; por muy elevada que fuera la cuantía de la cuota día de la multa que se impusiera - no es rigurosa la calificación de ridícula que hace el Tribunal en cuanto a los dos euros de cuota día que propone el condenado (Procedimiento Abreviado N° 12/10, 2014).

2.2.11.7 De la resolución final del caso Isabel Pantoja

La Sala acordó en el Procedimiento Abreviado N° 12/10, 2014, lo siguiente:

1°. No ha lugar a otorgar a los penados Benjamín Fernando Cantero y María Isabel Pantoja Martín, el beneficio de la suspensión de la ejecución de la pena privativa de libertad impuesta a cada uno de ellos en la causa al margen referenciada.

2.2.12 Sobre los delitos de corrupción.

Siguiendo a Reátegui Sánchez (2019), el término corrupción, proviene del latín “*rumpere*” y significa romper, dividir, quebrar, violar, anular; que a su vez se deriva de “*corrumpere*” significando alteración, desunión, descomposición. Corresponde significar: “romper con”, “romper en unión de”, pero en realidad quiere decir “echar a perder, pudrir”. La expresión corromper siempre reconoce, en líneas generales, la presencia de dos partícipes en el acto, que se corresponden principalmente con dos espacios; el corruptor y el corrupto, es decir la fuerza que corrompe y aquella persona sobre el que recae y que, en definitiva, es lo que se echa a perder, lo que se pudre.

Éste fenómeno de la corrupción está muy anclado y arraigado desde la existencia de la humanidad misma, en razón de que sus raíces responden precisamente a consideraciones sociológicas y modernamente a ámbitos de ciencia política por la vinculación que tiene la corrupción con el poder, por ser su ámbito de germinación y relevancia. El poder y corrupción se asocian cuando el primero no es considerado como un hecho regulado por el Derecho, entendiéndose a éste como un sistema normativo regulativo de conductas humanas. No habría inconveniente de orden semántico que se pueda hablar de deportistas, de directores de empresas o de sacerdotes “corruptos”, en el mismo sentido podría hablarse de gobernantes o congresistas corruptos. Pero, lo que sí es cierto es que en los actos o actividades de corrupción interviene siempre, por lo menos, uno quien decide (Garzón Valdes, 1997, págs. 42, 43).

En otro razonamiento, Lord Acton decía que el “...poder tiende a corromper, y el poder absoluto corrompe absolutamente” o como decía

Montesquieu “La constante expectativa demuestra que todos los hombres investidos de poder son capaces de abusar de él y de hacer su autoridad tanto como puedan”. La influencia de la corrupción ha alcanzado a todos los países del orbe, y aún la corrupción alcanza a buen número de países europeos con sistemas políticos de los convencionalmente denotados democracias consolidadas; aunque en sociedades menos desarrolladas, los efectos de la corrupción suelen ser más graves, que en países desarrollados; en la medida en que dificulta el crecimiento económico y pone en tela de juicio la percepción de la soberanía (Reátegui Sánchez, 2019).

Sin duda, la corrupción instalada como sistema en una sociedad presupone un desprecio generalizado a la que se asocia la centralización de la toma de decisiones en el Poder Ejecutivo, la falta de autonomía en el Poder Jurisdiccional y en el Legislativo por los dictados del Ejecutivo con argumentos que se fundan en la emergencia o eficiencia económica. Por lo que, llegamos a un punto donde lo único que importa es la riqueza y el mantenimiento de las ganancias como motores del progreso social. Sus defensores creen en que aspectos de moral, de espíritu o de mística para el progreso económico sin límites hallan campo propicio para la corrupción, y se suele instalar en este modelo político en que vivimos para formar parte de la llamada criminalidad no convencional acompañada por el abuso de poder. Pero no sólo por el abuso gubernamental que pueda existir, sino también el económico, el financiero, el industrial, el bancario, el tecnológico y el científico (Reátegui Sánchez, 2019).

Para Reátegui Sánchez (2019) el problema del fenómeno de la corrupción es esencialmente político, y su consecuencia más relevante es que desemboca en un proceso de exclusión, ello concordante a lo que sentencia. (Virgolini E. S., 2004, pág. 258). Se hace complejo el

concepto, cuando existe una relación de funcionalidad entre la corrupción y el modelo económico que se siga. Así, por ejemplo, la corrupción hace a la esencia de la sociedad capitalista actual y es especial manifestación de la crisis del sistema. Además, hay información histórica que permite fundar la sospecha de que hubo formas de criminalidad funcionales a determinadas etapas del desarrollo capitalista, tal caso de la esclavitud, la piratería, el contrabando, las guerras de mercado, el narcotráfico, etc. (Simonetti, 1995).

Hurtado Pozo (1995) señala dos tipos de corrupción: de una parte, la corrupción directa y de la otra parte, la corrupción institucionalizada. Se habla de corrupción directa cuando en los comportamientos concretos e individuales, los autores, las víctimas, el objeto y los móviles pueden ser identificados o determinados claramente, esto es posible, sobre todo, en el nivel inferior o intermedio de la jerarquía administrativa. Esto se debe a que las tareas de los funcionarios y servidores de este nivel consisten básicamente en ejecutar las decisiones tomadas por los altos funcionarios. En cuanto a la corrupción institucionalizada se caracteriza por su naturaleza oculta o disimulada y forma parte de la estructura institucional. Es difícil establecer un vínculo entre las causas y los efectos (Reátegui Sánchez, 2019).

2.2.13 La característica de la corrupción en un sentido criminológico.

Según (Cruz Castro, 1995) “En la sociedad, prácticamente, no existe ninguna persona, organización o instancia oficial que desarrolle una acción sistemática contra la corrupción, excepto, en algunas ocasiones, los medios de comunicación social colectiva. Se trata de un delito sin víctima, por esta razón difícilmente el conocimiento de estos hechos

llegará a conocimiento de las autoridades competentes mediante la denuncia común”.

2.2.14 Corrupción y administración pública.

Al respecto desarrolla Reátegui Sánchez (2019), que la corrupción y su impacto en la administración pública es aquella desviación por parte de la administración de los poderes del Estado del correcto funcionamiento, que no es otro que el “interés público”. Puede encontrarse definiciones muy generales como la de Andrés Ibáñez que indica que la corrupción son: “...aquellas formas de actividad ilegal mediante las cuales, sujetos que gestionan espacios de poder político y cuentan con capacidad de emitir decisiones de relevancia en el plano económico, prevaliéndose de esa posición, se apropian de una parte del beneficio correspondiente a quienes por su mediación contratan con la administración pública, los que, con ese coste como sobre precio, obtienen a su vez un privilegio” (Andrés Ibáñez, 1996).

Anota Reátegui Sánchez (2019), que la definición más utilizada por los científicos sociales –en este punto es la elaborada por el profesor de la Universidad de Harvard Joseph S. Nay; de acuerdo con su explicación la corrupción, pero siempre vinculado de alguna forma a la administración pública es una “conducta que se desvía de las obligaciones de orden público normales debido a intereses personales (familiares o de allegados) o beneficios monetarios o de orden social; o que viola normas respecto al uso de cierto tipo de influencias con fines personales”. Esta definición incluye conductas tales como el cohecho (utilización de gratificaciones con el fin de influenciar el juicio de una persona de cierta jerarquía), nepotismo (elección por vínculos familiares y no por méritos personales) y malversación de fondos

(apropiación ilícita por particulares de recursos públicos)” (Beraldi, 1995).

Para (Reátegui Sánchez, 2019), la ratio fundamental de la corrupción radica entonces en una desviación de ciertos parámetros de comportamientos. Debe destacarse también que el sustrato fáctico de la corrupción reside, fundamentalmente, en la actividad económica de la administración y, habitualmente, en la atribución del control y aplicación de fondos públicos a cargos políticos (corrupción política) o funcionariales (corrupción funcional) (Carbajo Cascon, 2000, pág. 55). La imputación hacia una persona como “corrupto” va asociado a la idea de que aquel esté en vinculación directa con la administración de los poderes del Estado, y no podría hablarse de corrupción en sentido estricto fuera del ámbito de la función pública, esto es, en términos domésticos, familiares o cotidianos: un particular persuade, a través de dinero, al presidente de un club privado para hacerlo ingresar en calidad de socio. Así las cosas, se pueden diferenciar nítidamente una corrupción que se presenta en el campo de las acciones privadas de la que afecta a la administración pública, privilegiándose a esta última como una cuestión de mayor importancia (Beraldi, 1995, pág. 36).

En todo caso, la corrupción en el sector público es más grave que la privada, pues mientras ésta es susceptible de ser corregida por el Estado, si los mecanismos del Estado están infiltrados por la corrupción, el sistema queda sin apelaciones. A esta última es la que los romanos llamaron crimen *reputundarum*, los ingleses *bribery*, los españoles *cohecho*, los portugueses *peita* o soborno, y los italianos *baratería* (Reátegui Sánchez, 2019).

En nuestro contexto nacional, a través de los medios de comunicación principalmente, se conoció el “Caso Montesinos” donde aquel 14 de

septiembre del 2000, en las pantallas de Canal N se propaló el ya famoso video en el que aparecía el ex asesor de la Alta Dirección de Servicio de Inteligencia Nacional Vladimiro Montesinos entregando quince mil dólares al congresista Kouri. Lo que vendría después es historia bastante conocida y escandalosa . Sin lugar a dudas, los límites de la corrupción en el Perú han rebasado excesivamente los niveles de racionalidad. A raíz de los hechos de corrupción sucedidos en las altas esferas del poder en el Perú, se expidió todo un “paquete legislativo” para la lucha contra la criminalidad organizada movido por un factor común: la multicitada corrupción. Así, la primera ley, la N° 27378 del 21 de diciembre del 2000, que establece beneficios de colaboración eficaz en el ámbito de la criminalidad organizada y la segunda Ley, la N°27379, de procedimiento para adoptar medidas excepcionales de limitación de derechos en investigaciones preliminares. Modificaciones sustanciales que aluden principalmente al Derecho policial, Derecho penal material y premial por colaboración eficaz: exención de pena, suspensión de la ejecución de la pena, reserva del fallo condenatorio, entre otras y el Derecho procesal penal o limitaciones de derechos (Reátegui Sánchez, 2019).

El documento internacional llamado la Convención de la Organización de Estados Americanos contra la corrupción, de fecha 29 de marzo de 1996, también relata la necesidad de una norma a nivel continental. Esta convención contra la corrupción, es aprobada en el Perú mediante Resolución Legislativa N° 26757 de fecha 5 de marzo de 1997 y ratificada por Decreto Supremo 012-97-RE del 21 de marzo del mismo año. Me pregunto: ¿Los Convenios internacionales sobre la lucha contra la corrupción en los que el Perú es firmante, y por tanto vinculante en su aplicación, son instrumentos idóneos para complementar la eficacia represiva?;y ¿Si el Derecho penal de la corrupción respeta los límites que la Convención establece?. Se puede

percibir que existe una incertidumbre con respecto a la eficacia de las normas de la Convención para su aplicación dentro de un Derecho interno, pues existen dos tendencias: la primera sostiene que se apliquen directamente las normas de la Convención. La segunda, en cambio, requiere que las normas internas (principalmente el Código Penal) se adecuen a la Convención, especialmente a las conductas típicas de corrupción. La segunda postura parece la más razonable. En todo caso, deben compatibilizarse las normas internas con los postulados de la Convención, más todavía cuando en el artículo VII de dicha Convención, se establece que deben incorporarse los actos de corrupción en la medida que la legislación penal interna no contemple tales delitos: caso como el soborno internacional que no existe como modalidad típica en el Código punitivo peruano (Reátegui Sánchez, 2019).

A nivel global, el VIII Congreso de las Naciones Unidas sobre Prevención del Delito propuso excluir los actos de corrupción de la tipología de delito político, especialmente para facilitar la extradición e igualmente el decomiso de los bienes adquiridos con dinero de origen espurio. La corrupción, tan igual a los casos conocidos como del terrorismo o “terrorismo especial”, tráfico de drogas, violación sexual, seguridad ciudadana, presentan en el campo del Derecho penal un problema en cuanto a su funcionamiento, legitimación y eficacia. Entonces cabe preguntarnos: ¿La eficacia del Derecho Penal en la mayoría de veces está en función a decisiones coyunturales, temporales?. ¿Cómo solucionar los múltiples problemas de la corrupción desde la óptica del Derecho Penal, si la corrupción es un problema estructural, de base? (Reátegui Sánchez, 2019).

2.3 DEFINICIÓN DE TERMINOS

A fin de clarificar mejor el problema y evitar ambigüedades sugerimos el siguiente listado de definiciones de términos.

2.3.1 Límites constitucionales a la libertad

Las limitaciones de las libertades resultan de la propia condición de su titular, el hombre, y de la circunstancia humana y física que lo rodea. No es concebible, una libertad absoluta, y la libertad sólo es posible entre iguales. Son esos dos caracteres, precisamente, los que orientan la determinación de los criterios limitantes de la libertad. Las primeras limitaciones se derivan de la propia condición humana. Hay actos para los cuales el hombre no es libre; no tiene libertad. Son los que contradicen su naturaleza y los que lo desvían de su bien, de su fin, de su obligación moral de personificarse, de hacerse persona, que es la dimensión plena de realización del hombre. Y, así, los atentados contra su propia vida, las actividades que desdican o niegan su dignidad constituyen prohibiciones que limitan su libertad en el ámbito de su conciencia, de su intimidad, problema por ello ajeno a los planos jurídico y político (Sáchica, 2019).

2.3.2 Límites a la libertad –salvaje

El término es de Ferrajoli Luigi (2018), señala que el sistema constitucional a la «libertad salvaje» de los ciudadanos se da precisamente mediante la prohibición, la investigación y el castigo de las conductas lesivas a derechos ajenos o a otros bienes o intereses fundamentales. Este sistema deberá cumplir también con preceptos constitucionales que garantizan la punición de conductas proscritas y normas que establecen las penas a estas conductas, como -límites

impuestos a las meras libertades salvajes de los asociados por las normas penales-. Ya que, estamos frente a dos direcciones del garantismo penal, es decir se trata de los dos fines que justifican el poder punitivo a nivel constitucional: -la prevención de los delitos, de los ataques injustos; la prevención de las penas informales o excesivas, de los castigos injustos-. Los límites están centrados en el cómo nuestro estado constitucional, limita esto -de las penas informales o excesivas, de los castigos injustos.

2.3.3 Libertad como poder

La primera idea de la libertad es como una posibilidad para el hombre de ser y de hacerse, es decir es una forma de poder. Trasladado el concepto del plano moral al campo político y al orden jurídico, esto es, al mundo de la convivencia, de lo social, de las interrelaciones, la libertad se traduce en facultad legítima para hacer, en capacidad, potencia y energía legítima para actuar sin trabas, y que genera la correlativa obligación de los demás de permitir esa actividad (Sáchica, 2019)

Entonces, la libertad es poder, mas no absoluto, incondicional, voluntad omnímoda, arbitraria, sin reglas. La libertad verdadera no es negativa de la ley, ni excluye la obediencia. Lo que mantiene y enriquece la libertad no es la ausencia de las leyes o su abolición, sino la oportunidad de aceptar autónomamente, de consentir sin coacción, racionalmente, la ley que se acata por encontrarla justa, válida, conveniente, oportuna, acertada. La libertad, entonces, es el régimen de la ley o de la obediencia consentida; sólo la imposición opresiva, la de la fuerza bruta, la de la ley injusta, la de la tiranía esclavizante destruyen la libertad; nunca el imperio del derecho justo (Sáchica, 2019).

2.3.4 La libertad jurídica

La esencia del orden jurídico es la libertad, la voluntad libre que puede cumplir o no las normas por esencia viciables. Así, la libertad sin el derecho positivo, sin estar “puesta” en vigencia por el derecho, carece de eficacia actual, no se realiza. Pero un régimen político, un orden jurídico que no reconoce la libertad, son injustos y tiránicos. La libertad es un *status* pero, como todo Estado, en el orden social y político, apenas relativamente estable y, por tanto, dinámico, en proceso de cambio, de devenir, de acuerdo con sus variables contenidos, sus intereses actuales, sus contradicciones y luchas. Libertad y autoridad son los términos de un recurrente antagonismo histórico. La libertad representa en ese reiterado conflicto el impulso, la iniciativa creadora; la autoridad significa la fuerza moderadora, restrictiva, enervante. Su equilibrio es logrado por el derecho, norma reguladora de uno y otro términos de esa oposición, con capacidad de hacer el reparto justo y válido de poderes entre gobernados y gobernantes. Anota Sábica (2019) que las implicaciones jurídicas de la libertad son, en el pensamiento de Bidart Campos, éstas:

- A. El reconocimiento de la personalidad jurídica del hombre y, con ella, de su capacidad para ser titular de derechos subjetivos y para obligarse; la negación de este atributo es la esclavitud, negación total de la libertad.
- B. Dentro de los marcos anteriores, una facultad de disposición que permita hacer efectivos los derechos subjetivos, es decir, que la actuación jurídica del hombre tenga los efectos normales previstos en la ley.

- C. El respeto de un ámbito de autonomía personal, de intimidad, de vida privada inmune al control y a la acción del Estado, en tanto se trata de conductas que no afecten el orden social ni interfieran o entren en colisión con los fines de aquél.
- D. La vigencia de un principio o criterio protector de la autonomía de individuos y grupos, de conformidad con el cual todo lo que no esté expresamente prohibido en la ley, está permitido; complementado con el de que, por el contrario: las autoridades sólo pueden hacer aquello para lo cual están previa y expresamente facultadas en la ley.
- E. En consecuencia, como resumen y corona de la concepción jurídica de la libertad, la conclusión de que en este campo existe la libertad en tanto es reconocida como un poder de doble dimensión para obrar independientemente y obtener el reconocimiento de los efectos jurídicos de nuestros actos, y para vivir la vida privada, sin coacción, interferencia, control ni sanción.

En el plano normativo del derecho positivo, donde se integran la concepción iusnaturalista de la libertad como exigencia moral y la idea de la libertad como imperativo jurídico, como institución, como derecho garantizado, como facultad defendible con la técnica jurídica. Es la norma obligatoria puesta por el derecho del Estado la que concreta y hace realidad la libertad connatural al hombre y que, en las reflexiones de Maritain, resulta como atributo inherente de la persona humana al considerar que cosas hay que son debidas al hombre por el solo hecho de ser hombre. La noción de derecho y la noción de obligación moral son espirituales; si el hombre está obligado moralmente a las cosas necesarias para la realización de su destino, es

porque tiene el derecho de realizar su destino y tiene derecho a las cosas necesarias para ello (Sánchez Viamonte, 1956, pág. 25).

Coinciden así la ley natural y derecho positivo, deber moral y facultad jurídica. Y queda establecido el carácter instrumental del derecho, al servir de medio para la realización de valores y, entre ellos, al lado de la justicia, el de la libertad (Sáchica, 2019).

2.3.5 La libertad como juego de alternativas

Anota SÁCHICA (2019), que el ejercicio de una libertad auténtica comporta variedad, pluralidad de opciones, alternativas entre las cuales escoger, elegir. Es decir, la libertad es posibilidad de elegir, pero no sólo de elegir, se dice que la voluntad no está determinada, predeterminada, y que, sólo y precisamente en razón de que el hombre es libre, es responsable.

En los sistemas políticos cerrados, unilaterales, monocráticos, autocráticos, totalitarios, absolutistas, el Estado, el partido, la raza, la clase imponen su criterio único, sin discusión. La libertad exige de liberación, posibilidad de rechazo o de asentimiento consciente; excluye la actitud paciente, pasiva. La libertad no es conformismo ni resignación: es autodominio, capacidad decisoria, riesgo constante en ese cruce de caminos que es cada instante de la vida (SÁCHICA, 2019).

Lo puntual de la libertad es el de la superación de la necesidad determinista y la causalidad mecánica. Tal elección autónoma se refiere a los medios, a los instrumentos, a los motivos, a las preferencias valorativas, axiológicas, no a los fines. Éstos fines del hombre, su bien, le son impuestos por naturaleza; ella lo ordena a un ser, a un modo de ser que es el único, correspondiente a su naturaleza;

no buscar ese objetivo, contrariarlo, es negarse, deshumanizarse, renegar, abdicar, desertar de la condición de hombre. Entonces, es libre el hombre, pues, sólo en cuanto a los medios para realizarse como tal. Entre los mil caminos que para ello le ofrece la vida puede seguir el que crea mejor, más conforme a sus aptitudes o más viable en su situación. Esa determinación pertenece a la órbita de su libertad (Sáchica, 2019).

2.3.6 La concepción política de la libertad

Ahora, el concepto político de libertad se fundamenta en su concepción filosófica y jurídica, a la vez que las integra. Tenemos: en un primer tiempo, cuando tiene un acento rebelde y polémico frente al absolutismo monocrático, se tiene una idea de la libertad como autonomía, como independencia de la persona respecto del Estado, en relación con el poder político. También, algunos han llamado la libertad-límite, esto es, concebida como contención del poder estatal, como poder individual oponible al poder público. Responde una tal idea negativa y sin contenido determinado a una fase histórica de lucha, que busca reservar, resguardar, lo personal y privado de la interferencia o la compulsión estatales. Pero, es obvio que, tras una preocupación tan justificada, está también la de proteger un status social y económico, una situación de ventaja y privilegio de clase, pues tal tendencia ideológica obedece al interés de debilitar el poder público, reducir la acción del Estado a los servicios de policía interior, de defensa nacional, y al de árbitro como administrador de justicia, según la creencia de que “el mejor Gobierno es el que menos gobierne”, paraíso de los poderosos y de las oligarquías (Sáchica, 2019).

Para Sábica (2019), el carácter vacío y negativo de la libertad-autonomía o libertad-límite se supera en el sentido de entenderla como facultad independiente para hacer, sin trabas de terceros ni del Estado. La llamada libertad-derecho, derecho subjetivo, justificado como poder inherente a la persona, innato, de origen, anterior a la sociedad, al Estado y al derecho positivo, los cuales deben, por fuerza de ese origen y carácter naturales, limitarse a reconocerlo y garantizar su ejercicio. Estas libertades, concebidas como poderes, ejercitadas como derechos, son la autonomía del hombre ante el Estado; representan lo privado opuesto a lo público; distinguen lo personal de lo colectivo, y señalan los hitos del poder político, a manera de complemento del artificio de la división y separación de poderes que debilita y frena la actividad de los órganos del Estado en provecho de la libertad individual. Un paso más en la perfección y afianzamiento de este criterio individualista de la libertad lo constituyó la adopción de mecanismos de participación popular en la toma de decisiones políticas y, especialmente y en concreto, el sufragio. Mediante este dispositivo democrático, al menos se dejó que el cuerpo electoral influyera o siquiera convalidara la elección o designación de los magistrados y miembros de corporaciones con competencias para decidir la política o, de otro modo, como representantes, definir la voluntad de los gobernados, del pueblo (Sábica, 2019).

Ahora bien, los derechos políticos, reconocidos igualitariamente, justificaron en apariencia y reforzaron el ejercicio privilegiado de los derechos civiles de contenido económico y patrimonial. Y, como la libertad es una sola, es integral; reconocerla en el campo político es abrir la puerta hacia la democracia social. Así, por presión de las masas organizadas y, particularmente, del movimiento sindical, se logra, en el sentido de extender la democracia del campo político al campo social, que se dé carácter de funciones sociales a algunos de

los derechos clásicos; que criterios como el de utilidad pública o interés social limiten el ejercicio de otros o prevalezca sobre el interés privado de sus titulares y, finalmente, y es lo más importante, que se reconozcan nuevos derechos y libertades que implican una acción positiva del Estado para hacerlos efectivos. Con esto, ha cambiado radicalmente el sentido de la libertad, convertida de simple limitación del poder, o de facultad teórica para obrar o participar indirectamente en las decisiones políticas, en un deber del Estado, en una carga social de éste, en una obligación exigible por los gobernados. Después de tal transformación, puede hablarse con propiedad de democracia social, derecho de contenido social, y de Estado de bienestar (Sáchica, 2019).

2.3.7 Libertad y sus justificaciones ideológicas

Como consecuencia de las distintas ideas sobre la libertad y sobre las libertades late una creencia, una concepción antropológica, un mito, un prejuicio; es decir, un basamento no científico, apriorístico.

Para Sáchica (2019), pueden esquematizarse en cuatro las justificaciones fundamentales del reconocimiento de la libertad, en abstracto, u objetivizada y concreta en las distintas “libertades” como derechos de los hombres libres en que se manifiesta y ejercita.

A. La iusnaturalista, que viene de los griegos y romanos, y de la tradición judeocristiana, para tener completo desarrollo en la Edad Media con la filosofía tomista y, más tarde, en la escolástica española, según la cual, existe un orden natural resultante de la tendencia necesaria de todas las cosas hacia su propio fin, hacia su bien, que es realizarse, ser en la total expansión de sus calidades y atributos (pues el fin es el que determina la naturaleza de los seres), ordenamiento que en el hombre concreto es reflejo de la

ley eterna o divina que rige el universo y la historia. Se trata, por tanto, de una normatividad necesaria, universal, eterna y constante, anterior y superior natural al derecho positivo, el cual no es válido si no se conforma a las prescripciones de aquél, del cual viene a ser simple desenvolvimiento y aplicación secundarios. Es en aquel derecho natural donde está el fundamento de la libertad, como exigencia de la justicia (Sáchica, 2019).

B. La versión laica del iusnaturalismo, su variante racionalista, nacida del humanismo renacentista y divulgada por la Ilustración del siglo XVIII, la cual radica los derechos y la libertad en el individuo, o sea, en el hombre “en estado de naturaleza” antes del contrato social, del Estado y del derecho positivo, como dones gratuitos de su naturaleza, cualidades innatas de su condición, inherentes a ella, inalienables, imprescriptibles, universales y absolutas. Libertades que sobreviven tras el pacto social, en la sociedad civil, en el hombre-ciudadano, el hombre arquetípico, abstracto, esquema de todos los hombres, con independencia de todas las particularidades que distinguen y personifican a cada hombre. Pacto social que no tuvo otro objeto que crear un sistema de garantías de la libertad y los derechos naturales, mediante la sujeción a la impersonal voluntad general (Sáchica, 2019).

C. La escuela positivista no acepta la existencia de derecho distinto a las normas jurídicas establecidas por el Estado. Esto es, un derecho de creación unilateral y voluntario del Estado, inspirado en la aspiración general a la equidad o en el ideal superior de justicia; pero derecho variable, cambiante, contingente, caprichoso, y que deja sin piso cierto la libertad. El derecho

positivo es el derecho “puesto” por el Estado, creado por éste, modificable y derogable a su capricho.

De la libertad iusnaturalista, ya como derivación necesaria, aplicación forzosa de un orden natural fijo o como libertad dada por el modo de ser del hombre, permanente en esencia, a la libertad relativista del positivismo jurídico, se da el salto de la seguridad al vacío, de la certeza a la duda, de lo incontrastable a lo discutible (Sáchica, 2019).

D. Las libertades concretas no la libertad en abstracto conquistadas frente al poder en arduo proceso, o consolidadas por el uso inveterado, la tradición como derecho espontáneo generado por las costumbres y legitimado por la prescripción, y que constituyen datos, hechos históricos, instituciones, no principios abstractos, oponibles y resistentes a las innovaciones arbitrarias e inútiles, a los intentos de tiranías, personalistas, a la absorción concentradora de los totalitarismos.

En verdad, bajo el brillo de las ideologías y la contundencia de la costumbre, cada libertad es hija de la necesidad, es una necesidad humana satisfecha. No hay, por eso, libertad allí donde la necesidad recorta a la persona y degrada su dignidad. La liberación de las necesidades morales, espirituales, intelectuales y materiales, es la libertad del hombre (Sáchica, 2019).

2.3.8 *Nulla poena sine crimine*, o principio de retributividad.

“Ninguna pena sin delito”. La imposición de la pena exige la previa realización de la conducta sancionada como delito en la ley penal. Es el segundo elemento del principio de legalidad penal (jurídico, 2020).

2.3.9 *Nullum crimen sine lege*, o principio de estricta legalidad.

“No hay delito sin ley”, entonces no se impondrá pena, sino la que por alguna ley o por algún otro derecho se establece especialmente para éste delito. El principio de legalidad. (jurídico, 2020)

2.3.10 *Nulla lex (poenalis) sine necessitate*, o principio de economía.

Alude a la exigencia de que el proceso debe conseguir su objetivo de dar una solución pacífica y justa a los conflictos con el menor esfuerzo posible de tiempo, trabajo y dinero. A este fin económico deben responder tanto la regulación del proceso, como la actuación de los Jueces y Tribunales al aplicar las normas procesales. Si para una necesidad procesal son posibles varias alternativas igualmente válidas, debe elegirse la más rápida y eficaz y la menos costosa. En el ordenamiento procesal son varias las instituciones que responden a este principio, como, por ejemplo, la reconvención, que permite resolver en un solo proceso pretensiones de ambas partes, la acumulación de acciones o la facultad del Juez de rechazar pruebas inútiles (<https://www.expansion.com>, 2020)

2.3.11 *Nulla necessitas sine iniuria*, o principio de lesividad.

Sólo puede existir un delito cuando las acciones ejecutadas por un individuo afectan al derecho de otro; en consecuencia, el poder punitivo del Estado se manifiesta sólo cuando la conducta de un sujeto afecta a los demás. Es la consagración de la libertad como valor supremo; la libertad para hacer lo que se quiera sin más límite que la libertad de los otros (Vega, 2020)

2.3.12 *Nulla iniuria sine actione*, o principio de materialidad.

Se traduce en que el hecho ilícito necesariamente tiene que consistir en un acto u hecho humano que trascienda la subjetividad del autor para proyectarse en el mundo objetivo. En tal sentido la conducta se entiende como subjetividad que se extrovierte u objetiviza. Este principio tiende a evitar que se consideren como delitos: a) Los pensamientos, las voliciones, los sentimientos. Se diferencia el ámbito de la moral del ámbito del derecho. b) Los pensamientos, las voliciones, los sentimientos, aún cuando sean verbalizados. Se evita castigar, básicamente, las ideas políticas. c) Los tipos de autor. Es decir, punir a las personas por lo que “son” y no por lo que “hacen”. La violación de este principio se observa de manera recurrente en los tipos contravencionales (Piñeiro, 2020)

2.3.13 *Nulla actio sine iudicio*, o principio de culpabilidad.

El principio de culpabilidad es aquel por el cual el hombre como un ser libre y responsable, es susceptible de coerción punitiva originada por sus actos cuando sea adecuada al tipo penal descritos por la ley; en otras palabras, consiste en la voluntad libre y consciente de un individuo resuelta a menoscabar un bien jurídico protegido (Vega, 2020)

2.3.14 *Nulla culpa sine iudicio*, o principio de jurisdiccionalidad.

Sostiene que solo los jueces pueden imponer la prisión preventiva u otra medida de coerción. El fiscal y el procurador público tienen otras funciones (Chuquicallata Reategui, 2020)

2.3.15 *Nullum iudicium sine accusatione*, o principio acusatorio.

Es aquel principio inspirador del proceso penal según el cual el juez no puede actuar de oficio en el ejercicio de la acción penal, en la determinación del objeto del proceso (hechos y personas contra las que se dirige) y en la aportación de hechos y pruebas de los mismos (Kluwer, 2020)

2.3.16 *Nulla accusatio sine probatione*, o principio de la carga de la prueba.

Principio del Derecho procesal en virtud del cual se obliga a una de las partes a probar determinados hechos y circunstancias cuya falta de acreditación conllevaría una decisión adversa a sus pretensiones (Kluwer, 2020)

2.3.17 *Nulla probatio sine defensione*, o principio de contradicción.

Es uno de los principios claves del proceso en cualquiera de sus órdenes jurisdiccionales en virtud del cual las partes, por medio de su dirección letrada deben estar presentes en las pruebas practicadas, habida cuenta que en el caso contrario se produciría indefensión para las partes. Además, las pruebas practicadas con vulneración del principio de contradicción serían declaradas nulas y sin valor a la hora de dictar la sentencia (Kluwer, 2020)

2.4 FORMULACION DE HIPOTESIS

2.4.1 Hipótesis General

La percepción en el Poder Judicial Huancavelica, 2018, es que el sistema de límites constitucionales a la «libertad salvaje» de los ciudadanos en los delitos de corrupción de funcionarios, es influenciado por el contexto socio-político coyuntural.

2.4.2 Hipótesis secundarias

- a) El contenido del Sistema de límites constitucionales a la «libertad salvaje» de los ciudadanos, centra su razón en garantizar los derechos fundamentales.
- b) El contexto coyuntural socio-político influye de manera directa en los procesos de delitos de corrupción de funcionarios

- c) La influencia del estatus de funcionario público en las decisiones judiciales por los delitos de corrupción de funcionarios, no se enmarca en un contexto constitucional de límites a la potestad punitiva.

2.5 IDENTIFICACION DE VARIABLES

2.5.1 Variable independiente

Sistema de límites constitucionales a la: –libertad salvaje– de los ciudadanos en un contexto socio-político coyuntural

El sistema de límites constitucionales a la libertad del sujeto activo en los delitos corrupción de funcionarios se ve afectada por el contexto socio-político coyuntural

2.5.2 Variable dependiente

Sistema de límites constitucionales a la: –potestad punitiva– estatal

En un contexto de coyuntura normal los límites constitucionales al *iuspuniendi* estatal obedece a las garantías constitucionales establecidas.

2.6 OPERACIONALIZACIÓN DE VARIABLES

La operacionalización de las variables desarrolla las dimensiones, subdimensiones e indicadores, a fin de ser usada en las averiguaciones académicas en torno a

I. Dimensión 1

Sistema de límites constitucionales a la: Libertad Salvaje de los ciudadanos en un contexto socio -político coyuntural

a) Subdimensión 1

Interés general y público como expresión punitiva, en contravención al interés garantista de la norma constitucional

INDICADOR

El Interés general y público y su relevancia coyuntural como expresión punitiva.

b) Subdimensión 2

Política de persecución criminal en un Estado Constitucional y percepción de corrupción generalizada

INDICADOR

La plasmación de políticas criminales en el contexto de percepción de corrupción generalizada

c) Subdimensión 3

Prevención general de la pena como función ejemplarizante ante la sociedad y corrupción generalizada estatal.

INDICADOR

Prevención general de la pena y su función ejemplarizante ante los casos de corrupción generalizada.

d) Subdimensión 4

Teoría de garantismo y derechos fundamentales

INDICADOR

La Teoría del garantismo y derechos fundamentales de los funcionarios y servidores públicos.

II. Dimensión 2

Sistema de límites constitucionales a la: –potestad punitiva– estatal

e) Subdimensión 5

Límites constitucionales a la potestad punitiva estatal

INDICADOR

Los límites constitucionales y potestad punitiva estatal.

f) Subdimensión 6

Límites constitucionales en el delito de corrupción de funcionarios

INDICADOR

Límites constitucionales y corrupción de funcionarios

g) Subdimensión 7

Límites constitucionales y coyuntura político-social

INDICADOR

Los límites constitucionales en el contexto de coyuntura político-social

CAPITULO III METODOLOGÍA

3.1. TIPO DE INVESTIGACIÓN

La presente investigación es de tipo básica.

3.2. NIVEL DE INVESTIGACIÓN

El presente trabajo pertenece al nivel de investigación descriptivo – explicativo.

Descriptivo, porque la presente investigación tiene el objetivo de describir los fundamentos de interpretación jurídica con los que se arriban en el contexto de percepción del tema y variables propuestos en los magistrados y abogados de la muestra. Asimismo la investigación consiste únicamente en recoger información de manera independiente respecto a las variables propuestas (Hernandez Sampiere, R., Fernandez Collado, C., & Baptista Lucio, P., 2006).

Explicativo, porque se hará un análisis de las consecuencias jurídicas que se derivan de la aplicación de la norma, y las consecuencias de estas al ser contrastadas con los efectos de un contexto socio-político coyuntural. (Hernandez Sampiere, R., Fernandez Collado, C., & Baptista Lucio, P., 2006).

3.3. MÉTODO DE INVESTIGACIÓN

3.3.1. Método General

En la presente investigación se utilizó el método científico, entendiéndose a éste como el procedimiento lógico, que debe seguir el pensamiento, en la búsqueda de nuevos conocimientos sobre algún objeto o fenómeno concreto, desde el planteamiento del problema

hasta la elaboración del informe de investigación. Entre ellos el analítico, consiste en la descomposición, separación, aislamiento del conocimiento a priori en los elementos del conocimiento puro del entendimiento. Se le liberan o se le desata cada uno de los elementos que integraban la complejidad del objeto (Ramos Suyi, 2004).

3.3.2. Métodos Particulares

Entre éstos nos servirá para realizar una interpretación de las normas constitucionales y penales, que explican nuestro tema de investigación se utilizará lo siguiente:

- **Método exegético:** Permitirá conocer el sentido de las normas jurídicas y el sentido que quiso darle el legislador, a través de un análisis gramatical (lingüística, etimológica) de las instituciones que desarrollan nuestra investigación. Así mismo este método implicará realizar un estudio histórico de los antecedentes jurídicos del tema de investigación.
- **Método sistemático:** Permitirá una interpretación de las normas que regulan la construcción de nuestro tema a nivel del ordenamiento jurídico peruano, iniciándose en la Constitución.
- **Método sociológico:** Permitirá interpretar la norma que regulan los límites al *ius puniendi*, a la libertad de los actores del delito de corrupción de funcionarios en un contexto animado por la coyuntura política y de clamor social.

3.4. DISEÑO DE LA INVESTIGACIÓN

El diseño de la presente investigación está bajo un diseño no experimental de tipo descriptivo -explicativo. Para tal efecto, se logró obtener como fuentes de

investigación: legislación, doctrina y en específico, el recojo de los saberes expresados en la percepción de los magistrados y abogados; donde se realizará una evaluación generalmente a dos momentos, a) en ausencia del contexto extraordinario, y b) en un contexto de afectación socio-político coyuntural. No usaremos el juicio de expertos, dado que la evaluación se da a la luz de cumplimiento de principios constitucionales, los que se cotejarán su cumplimiento o no. Asimismo la investigación se realiza en una delimitación temporal al año 2018 (Hernandez Sampiere, R., Fernandez Collado, C., & Baptista Lucio, P., 2006).

3.5. POBLACION, MUESTRA, MUESTREO

3.5.1. Población

Se consideraron a los magistrados y abogados litigantes y/o auxiliares de especialidad del Poder Judicial del distrito judicial de Huancavelica.

3.5.2. Muestra

La muestra es elegida de manera directa no aleatoria, a fin de establecer una muestra representativa, que responda a la realidad expresada en las formas de expresión resolutive y su exigencia normativa.

3.5.3. Muestreo

A juicio y conveniencia del investigador, se eligio:

- 09 Jueces del Poder Judicial, Huancavelica.
- 08 Abogados de especialidad, litigantes y/o auxiliares de jurisdicción.

3.6. TECNICAS E INSTRUMENTOS DE RECOLECCION DE DATOS

La elección de las técnicas e instrumentos utilizados para recabar y procesar la correspondiente información, se relaciona directamente con los métodos empleados y el tipo de investigación realizada.

3.6.1. Técnicas

La técnica a utilizar es la encuesta

3.6.2. Instrumentos

El instrumento a utilizar la encuesta es una técnica destinada a obtener datos de varias personas cuyas opiniones impersonales interesan al investigador. Para ello, se utilizará un listado de preguntas escritas que se entregan a los sujetos, a fin de que las contesten igualmente por escrito. Ese listado se denomina cuestionario.

3.7 TECNICAS DE PROCESAMIENTO DE RECOLECCION DE DATOS

3.7.1. Fuentes primarias

- Análisis de encuesta.
- Análisis de las fuentes bibliográficas.
- Evaluación directa de consultado.

3.7.2. Fuentes secundarias

Básicamente consistió en la revisión del material bibliográfico sobre la materia objeto de la investigación, y el análisis de resultados encuesta.

3.8 PROCESAMIENTO PARA RECOLECCION DE DATOS.

Se realizó el presente procedimiento a fin de alcanzar los datos finales: a) se confeccionó el instrumento de averiguación a fin de cotejar el cumplimiento de estándares legales constitucionales, el mismo que se validó dándole los valores correspondientes, b) Dicho instrumento se aplicó a los encuestados, c) Se revisaron y se procedió con la verificación del proceso, d) Se confeccionaron los instrumentos de presentación de resultados, e) Se presentaron los resultados de modo didáctico, y f) se ofrecieron las conclusiones.

3.9 DESCRIPCIÓN DE LA PRUEBA DE HIPÓTESIS.

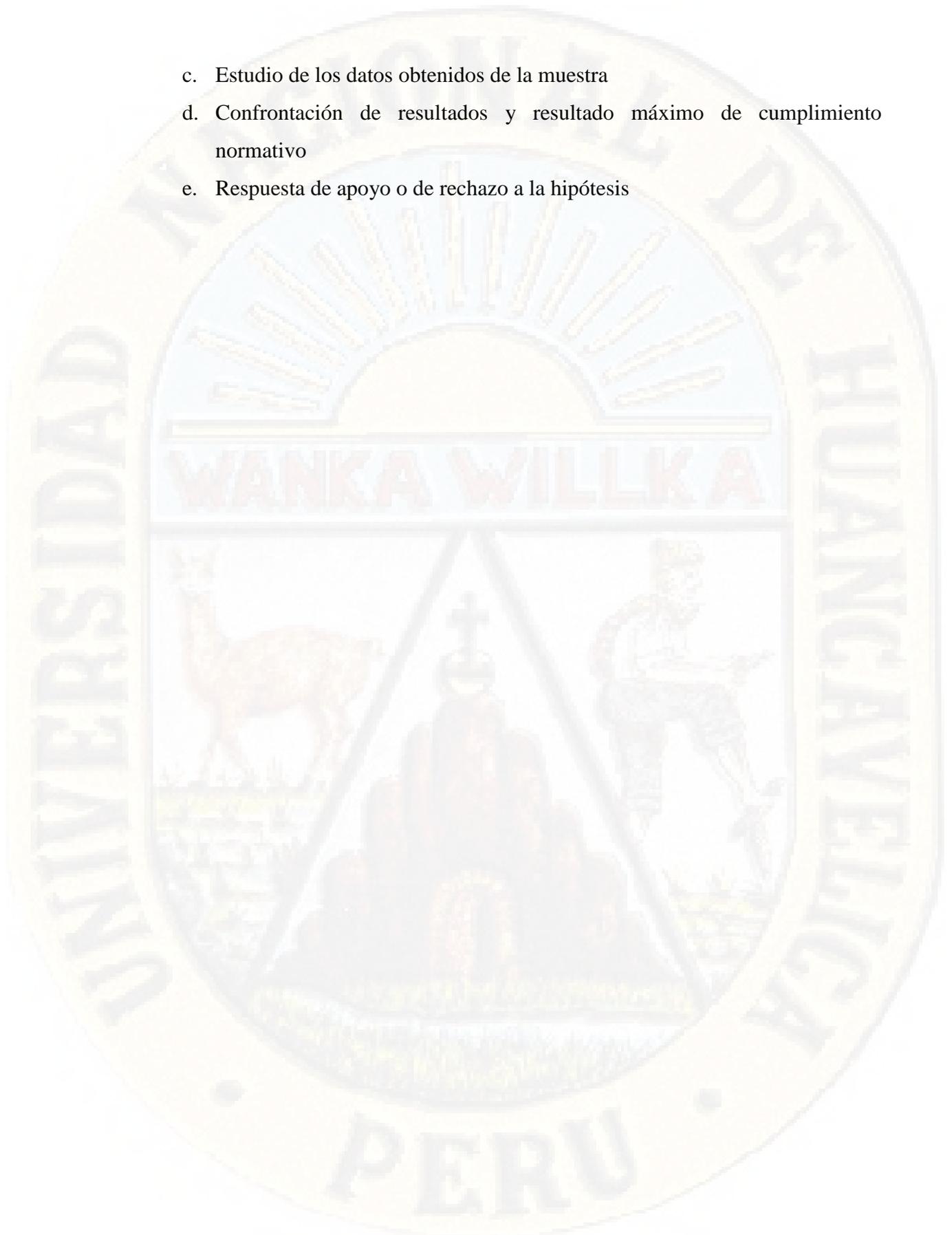
Para la operacionalización de hipótesis, se procede a desintegrar los elementos que la componen, a decir de (Torres Bardales, 1998), ésta deberá seguir el siguiente iter:

- a. Determinar el tipo de hipótesis formulada
- b. Coherencia entre variables
- c. Las variables representan los atributos del problema planteado
- d. El conocimiento preciso de lo que se va investigar

Estando a lo anterior podremos ahora establecer la prueba de hipótesis, en este caso se hace referencia a lo enunciado por (Hernandez Sampietri, 1991), las hipótesis del proceso cuantitativo se someten a prueba empírica para poder apoyarlas o refutarlas, de acuerdo a lo observado, en todo caso no podríamos probar que una hipótesis sea verdadera o falsa, sino argumentar si fue apoyada o no, de acuerdo a los datos de observación, por lo que nuestra hipótesis ha seguido el siguiente proceso de validación:

- a. Formulación de la hipótesis
- b. Conformación de la muestra representativa

- c. Estudio de los datos obtenidos de la muestra
- d. Confrontación de resultados y resultado máximo de cumplimiento normativo
- e. Respuesta de apoyo o de rechazo a la hipótesis



CAPITULO IV RESULTADOS

El capítulo de resultados permite darle consistencia científica al planteamiento de la hipótesis de la investigación titulada: “Sistema de límites constitucionales a la «libertad salvaje» de los ciudadanos en los delitos de corrupción de funcionarios en un contexto socio-político coyuntural, Poder Judicial Huancavelica, 2018”. El procedimiento realizado para tal fin fue el siguiente: se inició con un proceso de codificación de los ítems según a la variable de investigación que correspondan, se otorgó la valoración numérica a cada respuesta (1 = No y 2 = Si), seguido de ello se ha procesado cada cuestionario que en número son 17, los mismos que fueron respondidos por jueces en función y abogados en la especialidad; acto seguido se ha realizado la tabulación en softwares estadísticos obteniendo así dos tipos de estadísticas la descriptiva e inferencial, la primera permite caracterizar las variables de investigación y la segunda permite contrastar la hipótesis de investigación, en este caso se utilizó el estadístico de prueba del Rho de Spearman puesto que el trabajo tiene un diseño correlacional. Cabe señalar que para la presentación de resultados se tuvo en cuenta el marco metodológico de la investigación, y que las unidades de análisis estuvieron conformadas por 17 profesionales del derecho entre los cuales 9 fueron los jueces en funciones y 8 abogados expertos en la materia de investigación.

4.1 PRESENTACIÓN E INTERPRETACIÓN DE RESULTADO

4.1.1 Validez y confiabilidad del instrumento

El coeficiente alfa de Cronbach permitió conocer el nivel de confiabilidad del instrumento, para cuya interpretación, se ha utilizado el siguiente rango:

Muy baja	0
Baja	0,01 – 0,49
Regular	0,5 – 0,59
Aceptable	0,6 – 0,89
Elevada	0,9 – 1

Donde un coeficiente 0 significa confiabilidad nula y 1 representa una confiabilidad de nivel máxima, es decir, el resultado debe oscilar entre 0 y 1 y cuanto más cerca al 1 mayor será la confiabilidad estadística del instrumento.

A continuación, se muestra el resultado del procesamiento de datos.

Tabla 1. Confiabilidad estadística del instrumento

Alfa de Cronbach	N° de elementos
94.4%	7

Fuente: Base de datos

Decisión:

Tras el procesamiento del coeficiente alfa de cronbach, se tiene: $\alpha = 0.944$, es decir, que según la escala el instrumento utilizado tiene una confiabilidad de 94.4%, que significa que es ELEVADA; con ese resultado de fiabilidad se continuó realizando las estadísticas descriptivas.

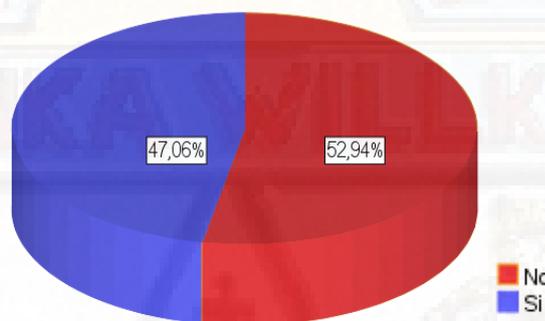
4.1.2 Resultados descriptivos por ítems

Tabla 2. ¿En el actual proceso penal de casos coyunturales de corrupción generalizada, se pondera mejor el interés general y público como expresión punitiva?

Categoría	Frecuencia	Porcentaje
No	9	52,9
Si	8	47,1
Total	17	100,0

Fuente: Base de datos

Gráfico 1 ¿En el actual proceso penal de casos coyunturales de corrupción generalizada, se pondera mejor el interés general y público como expresión punitiva?



Fuente: Base de datos

Descripción: De la tabla 2 y el gráfico 1, observamos que el 52.9% de los encuestados señala que no es cierto que en el actual proceso penal de casos coyuntural de corrupción generalizada se pondera mejor el interés general y público como expresión punitiva; mientras que el 47.1% considera que esto es afirmativo.

Interpretación: Se tiene que los encuestados afirman que el actual proceso penal de casos coyunturales de corrupción generalizada, no precisamente se vienen ponderando el interés general y público como expresión punitiva.

Análisis: Se tiene que a decir de la percepción de los jueces y abogados, cuando se está frente a casos penales de indole coyuntural en un contexto de corrupción generalizada, ligeramente se aleja de ponderar lo que el interés general y público expresa, siendo que la toma de decisiones se centra en el limite con las garantías

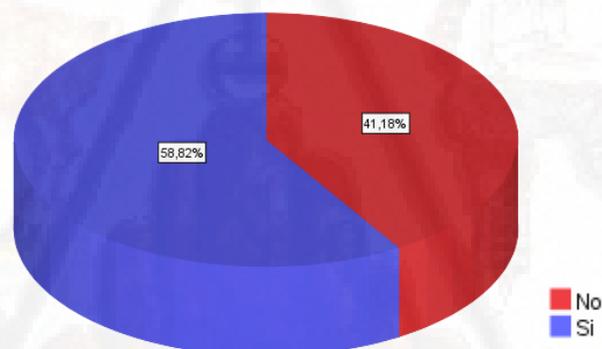
procesales constitucionales y muy cerca a lo que opina la sociedad en su sentir por dichos casos publicitados.

Tabla 3. ¿El contexto de percepción de corrupción generalizada, viabiliza una política de persecución criminal especial?

Categoría	Frecuencia	Porcentaje
No	7	41,2
Si	10	58,8
Total	17	100,0

Fuente: Base de datos

Gráfico 2. ¿El contexto de percepción de corrupción generalizada, viabiliza una política de persecución criminal especial?



Fuente: Base de datos

Descripción: De la tabla 3 y el gráfico 2, observamos que el 41.2% de los encuestados considera no es verdad cuando se dice que, en el contexto de percepción de corrupción generalizada, viabiliza una política de persecución criminal especial, en cambio el 58.8% considera que esta afirmación es correcta.

Interpretación: La percepción en este cuestionamiento expresa el resultado que se tiene al tener una percepción generalizada de corrupción, éste es un motivo

importante a fin de que éstos procesos tenga a viabilizar políticas de persecución criminal especial.

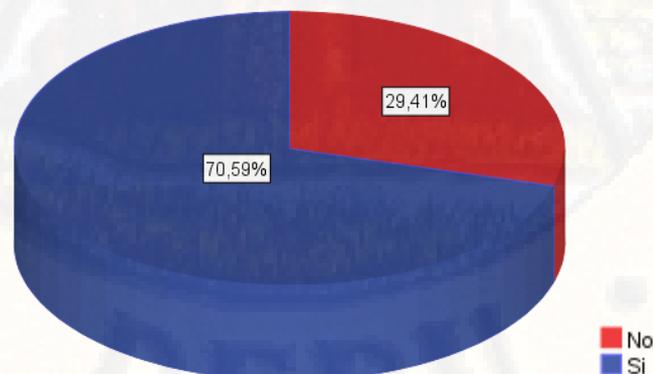
Análisis: Se tiene que al tener una percepción generalizada de corrupción, éste es un motivo importante por lo que los procesos penales en contexto coyuntural posibilite la aplicación de políticas de persecución criminal especial, ello claro está oponiéndose a los mandatos de garantías constitucionales al respecto.

Tabla 4. ¿Se prioriza el efecto ejemplarizante de la pena, ante casos de corrupción estatal?

Categoría	Frecuencia	Porcentaje
No	5	29,4
Si	12	70,6
Total	17	100,0

Fuente: Base de datos

Gráfico 3. ¿Se prioriza el efecto ejemplarizante de la pena, ante casos de corrupción estatal?



Fuente: Base de datos

Descripción: De la tabla 4 y el gráfico 3, se observa que el 29.4% de los encuestados considera que no se prioriza el efecto ejemplarizante de la pena, ante caso de corrupción estatal, en tanto el 70.6% considera que si se prioriza el efecto ejemplarizante de la pena.

Interpretación: Del resultado se observa que un porcentaje importante, ha observado que las penas en el contexto averiguado, viene utilizando la pena como mensaje y efecto ejemplarizante.

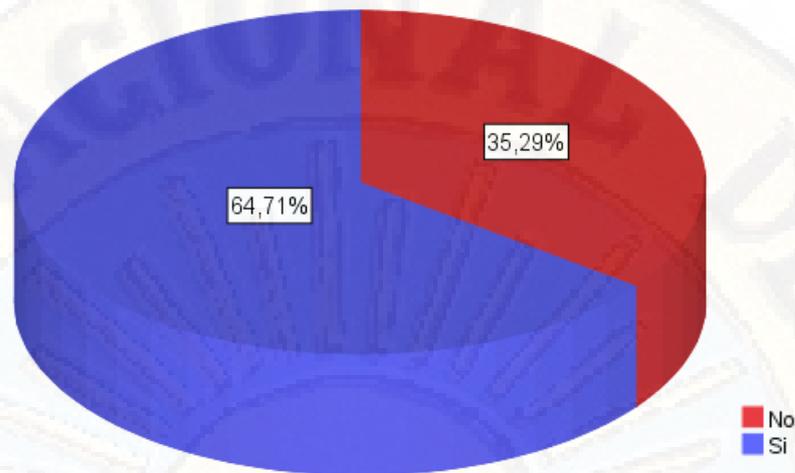
Análisis: Se tiene que al final del proceso, la pena trae consigo el efecto ejemplarizante ante casos de corrupción estatal, siendo que el contexto se viene generalizando, los términos de las garantías que contienen los sistemas de límites a la libertad de los sujetos activos de éstos delitos, no tienen mejor cumplimiento al tema punitivo de “castigar” con fines de ejemplo a las conductas nocivas futuras.

Tabla 5. ¿El proceso penal contra los funcionarios y servidores públicos, desarrollan contenidos de Teoría del garantismo y derechos fundamentales?

Categoría	Frecuencia	Porcentaje
No	6	35,3
Si	11	64,7
Total	17	100,0

Fuente: Base de datos

Gráfico 4. ¿El proceso penal contra los funcionarios y servidores públicos, desarrollan contenidos de teoría del garantismo y derechos fundamentales?



Fuente: Base de datos

Descripción: De la tabla 5 y el gráfico 4, se observa que, en cuanto al proceso penal contra los funcionarios y servidores públicos, desarrollan contenidos de Teoría del garantismo y Derechos fundamentales, el 64.7% considera que es correcto esta afirmación, mientras 35.3% que el considera que no.

Interpretación: En cuanto al proceso penal contra los funcionarios y servidores públicos, los encuestados afirman que en dichos procesos de todos modos se desarrollan contenidos de teoría del garantismo y derechos fundamentales, solo existe un tenue y reducido porcentaje que niega ésta aplicación garantista.

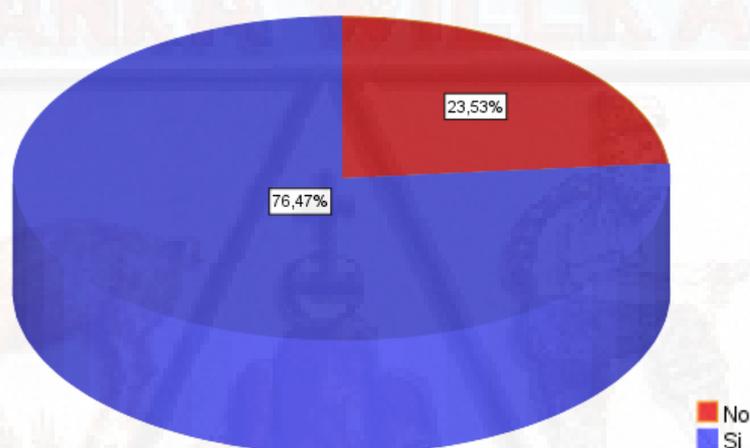
Análisis: Estando a la afirmación que en los procesos de todos modos se desarrollan contenidos de teoría del garantismo y derechos fundamentales, resultado contrastado con los resultados previos expresan una percepción formal, a decir respecto a los derechos fundamentales. Así, afirmar lo contrario sería una negación a los fines formales del proceso, se tiene entonces una percepción formalizada y otra que resulta del contexto y coyuntura que, tampoco se puede negar.

Tabla 6. ¿El proceso penal obedece en general a los límites constitucionales establecidos?

Categoría	Frecuencia	Porcentaje
No	4	23,5
Si	13	76,5
Total	17	100,0

Fuente: Base de datos

Gráfico 5. ¿El proceso penal obedece en general a los límites constitucionales establecidos?



Fuente: Base de datos

Descripción: De la tabla 6 y el gráfico 5, tenemos que en cuanto al proceso penal obedece en general a los límites constitucionales establecidos, el 76.5% considera que si es correcta esta afirmación, en cambio el 23.5% otorga una respuesta negativa.

Interpretación: Los encuestados coinciden en un buen porcentaje, que el proceso penal obedece en general a los límites constitucionales establecidos, es decir se cumplen los presupuestos que limitan la acción punitiva del Estado, expresión de las garantías procesales en materia penal.

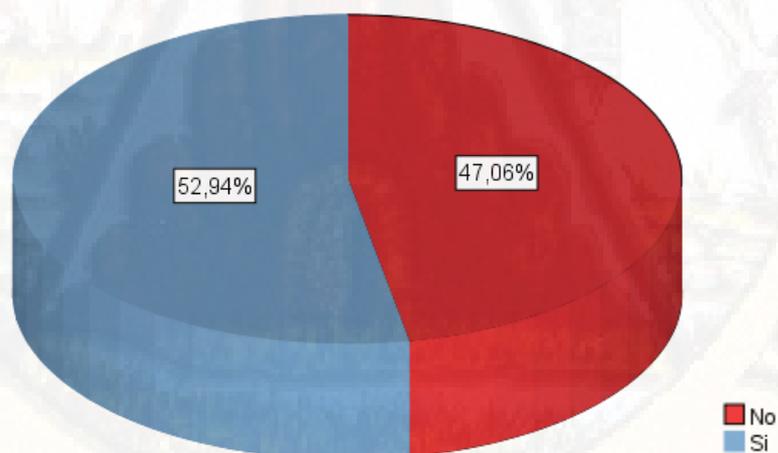
Análisis: Se tiene por dado que el proceso penal obedece en general a los límites constitucionales establecidos, es decir se cumplen los presupuestos que limitan la acción punitiva del Estado, expresión de las garantías procesales en materia penal. Sin embargo a decir de las averiguaciones que anteceden, cuando éstas se realizan en contextos de coyuntura, o de contexto de delitos de funcionarios dichas garantías se alejan, expresando otros tipos de utilidad punitiva.

Tabla 7. ¿Existe respeto irrestricto a los límites constitucionales, en los procesos por corrupción de funcionarios, en un contexto social regular?

Categoría	Frecuencia	Porcentaje
No	8	47,1
Si	9	52,9
Total	17	100,0

Fuente: Base de datos

Gráfico 6. ¿Existe respeto irrestricto a los límites constitucionales, en los procesos por corrupción de funcionarios, en un contexto social regular?



Fuente: Base de datos

Descripción: De la tabla 7 y el gráfico 6, se tiene que en cuanto al ítem: Existe respeto irrestricto a los límites constituciones, en los procesos por corrupción de funcionarios, en un contexto social regular, el 47.1% de los encuestado considera que no y el 52.9% considera que si.

Interpretación: Existe ligera distancia entre el respeto irrestricto y no respecto a los límites constituciones, en los procesos por corrupción de funcionarios, en un contexto social regular.

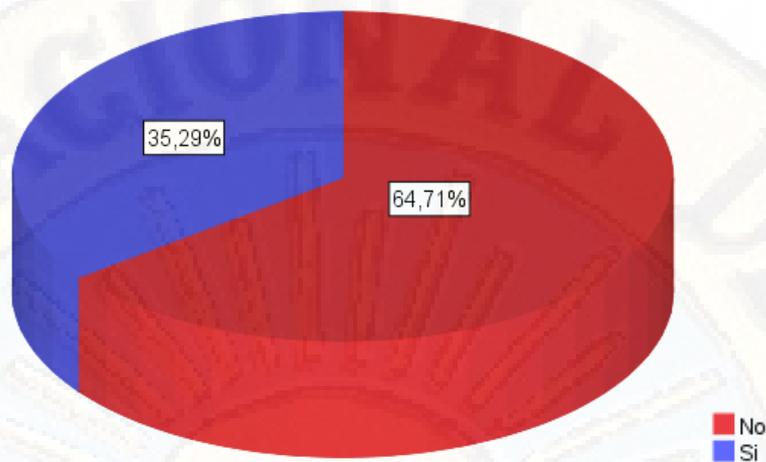
Análisis: La ligera distancia entre el respeto irrestricto y no respecto a los límites constitucionales, en los procesos por corrupción de funcionarios, en un contexto social regular, nos indica que, vienen siendo influenciados cuando se tratan del tipo de delito, cuando son cometidos por funcionarios públicos éste se torna sensible en su tratamiento procesal.

Tabla 8. ¿Existe respeto irrestricto a los límites constitucionales, en los procesos por corrupción de funcionarios, en un contexto coyuntural político-social?

Categoría	Frecuencia	Porcentaje
No	11	64,7
Si	6	35,3
Total	17	100,0

Fuente: Base de datos

Gráfico 7. ¿Existe respeto irrestricto a los límites constitucionales, en los procesos por corrupción de funcionarios, en un contexto coyuntural político-social?



Fuente: Base de datos

Descripción: De la tabla 8 y el gráfico 7, observamos que el 64.7% de los encuestados considera que no existe respeto irrestricto a los límites constitucionales en los procesos por corrupción de funcionario, en un contexto coyuntural político – social, mientras que el 35.3% considera que si existe respeto.

Interpretación: Se tiene que los encuestados modifican sus respuestas cuando se añade el contexto coyuntural político – social, en este escenario un buen porcentaje afirma que no existe respeto irrestricto a los límites constitucionales en los procesos por corrupción de funcionario.

Análisis: Ésta consulta final desarrolla fundamentalmente la preocupación principal de nuestra averiguación académica, la misma que se guía en torno a los procesos por corrupción de funcionarios, su aplicación en torno a las garantías constitucionales o los límites que la Constitución exige cuando se procesen conductas de ésta índole. Así, tenemos que en general se percibe un respeto irrestricto o al menos cercano a un Estado garantista, sin embargo cuando se añade un escenario de coyuntura político – social, los fines del proceso han de alejarse del respeto irrestricto a los límites constitucionales.

4.2 DISCUSIÓN DE RESULTADOS

En este apartado se realizarán la discusión de resultados, los que deberán de desarrollar no una comparación de resultados de otras investigaciones ofrecidas como antecedentes, dado que siendo explorativo el presente trabajo, dichos trabajos que anteceden a éste desarrollan temas separadas de nuestras variables. Sin embargo, procedemos a concretar una discusión de resultados pertinentes a nuestra averiguación académica, a partir de las conclusiones que ofrecen dichos antecedentes:

Para Ladrón De Guevara Pascual, Cármen, (2017), en su tesis doctoral: Seguridad versus garantías procesales: ¿hacia un Derecho procesal del enemigo?, tuvo por objetivo el determinar en qué medida una respuesta eficaz a la delincuencia terrorista implica, necesariamente, la adopción de leyes y medidas específicas que impliquen la restricción de los derechos individuales y en qué medida esta limitación debe considerarse como propia de lo conocido como Derecho del enemigo. En el mismo sentido a nuestra averiguación, desde el punto de vista de la política criminal, sobresale el siguiente cuestionamiento ¿Pueden los derechos individuales de los ciudadanos ser restringidos para garantizar la seguridad colectiva de la sociedad?, en nuestro caso la seguridad jurídica de nuestra sociedad viene siendo puesta en deterioro a partir de una tendencia a la corrupción generalizada, por lo que los procesos penales que exigen nuestra realidad hacia una tendencia a socabar los límites al respeto de los derechos que les queda a los de la criminalidad organizada, que en nuestro caso se circunscribe a delitos cometidos por funcionarios públicos.

Para dicho investigador la búsqueda de la eficacia en las investigaciones contra la criminalidad organizada y el respeto a los derechos y garantías procesales del investigado, exige casi siempre la limitación de esos derechos y garantías procesales, ésta limitación no implica necesariamente la violación o lesión de los mismos por parte del Estado. Sin embargo, coincidimos que las garantías procesales en un Estado de derecho no son sólo para el delincuente, sino para todos los ciudadanos. A decir

de nuestras conclusiones, se advierte que en un Estado de Derecho Constitucional, se deberá de plasmar la exigencia de los presupuestos que la Constitución garantiza, aún cuando la coyuntura social y opinión socio-político quisiera sobrepasar los límites constitucionales establecidos.

Por otro lado Sandoval Mesa, Jaime A., (2016), en su tesis doctoral titulado: El principio de legalidad en materia penal en Colombia y su proceso de transformación. Su tema desarrolla tensiones entre la ley positiva y los criterios de seguridad jurídica, justicia material y legitimidad. Postula un estudio del proceso de transformación del principio de legalidad penal en Colombia, a partir de su concepción sustancial. Sobre esta base, el principio analizado se define en razón de las tensiones actuales que se presentan entre el concepto de ley positiva y sus divergencias con respecto a los elementos de justicia material y seguridad jurídica. Una discusión entre lo que se exige como justicia y si éste se funda en el contexto de un sistema jurídico, el mismo que exige garantías a nivel constitucional. Así, se erige en la actualidad un principio de legalidad derivado de la dogmática penal en desarrollo (finalismo-funcionalismo), junto con el garantismo penal (sustancial y procesal) como fundamento de integración constitucional, defensa frente asuntos de connotación de legitimidad penal. La presencia de actos ilegítimos del Estado y de procesos en los que se presenta una legalidad aparente, además de las graves violaciones de derechos humanos en Colombia producen la necesidad de ponderación entre la seguridad jurídica y la justicia material. Dicha conclusión arribada, expresa a decir de nuestro lado académico que se debería de ponderar hasta que punto podemos exigirnos ser garantistas o expresar resultados que nos parecen justos y no tanto de seguridad jurídica.

Ruano Godoy (2017) en su tesis doctoral: Los principios informadores del derecho penal en el Derecho Constitucional guatemalteco, a la luz del sistema interamericano de derechos humanos. Desarrolla aspectos relevantes a nuestra averiguación, siendo éstos el Derecho Constitucional y el Derecho Penal. Señala el tesista que ambas desarrolladas generalmente de manera aislada, sin percibir el nexo inherente entre

ellas, en la consolidación de un Estado Constitucional de Derecho, a decir de nuestra averiguación exige que el Derecho Penal deberá relacionarse con el Derecho Constitucional, debido a los bienes jurídicos de carácter primordial que el mismo sistema pretende proteger, como la vida, la libertad, etc., que los mecanismos utilizados para su protección y sanción, con el propósito de lograr el mantenimiento de la convivencia social, dentro del marco democrático de derecho, asunto que advertimos cuando se tiende a valorar asuntos, no técnico jurídicos, sino de clamor y exigencia social. El aporte en discusión además señala que se ha producido una constitucionalización de normas ordinarias penales que desde esta perspectiva han sido optimizadas en un nivel superior de aplicabilidad, asunto que afirma nuestro aporte cuando decimos que, en nuestra realidad en muchos casos no existe un apego a las garantías constitucionales, trasladándose entonces a otros presupuestos que yacen en opiniones de una sociedad hastiada de corrupción, por ejemplo. Otra conclusión que asemeja nuestro aporte es lo referido a que la primera concepción que se tuvo como resultado de la transformación liberal, era la de considerar a la Constitución únicamente como un límite al poder político, como una forma de organización estatal, en pro de protección de los derechos de los ciudadanos como elementos principales en su contenido. Se entiende al final de nuestro trabajo que existe límites a las libertades, éstas dentro siempre de un contexto de garantías constitucionales.

En otro lado de los antecedentes esta Granda Alonso, José L., (2015), con su tesis doctoral titulado: La Autonomía Judicial en el Constitucionalismo Español, señala que el sistema de reglas del que refleja las características socioeconómicas y políticas fundamentales de la realidad socio-histórica del que forma parte, es una sociedad ágrafao un movimiento social en gestación de otro sistema de reglas que en una sociedad con alto desarrollo industrial e informático; una sociedad cazadora nómada determinará otros conflictos como esenciales, como los son en una sociedad agraria con apropiación predominantemente privada de la producción social; como en una colectividad fundada en el principio de la igualdad de todos sus miembros reconocido mediante su sistema legal otros ámbitos como críticos que una sociedad erigida sobre

privilegios acordes con la diferencia de género o de afiliación religiosa. Para nuestro aporte, estamos en un contexto socio coyuntural, de percepción de corrupción generalizada, a niveles estatales, si bien ello no es un estadio histórico como lo plasmado en una sociedad agraria a la industrial, pero si que estamos en un contexto sin precedentes o estamos ante una realidad de “siempre”. En todo caso, en otro ángulo de nuestro aporte ante esta realidad nacional, el derecho y sus normas deberán de tener un norte que de respuesta concreta a una realidad imperante.

Guardiola Sánchez, Inés (2015), en su aporte: Ejecución de las penas, tiene por objeto el estudio de las formas de suspensión y sustitución de la ejecución de las penas privativas de libertad, medidas previstas y reguladas en el Código Penal español, postula por un delicado equilibrio en el Derecho penal, entre el margen de libertad de actuación de los ciudadanos y el campo reservado al derecho represivo frente a las conductas incívicas desordenadas. En nuestra propia averiguación, se tiene que existen límites constitucionales a conductas de los ciudadanos, y también existen límites por parte de cómo da respuesta el Estado punitivo a dichas conductas.

4.3. PROCESO DE PRUEBA DE HIPÓTESIS

La prueba de hipótesis del presente trabajo se desarrolla de modo descriptivo, a razón de los resultados en el acápite anterior, para ello se inicia con un análisis específico a lo genérico, como a continuación presentamos. Para ello, se ha considerado agrupar datos a través de la técnica de la baremación, con la finalidad ampliar la perspectiva de interpretación. El instrumento tiene 2 puntos iniciales los cuales son: si, no; los mismos que han sido ampliados reduciéndolo a 3 puntos y/o categorías, siendo éstas: bajo, moderado y alto. Recordemos que el establecimiento de un baremo permite convertir el puntaje bruto en puntuaciones derivadas. (Alarcón, 1991, pág. 27).

4.3.1 Resultados descriptivos agrupados del planteamiento de las hipótesis

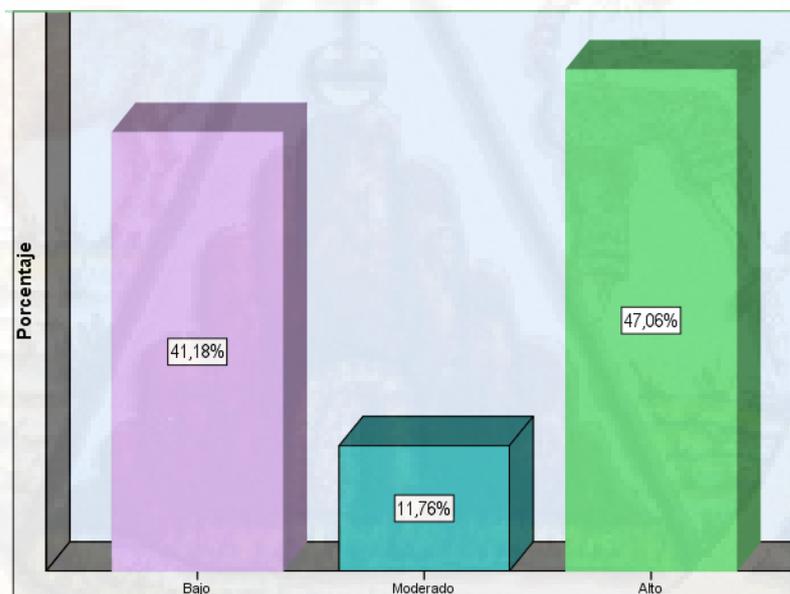
4.3.1.1 De la Primera Hipotesis Secundaria

Tabla 9. Resultado descriptivo sobre el contenido del sistema de límites constitucionales a la «libertad salvaje» de los ciudadanos, centra su razón en garantizar los derechos fundamentales.

Categoría con baremos	Frecuencia	Porcentaje
Bajo	7	41,2
Moderado	2	11,8
Alto	8	47,1
Total	17	100,0

Fuente: Base de datos

Gráfico 8. Resultado descriptivo sobre el contenido del sistema de límites constitucionales a la «libertad salvaje» de los ciudadanos, centra su razón en garantizar los derechos fundamentales.



Fuente: Base de datos

De la tabla 9 y el gráfico 8, se observan los resultados descriptivos sobre la hipótesis específica 1, el cual se plantea del siguiente modo: el contenido del sistema de límites constitucionales a la «libertad salvaje» de los

ciudadanos, centra su razón en garantizar los derechos fundamentales. El 41.2% de los encuestados considera que es esto es bajo, el 11.8% lo considera moderado y el 47.1% lo considera como alto. Como se puede observar los baremos “bajo” y “alto” tienen valores similares lo que significaría que este es un tema que genera debate por las posiciones muy marcadas en cuanto a determinar si el sistema de límites constitucionales efectivamente se garantiza o no los derechos fundamentales. Para nuestro análisis gráfico esto es sin duda discutible, en realidad es el reflejo de lo que se discute actualmente en el sector académico jurisdiccional en nuestro actual contexto social-político.

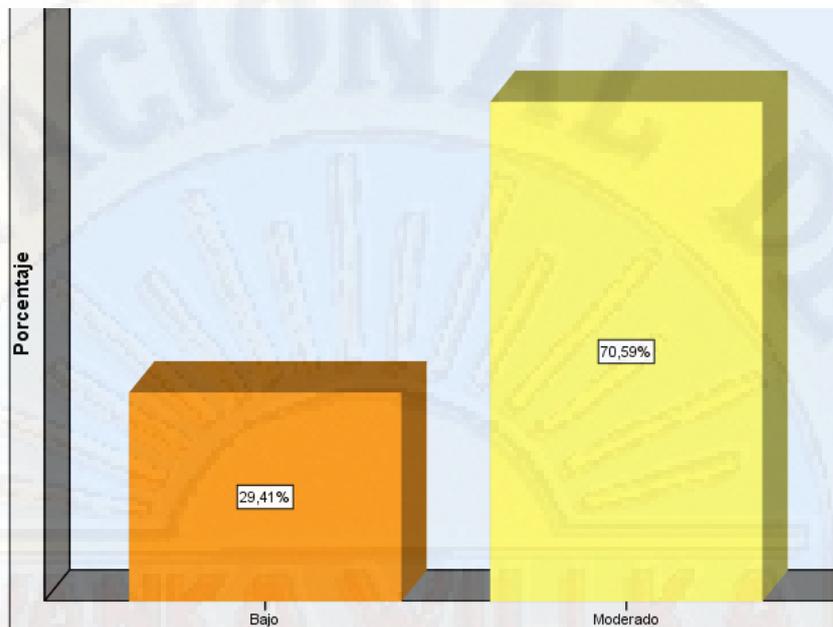
4.3.1.2 De la segunda Hipotesis Secundaria

Tabla 10. Resultado descriptivo sobre: El contexto coyuntural socio-político influye de manera directa en los procesos de delitos de corrupción de funcionarios.

Categoría con baremos	Frecuencia	Porcentaje
Bajo	5	29,4
Moderado	12	70,6
Total	17	100,0

Fuente: Base de datos

Gráfico 9. Resultado descriptivo sobre El contexto coyuntural socio-político influye de manera directa en los procesos de delitos de corrupción de funcionarios.



Fuente: Base de datos

De la tabla 10 y el gráfico 9, tenemos los resultados del planteamiento de la hipótesis específica 2: El contexto coyuntural socio-político influye de manera directa en los procesos de delitos de corrupción de funcionarios. Estos resultados nos arrojan que el 29.4% de los encuestados lo considera como una posibilidad baja y el 70.6% considera que la afirmación es moderada, pero el 0% (ninguno) de los encuestados ha considerado que el contexto socio-político influye en el proceso a los funcionarios, en otras palabras, a decir de ellos, los procesos judiciales mantienen cierto nivel de independencia técnica. Éste resultado no hace sino afirmar que nuestra realidad procesal, la judicatura no acepta una realidad que a todas luces se vienen dando, que los procesos donde esta inmerso los funcionarios, es letalmente influenciado por contexto socio-político, la percepción generalizada de corrupción si influye como indirectamente se discute en los resultados de la hipótesis secundaria primera, no debería ser tal, es lo que señala nuestros cuadros en comentario.

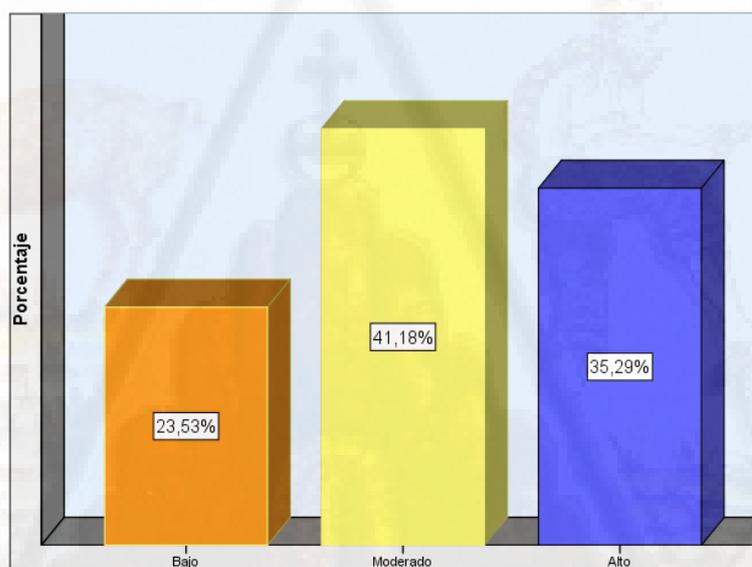
4.3.1.3 De la Tercera Hipotesis Secundaria

Tabla 11. Resultado descriptivo sobre la influencia del estatus de funcionario público en las decisiones judiciales por los delitos de corrupción de funcionarios, no se enmarca en un contexto constitucional de límites a la potestad punitiva.

Categoría con baremos	Frecuencia	Porcentaje
Bajo	4	23,5
Moderado	7	41,2
Alto	6	35,3
Total	17	100,0

Fuente: Base de datos

Gráfico 10. Resultado descriptivo sobre La influencia del estatus de funcionario público en las decisiones judiciales por los delitos de corrupción de funcionarios, no se enmarca en un contexto constitucional de límites a la potestad punitiva.



Fuente: Base de datos

De la tabla 11 y el gráfico 10, tenemos los resultados descriptivos de la hipótesis específica 3: La influencia del estatus de funcionario público en las decisiones judiciales por los delitos de corrupción de funcionarios, no se enmarca en un contexto constitucional de límites a la potestad punitiva, al respecto tenemos que el 23.5% de los encuestados considera que la

influencia es baja, el 41.2% que es moderada y el 35.3% considera que la influencia es alta. Estando a los resultado alto y bajo de 35% a 23%, es una discusión entre ambas consideraciones de que existe una influencia del estatus de funcionario publico en las decisiones judiciales, es interesante anotar la moderación que existiría en éstas discusiones el 41% señala sin dudas lo que venimos advirtiéndolo, no se quiere aceptar una realidad procedimental, la misma que a todas luces y por los casos que se conoce y son noticia, aunado a los antecedentes jurisdiccionales al respecto, muchas veces no se ejecutan los presupuestos de límites constitucionales señalados.

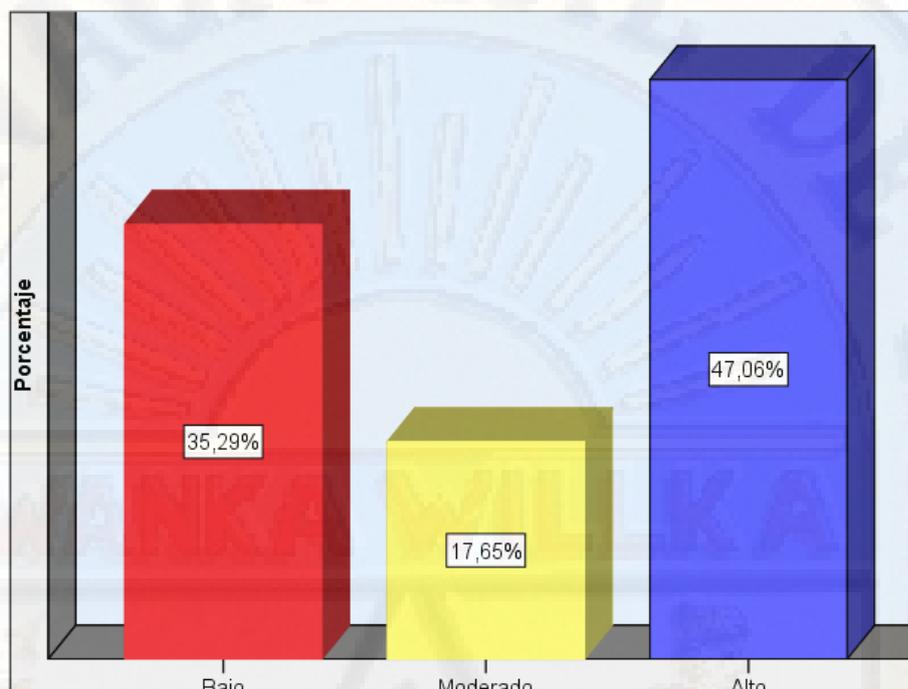
4.3.2 Resultados descriptivos de las variables

Tabla 12. Resultado descriptivo sobre Sistema de límites constitucionales a la: – potestad punitiva– estatal

Categoría con baremos	Frecuencia	Porcentaje
Bajo	6	35,3
Moderado	3	17,6
Alto	8	47,1
Total	17	100,0

Fuente: Base de datos

Gráfico 11. Resultados descriptivos sobre Sistema de límites constitucionales a la: – potestad punitiva– estatal



Fuente: Base de datos

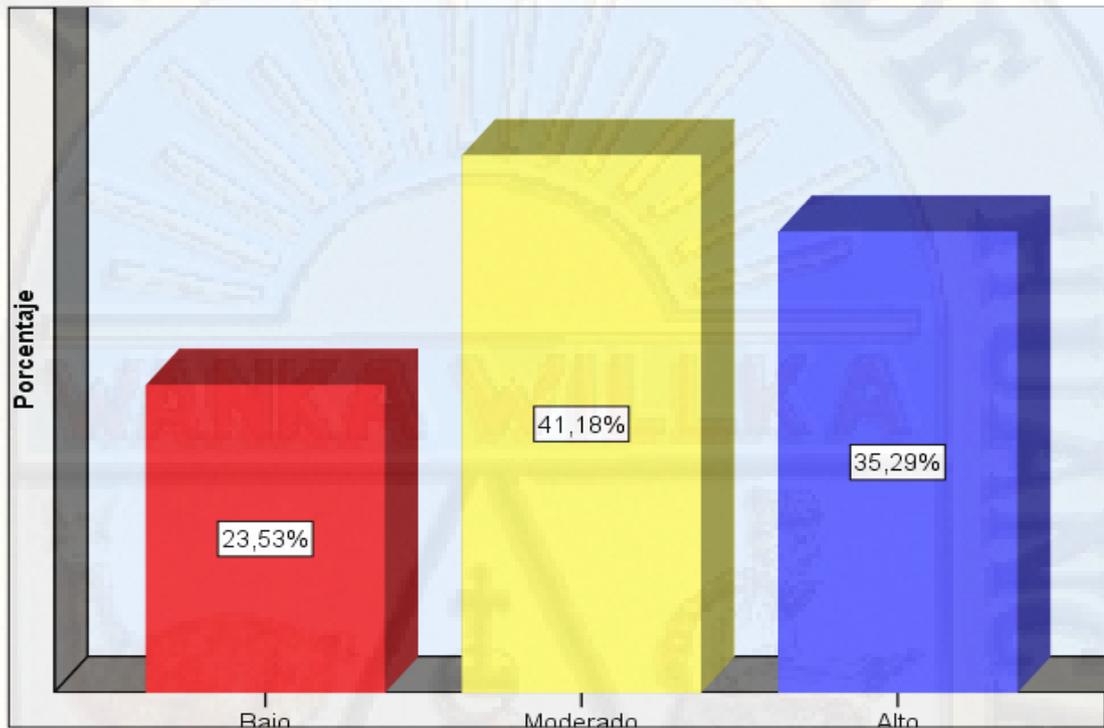
De la tabla 12 y el gráfico 11, tenemos que el 35.3% de los encuestados la considera en la categoría baja, a la variable Sistema de límites constitucionales a la: –potestad punitiva– estatal, mientras que el 17.6% considera que se encuentra en la categoría moderado y el 47.1% en la categoría alto.

Tabla 13. Resultados descriptivos sobre Sistema de límites constitucionales a la: libertad salvaje– de los ciudadanos en un contexto socio -político coyuntural.

Categoría con baremos	Frecuencia	Porcentaje
Bajo	4	23,5
Moderado	7	41,2
Alto	6	35,3
Total	17	100,0

Fuente: Base de datos

Gráfico 12. Resultados descriptivos sobre Sistema de límites constitucionales a la: libertad salvaje– de los ciudadanos en un contexto socio -político coyuntural



Fuente: Base de datos

De la tabla 13 y el gráfico 12, tenemos que el 23.5% de los encuestados considera en la categoría bajo a los límites constitucionales a la libertad salvaje de los ciudadanos en un contexto socio político coyuntural, el 41.2% le da una categoría moderada y el 35.3% le otorga una categoría alta.

4.3.3 Contrastación de hipótesis

4.3.3.1 Hipótesis general

a) Planteamiento de la hipótesis general

H_1 = La percepción en el Poder Judicial Huancavelica, 2018, es que el Sistema de límites constitucionales a la «libertad salvaje» de los

ciudadanos en los delitos de corrupción de funcionarios, es influenciado por el contexto socio-político coyuntural.

H_0 = La percepción en el Poder Judicial Huancavelica, 2018, es que el Sistema de límites constitucionales a la «libertad salvaje» de los ciudadanos en los delitos de corrupción de funcionarios, NO es influenciado por el contexto socio-político coyuntural.

b) Establecimiento del nivel de significancia

Los resultados estadísticos para la contrastación de hipótesis tienen un margen de error máximo del 5%, $\alpha \leq 0.05$. (α = a nivel de nivel significancia estadística); es decir, que si sobrepasa el 5% en el estadístico de prueba la hipótesis de investigación será rechazada, de lo contrario la aceptaremos.

c) Selección de estadístico de prueba

Como las variables de investigación son cualitativas se utilizó el estadístico de prueba del Rho de Spearman.

Tabla 14. Correlaciones bivariados – hipótesis general

		Variable 1 (Agrupada)	Variable 2 (Agrupada)
Rho de Spearman	Variable 1 (Agrupada)	Coefficiente de correlación	de 1,000
		Sig. (bilateral)	,842**
		N	.,000
		N	17
	Variable 2 (Agrupada)	Coefficiente de correlación	de ,842**
		Sig. (bilateral)	1,000
		N	.,000
		N	17

** . La correlación es significativa en el nivel 0,01 (bilateral).

d) Valor de P

El valor de significancia estadística del cuestionario $P_{\text{valor}} = ,000$ (**0.0%**)

Valor de Rho = 0.842 (84.2%)

e) Toma de decisión

De los resultados obtenidos en la tabla 14, y conforme a los resultados del estadístico Rho de Spearman, tenemos que el valor de P es menor al 5% de probabilidad máxima, siendo este el 0.0%, lo que nos indica que tenemos muy pocas probabilidades de equivocarnos si aceptamos la hipótesis de investigación por tanto se concluye que:

La percepción en el Poder Judicial Huancavelica, 2018, es que el Sistema de límites constitucionales a la «libertad salvaje» de los ciudadanos en los delitos de corrupción de funcionarios, es influenciado por el contexto socio-político coyuntural.

Además, señalamos el valor de Rho = 84.2%, el cual significa que existe un alto nivel de correlación entre las variables de investigación

4.3.3.2 Hipótesis específica 1

a) Planteamiento de la hipótesis específica 1

H_1 =El contenido del Sistema de límites constitucionales a la «libertad salvaje» de los ciudadanos, centra su razón en garantizar los derechos fundamentales.

Ho =El contenido del Sistema de límites constitucionales a la «libertad salvaje» de los ciudadanos, NO centra su razón en garantizar los derechos fundamentales.

b) Establecimiento del nivel de significancia

Se ha dispuesto el 5% como nivel de significancia estadística.

Selección de estadístico de prueba

Tabla 15. Correlaciones bivariados – hipótesis específica 1

		Variable 1 (Agrupada)	Dimensión 1 (Agrupada)
Rho de Variable	1	Coeficiente de correlación	1,000
Spearman (Agrupada)		Sig. (bilateral)	,974**
		N	,000
			17
Dimensión (Agrupada)	1	Coeficiente de correlación	,974**
		Sig. (bilateral)	1,000
		N	,000
			17

** . La correlación es significativa en el nivel 0,01 (bilateral).

c) Valor de P

El valor de significancia estadística del cuestionario Pvalor = ,000
(0.0%)

Valor de Rho = 0.974 (97.4%)

d) Toma de decisión

De los resultados obtenidos en la tabla 15, y conforme a los resultados del estadístico Rho de Spearman, tenemos que el valor de P es menor al 5% de probabilidad máxima que estamos dispuestos a aceptar como un error, siendo este el 0.0%, lo que nos indica que tenemos muy pocas probabilidades de equivocarnos si aceptamos la hipótesis de investigación; por tanto se concluye que:

El contenido del Sistema de límites constitucionales a la «libertad salvaje» de los ciudadanos, centra su razón en garantizar los derechos fundamentales.

Además, señalamos el valor de Rho = 97.4%, el cual significa que existe un alto nivel de correlación entre las variables de investigación

4.3.3.3 Hipótesis específica 2

a) Planteamiento de la hipótesis específica 2

H_1 =El contexto coyuntural socio-político influye de manera directa en los procesos de delitos de corrupción de funcionarios.

H_0 =El contexto coyuntural socio-político NO influye de manera directa en los procesos de delitos de corrupción de funcionarios.

b) Establecimiento del nivel de significancia

El 5% de nivel de significancia estadística, es decir, $\alpha \leq 0.05$. Que significa que estamos dispuestos a aceptar como máximo un error al 5%.

c) Selección de estadístico de prueba

Tabla 16. Resultados Rho de Spearman hipótesis específica 2

		Variable 1 (Agrupada)	Dimensión 2 (Agrupada)
Variable	1	Coefficiente de correlación	1,000
(Agrupada)		Sig. (bilateral)	,786** ,000

Rho de Spearman	N	17	17
Dimensión2 (Agrupada)	Coefficiente de correlación	,786**	1,000
	Sig. (bilateral)	,000	.
	N	17	17

** . La correlación es significativa en el nivel 0,01 (bilateral).

d) Valor de P

El valor de significancia estadística del cuestionario Pvalor = ,000 (0.0%)

Valor de Rho = 0.786 (78.6%)

e) Toma de decisión

De los resultados obtenidos en la tabla 16 y conforme a los resultados del estadístico rho de Spearman, tenemos que el valor de P es menor al 5% de probabilidad máxima que estamos dispuestos siendo este el 0.0%, lo que nos indica que tenemos muy pocas probabilidades de equivocarnos si aceptamos la hipótesis de investigación por tanto se concluye que: El contexto coyuntural socio-político influye de manera directa en los procesos de delitos de corrupción de funcionarios.

Además, señalamos el valor de Rho = 78.6%, el cual significa que existe un buen nivel de correlación entre las variables de investigación

4.3.3.4 Hipótesis específica 3

a) Planteamiento de la hipótesis específica 3

H₁ = La influencia del estatus de funcionario público en las decisiones judiciales por los delitos de corrupción de funcionarios, no se enmarca en un contexto constitucional de límites a la potestad punitiva.

H_0 =La influencia del estatus de funcionario público en las decisiones judiciales por los delitos de corrupción de funcionarios, SE enmarca en un contexto constitucional de límites a la potestad punitiva.

b) Establecimiento del nivel de significancia

El 5% de nivel de significancia estadística, es decir, $\alpha \leq 0.05$. Que significa que estamos dispuestos a aceptar como máximo un error al 5%.

c) Selección de estadístico de prueba

Tabla 17.Resultados Rho de Spearman hipótesis específica 3

		Variable 1 (Agrupada)	Dimensión 3 (Agrupada)
Rho de Variable Spearman (Agrupada)	1	Coeficiente de correlación	1,000
		Sig. (bilateral)	,842**
		N	,000
Dimensión 3 (Agrupada)	3	Coeficiente de correlación	17
		Sig. (bilateral)	,842**
		N	,000

** . La correlación es significativa en el nivel 0,01 (bilateral).

d) Valor de P

El valor de significancia estadística del cuestionario Pvalor = ,000
(0.0%)

Valor de Rho = 0.842 (84.2%)

e) Toma de decisión

De los resultados obtenidos en la tabla 17, y conforme a los resultados del estadístico Rho de Spearman, tenemos que el valor de P es menor

al 5% de probabilidad máxima que estamos dispuestos siendo este el 0.0%, lo que nos indica que tenemos muy pocas probabilidades de equivocarnos si aceptamos la hipótesis de investigación por tanto se concluye que:

La influencia del estatus de funcionario público en las decisiones judiciales por los delitos de corrupción de funcionarios, no se enmarca en un contexto constitucional de límites a la potestad punitiva.

Además, señalamos el valor de $Rho = 84.2\%$, el cual significa que existe un alto nivel de correlación entre las variables de investigación.

CONCLUSIONES

1. La percepción en el Poder Judicial Huancavelica refiere que el sistema de límites constitucionales que es garantía en la creación y calificación de conductas punitivas, en particular en los delitos de corrupción de funcionarios, es influenciado por el contexto socio-político coyuntural.
2. La garantía del respeto a los derechos fundamentales, es el principal contenido del Sistema de límites constitucionales a la «libertad salvaje» de los ciudadanos. Esto como teoría y contenido conceptual.
3. Sin embargo, a nuestra conclusión precedente, el contexto coyuntural socio-político influye de manera directa en los procesos de delitos de corrupción de funcionarios
4. Por otro lado, el estatus de funcionario público en las decisiones judiciales por los delitos de corrupción de funcionarios, no se enmarca en un contexto constitucional de límites a la potestad punitiva.

RECOMENDACIONES

1. Los operadores del derecho, plegados a administrar justicia, deberían tener en consideración fundamental el respeto irrestricto a las bases, principios y valores que refiere el sistema de límites constitucionales, como garantía en la calificación de conductas punitivas, en particular en los delitos de corrupción de funcionarios, y no influenciarse por el contexto socio-político coyuntural, el mismo que es temporal y muchas veces concreta intereses de momento.
2. Los legisladores punitivos, deberán sentar mejores bases en contenido de las normas al respeto a los derechos fundamentales, y no perder el principal contenido del Sistema de límites constitucionales a la «libertad salvaje» de los ciudadanos. Esto como teoría y contenido conceptual.
3. En las universidades donde se imparten conocimientos del proceso punitivo, deberían sustentar los principios y valores, que agreden a un sistema penal la existencia social coyuntural socio-político, y lo nocivo que es éste a las bases del respeto a los derechos constitucionales.
4. Se debe de evaluar el estatus de funcionario público en las decisiones judiciales por los delitos de corrupción de funcionarios, siempre enmarcado en un contexto constitucional de límites a la potestad punitiva. Y, la particularidad de funcionario, solo debería ser pretexto de calificación punitiva, más no la supresión de garantías constitucionales.

REFERENCIA BIBLIOGRÁFICA

- ALARCÓN, R. (1991). *Método y diseños de investigación del comportamientos*. Lima: UPCH.
- ANDRES IBÁÑEZ, P. (1996). Corrupción: necesidad, posibilidades y límites de la respuesta judicial. *Doctrina Penal* , 425.
- ANGULO ARANA, Pedro. (2006). Investigación Preliminar Fiscal y Tipicidad Penal. *Aportes al Derecho Penal Peruano desde la Perspectiva Constitucional, Academia de la Magistratura* (07).
- ANÓNIMO (2019). <https://trabajodegrado.webcindario.com>. Obtenido de <https://trabajodegrado.webcindario.com/definicion.html>
- BERALDI, C. A. (1995). Control de la corrupción mediante la desregulación. *Pena y Estado*, 01 (01), 36 y 37.
- CALDERON NAVARRO, Nelly. (2006). Los Límites Constitucional del Iuspunienti y los Fenómenos de Politización Normativa. *Aportes al Derecho Penal Peruano desde la Perspectiva Constitucional, Academia de la Magistratura* (7).
- CARBAJO CASCON, F. (2000). Aspectos jurídico-mercantiles de la corrupción. En E. F. (Coord.), *La Corrupción: Aspectos jurídicos y económicos* (pág. 55). Salamanca.
- CHUQUICALLATA REATEGUI, F. (25 de noviembre de 2020). <https://lpderecho.pe/>. Obtenido de <https://lpderecho.pe/principios-dictar-prision-preventiva/#:~:text=%2DPrincipio%20de%20jurisdiccionalidad%3A,procurador%20publico%20tienen%20otras%20funciones>.
- COBOL DEL ROSAL, M. (2004). *Instituciones del Derecho penal Español*. CESEJ.
- CRUZ CASTRO, F. (1995). La Investigación y persecución de la corrupción. Observaciones fundamentales sobre el rol del Ministerio Público en los sistemas penales latinoamericanos. *Pena y Estado*, 01 (01), 80.
- DONINI, M. (2001). Un Derecho Penal Fundado en la Carta Constitucional: razones y límites. *Revista Penal* (08).

- DONINI, Massimo. (2001). Un Derecho Penal fundado en la carta constitucional: razones y límites, La experiencia italiana. (C. d. Universidades de: Huelva, Ed.) *Revista Penal* (08).
- DURAN, F. (2018). *ODEBRECHT: La empresa que capturaba gobiernos*. Lima: Fondo Editorial Pontificia Universidad Católica del Perú.
- FERRAJOLI Luigi. (2018). *El Paradigma Garantista*. España: Trotta.
- FERRAJOLI, L. (2010). Derecho y dolor. La crisis del paradigma constitucional. En M. C. Jaramillo, *El canon neoconstitucional* (págs. 152-153). Bogotá: Universidad Externado de Colombia.
- FERRAJOLI, Luigi . (2005). Derechos fundamentales. (e. A., Ed.) *Los fundamentos de los derechos fundamentales* .
- FERRAJOLI, Luigi . (2012). Derechos sociales y esfera pública mundial . En J. E. Ordóñez, *Los derechos sociales en el Estado constitucional* (págs. 54-56). Valencia : Tirant lo Blanch .
- FERRAJOLI, Luigi . (2009). *Garantismo. Una discusión sobre Derecho y democracia* . Madrid: Trotta.
- FERRAJOLI, Luigi. (2018). *El Paradigma Garantista*. España: Trotta.
- GARZÓN VALDES, E. (1997). *Acerca del concepto de corrupción, en: Varios Autores, La corrupción política,* . Madrid.
- GRANADA ALONSO, J. L. (2015). *LA AUTONOMÍA JUDICIAL EN EL CONSTITUCIONALISMO ESPAÑOL*. UNIVERSIDAD NACIONAL DE EDUCACIÓN A DISTANCIA.
- GRANADA ALONSO, José L. (2015). *La Autonomía Judicial En El Constitucionalismo Español*. Madrid: Universidad Nacional de Educación a Distancia.
- GUARDIOLA SÁNCHEZ, Inés . (2015). *Ejecución de las penas*. Barcelona: Universitat de Barcelona.
- HERNANDEZ SAMPIERE, R., Fernandez Collado, C., & Baptista Lucio, P. (2006). *Metodología de la investigación*. Mexico: Mcgraw Hill Interamericana.
- HERNANDEZ SAMPIERE, R. (1991). *Metodología de la Investigación* (4ta. ed.). Ciudad de Mexico: McGrawHill.

HORNAZÁBAL MALARÉEM, H. (1999). *Bien Jurídico y Estado Social y Democrático de Derecho*. Barcelona: PPU.

<https://www.expansion.com>. (23 de noviembre de 2020). Obtenido de <https://www.expansion.com/diccionario-juridico/principio-de-economia-procesal.html>

HURTADO POZO, J. (1995). Corrupción: el caso peruano. *Pena y Estado*, 01 (01), 156.

jurídico, D. p. (23 de noviembre de 2020). <https://dpej.rae.es/>.

KLUWER, W. (25 de noviembre de 2020). <https://guiasjuridicas.wolterskluwer.es/>. Obtenido de

https://guiasjuridicas.wolterskluwer.es/Content/Documento.aspx?params=H4sIAAAAAAEAMtMSbF1jTAAAUNjc0MjtbLUouLM_DxbIwMDCwNzAwuQQGZapUt-

[ckhlQaptWmJOcSoAkwIzUAAAA=WKE#:~:text=Es%20aquel%20principio%20inspirador%20del,y%20pruebas%20de%20los%20mismos.](https://guiasjuridicas.wolterskluwer.es/Content/Documento.aspx?params=H4sIAAAAAAEAMtMSbF1jTAAAUNjc0MjtbLUouLM_DxbIwMDCwNzAwuQQGZapUt-ckhlQaptWmJOcSoAkwIzUAAAA=WKE#:~:text=Es%20aquel%20principio%20inspirador%20del,y%20pruebas%20de%20los%20mismos.)

KROTZ, E. (2002). *Antropología jurídica: perspectivas socioculturales en el estudio del derecho*. Barcelona: Anthropos.

LADRÓN DE GUEVARA PASCUAL, Carmen. (2017). *Seguridad versus garantías procesales: ¿hacia un Derecho procesal del enemigo?* Madrid: UNIVERSIDAD COMPLUTENSE DE MADRID.

LOEWENSTEIN, Karl. (1969). *Teoría de la Constitución* (2da. ed.). (A. G. Anabitarte, Trad.) Barcelos: Ariel.

LUIGI FERRAJOLI. (2009). Democracia constitucional y derechos fundamentales. La rigidez de la Constitución y sus garantías. (J. J. Luigi Ferrajoli, Ed.) *La teoría del Derecho en el paradigma constitucional*, 71, 74, 75, 89.

MENDOZA AYMA, Francisco C. (19 de enero de 2019). *legis.pe*. Obtenido de <https://legis.pe/constitucionalismo-penal-francisco-celis-mendoza-ayma/>

MIR PUIG, S. (2006). *Los límites del Ius Puniendi*". *Libro Homenaje al Profesor Raúl Peña Cabrera*,. Lima: Ara Editores.

OLAECHEA, U. (2006). Constitución y Culpabilidad Penal. *Aportes al Derecho Penal Peruano desde la Perspectiva Constitucional*, Academia de la Magistratura Revista No. 7 , 155.

PIÑEIRO, J. L. (25 de noviembre de 2020). *Las fuentes del derecho penal entre la modernidad y la posmodernidad* . Buenos Aires: Universidad Nacional del Centro .
Procuraduría Anticorrupcion.minjus.gob.pe. (setiembre de 2018).
<https://procuraduriaanticorrupcion.minjus.gob.pe>. Obtenido de
<https://procuraduriaanticorrupcion.minjus.gob.pe/novedad/mas-de-4-mil-procesos-por-corrupcion-involucran-a-autoridades-y-ex-autoridades-de-los-gobiernos-regionales-y-locales/>

QUIROZ, A. W. (2013). *Historia de la Corrupción en el Perú*. Lima: IEP; Instituto de Defensa Legal.

RAMOS SUYI, J. A. (2004). *Elabore su tesis en Derecho Pre y Postgrado*. Lima: San Marcos.

REÁTEGUI SÁNCHEZ, J. (2019). *Los delitos de corrupción de funcionarios y criminalidad organizada*. Obtenido de <https://www.unifr.ch>:
https://www.unifr.ch/ddp1/derechopenal/obrasportales/op_20080612_49.pdf

ROSALES, E. (2005). Sistema Penal y Estado Constitucional en Venezuela. 33 (4), 469-515.

SÁCHICA, L. C. (2019). <https://archivos.juridicas.unam.mx>. Obtenido de <https://archivos.juridicas.unam.mx/www/bjv/libros/1/323/14.pdf>

SAEZ CANTERO, J.A. (1978). *La sustitución de la pena de privación de libertad* .

SÁNCHEZ VIAMONTE, C. (1956). *Los derechos del hombre en la Revolución Francesa*. México: Universidad Nacional Autónoma de México.

SANDOVAL MESA, J. A. (2016). *El principio de legalidad en materia penal en Colombia y su proceso de transformación. Tensiones entre la ley positiva y los criterios de seguridad jurídica, justicia material y legitimidad*. Bogota: Universidad Santo Tomás.

SANDOVAL MESA, Jaime A. (2016). *El principio de legalidad en materia penal en Colombia y su proceso de transformación. Tensiones entre la ley positiva y los criterios de seguridad jurídica, justicia material y legitimidad*. Bogotá: Universidad Santo Tomás.

SIMONETTI, J. M. (1995). Notas sobre la corrupción. *Pena y Estado*, 1 (1), 177.

TERAN LOMAS, Roberto A. M. . (1976). La parte general del Código Penal de la República Federal Alemana comparada con el Código Penal Argentino y sus proyectos de reforma. *Jurisprudencia Argentina (JA)* , 738.

TIEDEMANN, Klaus. (2003). *Constitución y Derecho Penal*. Lima: Palestra Editores.

TIEDEMANN, Klaus. (1991). Constitución y Derecho Penal. *Revista Española de Derecho Constitucional, Centro de Estudios Constitucionales* (33).

TORRES BARDALES, C. (1998). *El Proyecto de Investigación científica*. Lima: G. Herrera.

VEGA, D. P. (25 de noviembre de 2020). <https://sites.google.com/site/derechopenalvictorvega/>. Obtenido de <https://sites.google.com/site/derechopenalvictorvega/principios-constitucionales-del-derecho-penal/principio-de-lesividad#:~:text=S%C3%B3lo%20puede%20existir%20un%20delito,sujeto%20afecta%20a%20los%20dem%C3%A1s.https://sites.google.com/site/derechopenalvi>

VELASCO CANO, NICOLE Y JAIRO VLADIMIR LLANO. (2016). Derechos Fundamentales: Un debate desde la argumentación jurídica, el garantismo y el comunitarismo. *NOVUM JUS*, 10 (02), 35 - 55.

VIRGOLINI, E. S., J. (2004). *Crímenes excelentes. Delitos de cuello blanco, crimen organizado y corrupción*. Buenos Aires.

WEBER, M. (2001). *Sociología del Derecho*. Granada: Comares, S.L.

ZAFFARONI, E. R. (2001). Naturaleza y necesidad de los Consejos de Política Criminal. (E. Carranza, Ed.) *Justicia penal y sobre población penitenciaria* .

ZAFFARONI, Eugenio R. (2000). *Derecho penal, parte general*. Buenos Aires: Ediar.





ANEXOS

Anexo 1: MATRIZ DE CONSISTENCIA

TITULO: Sistema de límites constitucionales a la «libertad salvaje» de los ciudadanos en los delitos de corrupción de funcionarios en un contexto socio-político coyuntural, Poder Judicial Huancavelica, 2018.

PROBLEMA	OBJETIVOS	HIPOTESIS	VARIABLES	DISEÑO METODOLOGICO	POBLACION Y MUESTRA
<p>General:</p> <p>¿Cuál es la percepción del desarrollo del Sistema de límites constitucionales a la «libertad salvaje» de los ciudadanos en los delitos de corrupción de funcionarios en un contexto socio-político coyuntural, Poder Judicial Huancavelica, 2018?</p> <p>Específicos:</p> <p>a) ¿Cuál es el contenido del Sistema de límites constitucionales a la «libertad salvaje» de los ciudadanos?</p> <p>b) ¿De qué manera influye el contexto coyuntural socio-político en los procesos de delitos de corrupción de funcionarios?</p> <p>c) ¿Cómo influye el estatus de funcionario público en las decisiones judiciales por los delitos de corrupción de funcionarios en el marco constitucional de límites a la potestad punitiva?</p>	<p>General:</p> <p>Determinar el desarrollo del Sistema de límites constitucionales a la «libertad salvaje» de los ciudadanos en los delitos de corrupción de funcionarios en un contexto socio-político coyuntural, mediante las percepciones en el Poder Judicial Huancavelica, 2018.</p> <p>Específicos:</p> <p>a) Describir el contenido del Sistema de límites constitucionales a la «libertad salvaje» de los ciudadanos.</p> <p>b) Determinar de qué manera influye el contexto coyuntural socio-político en los procesos de delitos de corrupción de funcionarios</p> <p>c) Criticar respecto el cómo influye el estatus de funcionario público en las decisiones judiciales por los delitos de corrupción de funcionarios en el marco constitucional de límites a la potestad punitiva.</p>	<p>General:</p> <p>La percepción en el Poder Judicial Huancavelica, 2018, es que el Sistema de límites constitucionales a la «libertad salvaje» de los ciudadanos en los delitos de corrupción de funcionarios, es influenciado por el contexto socio-político coyuntural.</p> <p>Específicos:</p> <p>El contenido del Sistema de límites constitucionales a la «libertad salvaje» de los ciudadanos, centra su razón en garantizar los derechos fundamentales.</p> <p>El contexto coyuntural socio-político influye de manera directa en los procesos de delitos de corrupción de funcionarios.</p> <p>La influencia del estatus de funcionario público en las decisiones judiciales por los delitos de corrupción de funcionarios, no se enmarca en un contexto constitucional de límites a la potestad punitiva.</p>	<p>Variable Independiente</p> <p>X: Sistema de límites constitucionales a la: – potestad punitiva– estatal</p> <p>Variable Dependiente:</p> <p>Y: Sistema de límites constitucionales a la: libertad salvaje– de los ciudadanos en un contexto socio -político coyuntural</p>	<p>Tipo de Investigación Básica.</p> <p>Nivel de Investigación Descriptivo-Explicativo</p> <p>Diseño y esquema de la Investigación Diseño no experimental de tipo descriptivo – explicativo como se muestra en el siguiente esquema:</p> <div style="text-align: center;"> <pre> graph TD M --- O1 O1 --> r r --> O2 </pre> </div> <p>Donde: M: Muestra O1: Variable independiente O2: Variable dependiente r: relación entre ambas</p>	<p>Población</p> <p>- Jueces del Poder Judicial, Huancavelica.</p> <p>- Abogados de especialidad, litigantes y/o auxiliares de jurisdicción.</p> <p>Muestra Σ17</p> <p>- 09 Jueces del Poder Judicial, Huancavelica.</p> <p>- 08 Abogados de especialidad, litigantes y/o auxiliares de jurisdicción.</p>

ANEXO N° 2: Operacionalización de Variables

ANEXO Nº 3: Base de datos - Codificación de ítems

VARIABLES	DIMENSIONES	SUB DIMENSIONES	INDICADORES	SUB INDICADORES	INSTRUMENTO	CALIFICACIÓN		ESCALA
VARIABLE DEPENDIENTE	SISTEMA DE LÍMITES CONSTITUCIONALES A LA: LIBERTAD SALVAJE- DE LOS CIUDADANOS EN UN CONTEXTO SOCIO - POLÍTICO COYUNTURAL	Interés general y público como expresión punitiva, en contravención al interés garantista de la norma constitucional	<ul style="list-style-type: none"> • El Interés general y público y su relevancia coyuntural como expresión punitiva. 	¿En el actual proceso penal de casos coyunturales de corrupción generalizada, se pondera mejor el interés general y público como expresión punitiva?	encuesta	SI	NO	Nominal
		Política de persecución criminal en un estado constitucional y percepción de corrupción generalizada	<ul style="list-style-type: none"> • La plasmación de políticas criminales en el contexto de percepción de corrupción generalizada 	¿El contexto de percepción de corrupción generalizada, viabiliza una política de persecución criminal especial?		SI	NO	Nominal
		Prevención general de la pena como función ejemplarizante ante la sociedad y corrupción generalizada estatal.	<ul style="list-style-type: none"> • Prevención general de la pena y su función ejemplarizante ante los casos de corrupción generalizada. 	¿Se prioriza el efecto ejemplarizante de la pena, ante casos de corrupción estatal?		SI	NO	Nominal
		Teoría de garantismo y derechos fundamentales	<ul style="list-style-type: none"> • La Teoría del garantismo y derechos fundamentales de los funcionarios y servidores públicos. 	¿El proceso penal contra los funcionarios y servidores públicos, desarrollan contenidos de la Teoría del garantismo y derechos fundamentales?		SI	NO	Nominal
VARIABLE INDEPENDIENTE	: SISTEMA DE LÍMITES CONSTITUCIONALES A LA: – POTESTAD PUNITIVA– ESTATAL	Límites constitucionales a la potestad punitiva estatal	<ul style="list-style-type: none"> • Los límites constitucionales y potestad punitiva estatal. 	¿El proceso penal obedece en general a los límites constitucionales establecidos?	encuesta	SI	NO	Nominal
		Límites constitucionales en el delito de corrupción de funcionarios	<ul style="list-style-type: none"> • Límites constitucionales y corrupción de funcionarios 	¿Existe respeto irrestricto a los límites constituciones, en los procesos por corrupción de funcionarios, en un contexto social regular?		SI	NO	Nominal
		Límites constitucionales y coyuntura político-social	<ul style="list-style-type: none"> • Los límites constitucionales en el contexto de coyuntura político-social 	¿Existe respeto irrestricto a los límites constituciones, en los procesos por corrupción de funcionarios, en un		SI	NO	Nominal

					contexto coyuntural político social?				
Encuest	p1	p2	p3	p4	p5	P6	P7		
1		2	2	2	2	2	2	2	2
2		2	2	2	2	2	2	2	2
3		2	2	2	2	2	2	2	2
4		2	2	2	2	2	2	2	2
5		2	2	2	2	2	2	2	2
6		2	2	2	2	2	2	2	2
7		2	2	2	2	2	2	2	1
8		2	2	2	2	2	2	2	1
9		1	2	2	2	2	2	2	1
10		1	2	2	2	2	2	1	1
11		1	1	2	2	2	2	1	1
12		1	1	2	1	2	2	1	1
13		1	1	1	1	2	2	1	1
14		1	1	1	1	1	1	1	1
15		1	1	1	1	1	1	1	1
16		1	1	1	1	1	1	1	1
17		1	1	1	1	1	1	1	1

Base de datos

ANEXO N° 4: Codificación agrupada para hipótesis

N° Encu	D1	D2	D3	V1	V2	
1		3	2	3	3	3
2		3	2	3	3	3
3		3	2	3	3	3
4		3	2	3	3	3
5		3	2	3	3	3
6		3	2	3	3	3
7		3	2	2	3	2
8		3	2	2	3	2
9		2	2	2	2	2
10		2	2	2	2	2
11		1	2	2	2	2
12		1	2	2	1	2
13		1	1	2	1	2
14		1	1	1	1	1
15		1	1	1	1	1
16		1	1	1	1	1
17		1	1	1	1	1

ANEXO N° 5

Instrumento aplicado



UNIVERSIDAD NACIONAL DE HUANCAVELICA
FACULTAD DE DERECHO Y CIENCIAS POLÍTICAS



INVESTIGACIÓN:

“Sistema de límites constitucionales a la «libertad salvaje» de los ciudadanos en los delitos de corrupción de funcionarios en un contexto socio-político coyuntural, Poder Judicial Huancavelica, 2018”

ENCUESTA

NOTA: Las averiguaciones cualitativas, están enmarcadas dentro del contexto INUSUAL de una coyuntura socio-político, que percibe realidad de “corrupción generalizada” y que ello influye en el normal proceso penal, a razón de una valoración (coyuntural) de interés general y público como expresión punitiva, por lo que se pide contestar las interrogantes, en dicho contexto.

CONDICION: Juez Abogado

Item		SÍ	NO	OBSERVACIONES
1	¿En el actual proceso penal de casos coyunturales de corrupción generalizada, se pondera mejor el Interés general y público como expresión punitiva?			
2	¿El contexto de percepción de corrupción generalizada, viabiliza una política de persecución criminal especial?			
3	¿Se prioriza el efecto ejemplarizante de la pena, ante casos de corrupción estatal?			
4	¿El proceso penal contra los funcionarios y servidores públicos, desarrollan contenidos de Teoría del garantismo y derechos fundamentales?			
5	¿El proceso penal obedece en general a los límites constitucionales establecidos?			
6	¿Existe respeto irrestricto a los límites constituciones, en los procesos por corrupción de funcionarios, en un contexto social regular?			
7	¿Existe respeto irrestricto a los límites constituciones, en los procesos por corrupción de funcionarios, en un contexto coyuntural político-social?			

ARTÍCULO

DERECHO CONSTITUCIONAL Garantías Constitucionales

LAS GARANTIAS CONSTITUCIONALES EN LOS DELITOS DE CORRUPCION DE FUNCIONARIOS EN UN CONTEXTO SOCIO-POLÍTICO COYUNTURAL. PODER JUDICIAL HUANCVELICA 2018

Jaime Contreras Ramos⁸

Universidad Nacional de Huancavelica

“La sujeción a la ley y antes que nada a la Constitución, transforma al juez en garante de los derechos fundamentales, incluso frente al legislador, a través de la censura de la invalidez de las leyes y demás actos del poder político que puedan violar aquellos derechos, promovida por los jueces ordinarios y declarada por las Corte Constitucionales”.

Luigi Ferrajoli.

RESUMEN

El objetivo de la presente investigación es sobre el desarrollo y respeto irrestricto a las garantías penales consagradas en nuestra Carta Fundamental en un contexto coyuntural de corrupción casi generalizada, de los involucrados en delitos funcionariales de corrupción, mediante las percepciones de los jueces y abogados

⁸Bachiller, abogado y egresado de la maestría con mención en “Derecho Constitucional” por la Facultad de Derecho y Ciencias Políticas de la Universidad Nacional de Huancavelica (UNH), responsable de la tesis denominada “Sistema de límites constitucionales a la libertad salvaje de los ciudadanos en los delitos de corrupción de funcionarios en un contexto socio-político coyuntural, Poder Judicial Huancavelica-2018”

litigantes dentro del Distrito Judicial de Huancavelica durante el año 2018. El cuestionamiento que se propone es averiguar la real percepción de los jueces y abogados litigantes especializados en la materia, si en los procesos penales de delitos de corrupción se respeta el sistema de límites constitucionales que todo proceso debe revestir, vale decir, si en ésta clase de proceso penales donde están inmersos funcionarios públicos se garantiza los principios constitucionales y no se ven influenciados o presionados por una inflación legislativa y de la indeterminación semantica de los tipos penales que han abierto espacios incontrolables de discrecionalidad; o por presión mediática o simplemente por presión de una sociedad cansada de los reiterados hechos de corrupción que a su parecer no son sancionados o sancionados con demasiado miramiento.

Sobre el método, se desarrolló el tipo de investigación de tipo básica, en un nivel de investigación de tipo descriptivo-explicativo, su diseño y esquema de la investigación fue un diseño no experimental de tipo descriptivo-explicativo. Se utilizó la encuesta como técnica y el cuestionario de 7 preguntas como instrumento, siendo la población los jueces del Poder Judicial y abogados de especialidad de la jurisdicción de Huancavelica, siendo la muestra de 9 jueces y 8 abogados de especialidad y/o auxiliares jurisdiccionales, habiendo sido ésta muestra no probabilístico. Respecto a los resultados, se advierte la influencia cuando se trata de delitos de corrupción donde se prioriza el efecto ejemplarizante de la pena; empero, es importante destacar que existe una renuente actitud de los encuestados en reconocer la influencia del contexto socio-político coyuntural, en el sistema de límites constitucionales en los delitos de corrupción de funcionarios, pese a que la encuesta ha sido de manera anónima; la percepción tomada ha indicado que existe una gran discusión entre la realidad existente y su influencia, y otra que la niega, aduciendo una realidad no aceptada, es decir, se señala que existen parámetros en el proceso judicial de respeto a los límites establecidos en la Constitución, y otra que conduce a nuestra realidad palpable, que no existe tal respeto irrestricto.

PALABRAS CLAVE:Sistema de límites constitucionales, poder punitivo, delitos de corrupcion de funcionarios, coyuntura social y política.

I. INTRODUCCIÓN

El fenómeno de la corrupción está muy anclado y arraigado desde la existencia de la humanidad misma, en razón de que sus raíces responden precisamente a consideraciones sociológicas y modernamente a ámbitos de ciencia política por la vinculación que tiene la corrupción con el poder, por ser su ámbito de germinación y relevancia como lo refiere Reátegui; sin embargo en las últimas décadas se advierte un cambio en cuanto al enfoque que se le da a éste fenómeno, en el que a nivel mundial la corrupción toma cada vez mayor protagonismo y ahora es considerado como uno de los principales problemas que tenemos que enfrentar; si bien antes la corrupción era parte de las conversaciones de los ciudadanos, es a partir de la década de los 90 donde el tema de la corrupción irrumpe en el escenario de la discusión política. Ahora el delito funcional de corrupción se ve con suma gravedad, por las consecuencias que trae consigo, donde la parte agraviada no es una persona o un grupo de personas, sino un colectivo, un pueblo, una nación. Es enorme el daño que puede ocasionar un delito contra la administración pública, y se ha tratado de combatir con el agravamiento de penas e inflación legislativa tipificando nuevas conductas que conlleve a su prohibición y sanción posterior.

En los últimas décadas hemos sido testigos como nuestras autoridades, de los más altos cargos públicos, se han visto involucrados en delitos de corrupción, lo que ha originado una sensación de hartazgo, donde la corrupción es estructural en nuestra sociedad, como lo denomina Hurtado Pozo (1995) “corrupción institucionalizada”, donde un sentimiento social en general que clama en cada oportunidad aplicación de un castigo punitivo ejemplar, con la “idea” de suprimir de inmediato la reiterada conducta proscrita a los funcionarios, entendemos que esta sugerencia popular no funda su razón de ser en el elevado concepto de las garantías constitucionales, lo que Ferrajoli denomina Sistema de límites constitucionales al *ius puniendi* estatal, la que exige a ésta mediante garantías constitucionales penales y procesales, la negación de las acciones de agresión a las conductas no culpables y el castigo a las ofensivas y culpables, en estricto, debe ser un proceso penal garantista, que tiene dos direcciones que justifican el poder punitivo a nivel constitucional: esto es a) prevención de los delitos, de los ataques injustos; y, b) la prevención de las penas informales o excesivas, de los castigos injustos.

Los más de 4,000 casos por corrupción (al 2018) de autoridades y ex autoridades en los diferentes niveles de gobierno, no hace sino afirmar lo que se informa a diario, una percepción de corrupción generalizada. La Procuraduría Anticorrupción informó que 2,059 gobernadores y alcaldes electos entre los años 2002 y 2014 fueron vinculados con presuntos actos de corrupción, incluso 29 de los procesados tienen la calidad de no habidos (prófugos). En el caso Odebrecht, una investigación del economista Alberto Graña, citado en el libro de Francisco Durand (Duran, 2018), advierte que al 2016 una serie de prácticas cuestionables de grandes empresas cuestan 32 mil millones de dólares por año (16% del PBI). Alfonso W. Quiroz, sostiene que el Perú es un caso clásico de un país profundamente afectado por una corrupción administrativa, política y sistemática, tanto en su pasado lejano como en el más reciente (QUIROZ, 2013); y pese a los casos recurrentes todavía no hemos comprendido sobre las causas de éste fenómeno y la forma de como se debería combatir eficientemente, y esto se debe -como refiere el autor- a que nuestros historiadores y científicos sociales, no le han dado la importancia debida al papel de la corrupción en la historia nacional.

Si, el fenómeno de la corrupción daña gravemente a nuestro país, y debe ser combatida con todo el peso de la ley, imponer penas severas con arreglo a ley y la Constitución. Ferrajoli (2018) señala que, sea el Poder Legislativo quien asuma la legalidad de las normas punitivas y al juez sus tareas de sujeción a la ley y la Constitución y su función cognositiva en su aplicación justa, alejando de éstos cualquier otro tipo de poder ingerente. En el Estado Constitucional de Derecho el legislador no es omnipotente, en el sentido de que las leyes emanadas por él no son válidas por el solo hecho de su entrada en vigor, o sea, por haber sido producidas de la forma establecidas en las normas sobre su producción, sino cuando, además, resulten también coherentes con los principios constitucionales⁹

II. SISTEMA DE GARANTÍAS O LÍMITES CONSTITUCIONALES EN EL DERECHO PENAL

⁹LUIGI FERRAJOLI. Democracia y garantismo. Editorial Trota. Madrid. 2010.

Los límites al *ius puniendi* estatal, a decir de Ferrajoli Luigi (2018) opera en dos direcciones: a) Como sistema de límites a la liberalidad de los asociados, mediante la prohibición, la investigación y el castigo como delitos de las ofensas a los derechos ajenos o a otros bienes o intereses estipulados como fundamentales; y, b) Como sistema de límites a la potestad punitiva del Estado; mediante las garantías penales y procesales, que impiden la prohibición de las acciones inofensivas no culpables y el castigo de las ofensivas y culpables sin una previa correcta averiguación. Estas dos direcciones del garantismo penal corresponden a los dos fines que justifican el poder punitivo: a) La prevención de los delitos, de los ataques injustos; y b) La prevención de las penas informales o excesivas, de los castigos injustos.

Mendoza Ayma, Francisco C. (2019), sostiene que, el imputado es incorporado al proceso penal siempre en desigualdad con relación al Estado; y el resultado, por lo general, es el aplastamiento del individuo frente a la maquinaria del sistema punitivo. Así, dado la magnitud del poder frente al individuo, hace necesario habilitar el control del poder, como lo plantea Rosales (2005). Donini (2001) sostiene que el fundamento de la pena y del poder punitivo se encuentra en la Constitución; señala éste autor, que la norma fundamental impone al Parlamento, un modelo de intervención penal, así el Parlamento está vinculado tanto a los fines e instrumentos de tutela, como a sus límites negativos. Entonces, la legitimación corresponde a los valores constitucionales que operan como frenos de contención en la imposición irracional de pena, esto es, al Derecho Penal.

Para Luigi Ferrajoli, los derechos fundamentales como concepto tendrían un reconocimiento de carácter universal y la responsabilidad de garantizar los derechos fundamentales que se encuentran en el texto Constitucional está en el Gobierno y las instituciones públicas. Su cumplimiento debe ser total, debido a que estos derechos se enmarcan en las reivindicaciones políticas y sociales y a la vez se relacionan con el contexto social en donde serán llevados a cabo por las organizaciones estatales.

Por eso, las instituciones estatales reconocidas constitucionalmente se ponen al servicio de la garantía de los derechos fundamentales; este es el caso del Ejecutivo, del Parlamento o del Judicial, ya que una parte del soporte de estas organizaciones estatales es la democracia.

III. METODOLOGÍA

Se utilizó el tipo de investigación de tipo básica, nivel de investigación decriptivo-explicativo, descriptivo porque tiene el objetivo de describir los fundamentos de interpretación jurídica con los que se arriban en el contexto de percepción del tema y variables propuestos en los magistrados y abogados que laboran en el Distrito Judicial de Huancavelica, recogiendo información de manera independiente respecto a las variables propuestas. Explicativo, porque se hará un análisis de las consecuencias jurídicas que se derivan de la aplicación de la norma, y las consecuencias de estas al ser contrastadas con los efectos de un contexto socio-político coyuntural. El método de investigación: exegético, sistemático y sociológico, con un diseño no experimental de tipo descriptivo-explicativo. Población y muestra se consideraron a los magistrados (09) y abogados litigantes y/o auxiliares de especialidad (08) del Poder Judicial del Distrito Judicial de Huancavelica, elegida de manera directa no aleatoria a fin de establecer una muestra representativa. Las técnicas e instrumentos utilizados para recabar y procesar la correspondiente información, se relaciona directamente con los métodos empleados y el tipo de investigación realizada. Se utilizó la encuesta y como instrumento un listado de 7 preguntas que lo denominamos cuestionario. La confiabilidad se realizó mediante el coeficiente de alfa de Cronbach, el procesamiento, análisis e interpretación de resultados se realizó siguiendo el proceso estadístico.

IV. RESULTADOS

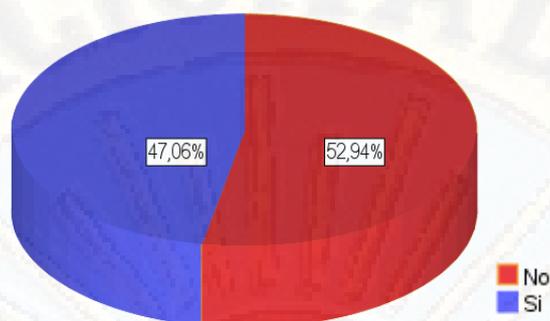
Finalizado el proceso de recolección de datos mediante la técnica de encuesta y cuestionario de preguntas, pasamos a presentar, analizar e interpretar los resultados obtenidos:

Tabla 1. ¿En el actual proceso penal de casos coyunturales de corrupción generalizada, se pondera mejor el interés general y público como expresión punitiva?

Categoría	Frecuencia	Porcentaje
No	9	52,9
Si	8	47,1
Total	17	100,0

Fuente: Base de datos

Gráfico 1



Fuente: Base de datos

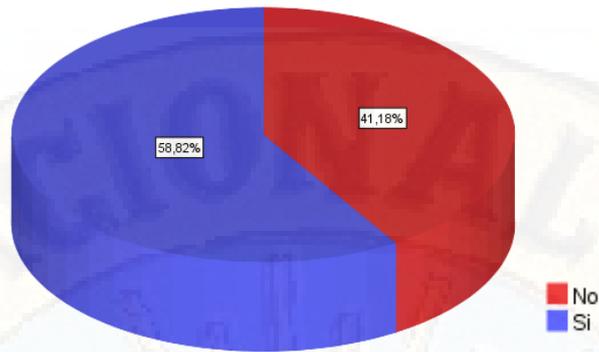
Se tiene que, a decir de la percepción de los jueces y abogados, cuando se está frente a casos penales de indole coyuntural en un contexto de corrupción generalizada, ligeramente se aleja de ponderar lo que el interés general y público expresa, siendo que la toma de decisiones se centra en el limite con las garantías procesales constitucionales y muy cerca a lo que opina la sociedad en su sentir por dichos casos publicitados

Tabla 2. ¿El contexto de percepción de corrupción generalizada, viabiliza una política de persecución criminal especial?

Categoría	Frecuencia	Porcentaje
No	7	41,2
Si	10	58,8
Total	17	100,0

Fuente: Base de datos

Gráfico 2.



Fuente: Base de datos

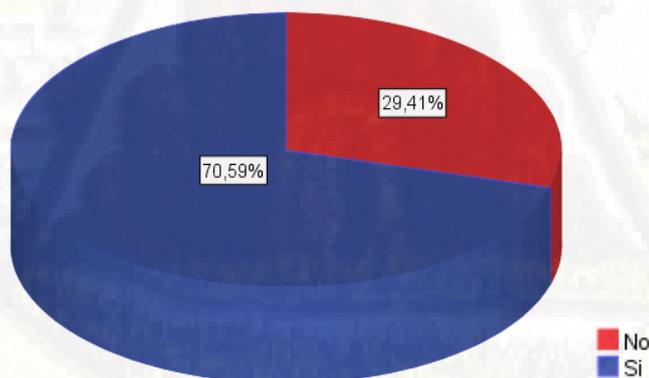
Se tiene que, al tener una percepción generalizada de corrupción, éste es un motivo importante por lo que los procesos penales en contexto coyuntural posibilite la aplicación de políticas de persecución criminal especial, ello claro está oponiéndose a los mandatos de garantías constitucionales al respecto.

Tabla 3. ¿Se prioriza el efecto ejemplarizante de la pena, ante casos de corrupción estatal?

Categoría	Frecuencia	Porcentaje
No	5	29,4
Si	12	70,6
Total	17	100,0

Fuente: Base de datos

Gráfico 3.



Fuente: Base de datos

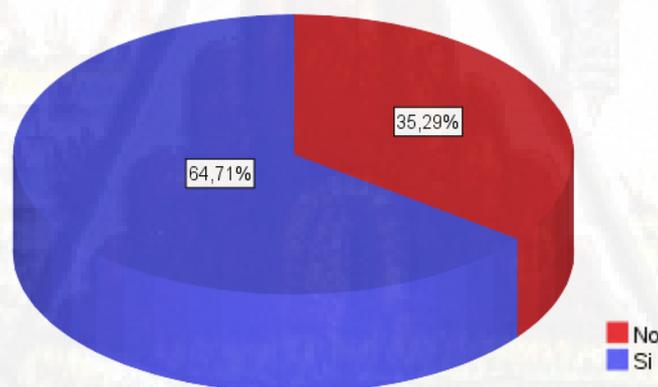
Se tiene que, al final del proceso, la pena trae consigo el efecto ejemplarizante ante casos de corrupción estatal, siendo que el contexto se viene generalizando, los términos de las garantías que contienen los sistemas de límites a la libertad de los sujetos activos de éstos delitos, no tienen mejor cumplimiento al tema punitivo de “castigar” con fines de ejemplo a las conductas nocivas futuras.

Tabla 4. ¿El proceso penal contra los funcionarios y servidores públicos, desarrollan contenidos de Teoría del garantismo y derechos fundamentales?

Categoría	Frecuencia	Porcentaje
No	6	35,3
Si	11	64,7
Total	17	100,0

Fuente: Base de datos

Gráfico 4.



Fuente: Base de datos

Estando a la afirmación que en los procesos de todos modos se desarrollan contenidos de teoría del garantismo y derechos fundamentales, resultado contrastado con los

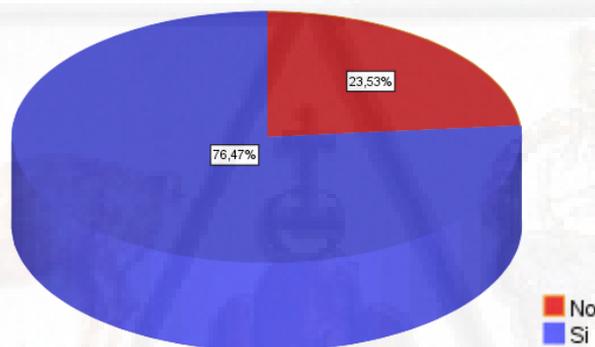
resultados previos expresan una percepción formal, a decir respeto a los derechos fundamentales. Así, afirmar lo contrario sería una negación a los fines formales del proceso, se tiene entonces una percepción formalizada y otra que resulta del contexto y coyuntura que, tampoco se puede negar.

Tabla 5. ¿El proceso penal obedece en general a los límites constitucionales establecidos?

Categoría	Frecuencia	Porcentaje
No	4	23,5
Si	13	76,5
Total	17	100,0

Fuente: Base de datos

Gráfico 5.



Fuente: Base de datos

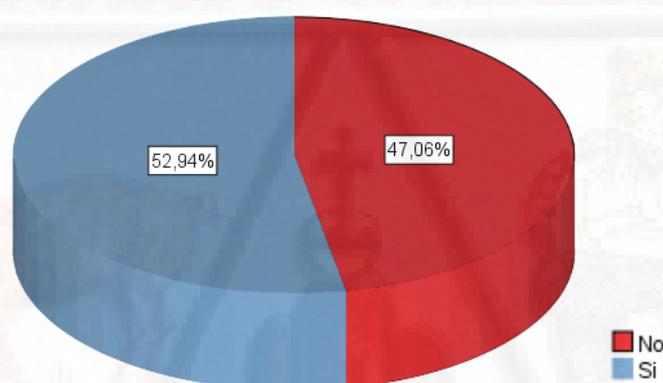
Se tiene por dado que el proceso penal obedece en general a los límites constitucionales establecidos, es decir se cumplen los presupuestos que limitan la acción punitiva del Estado, expresión de las garantías procesales en materia penal. Sin embargo a decir de las averiguaciones que anteceden, cuando éstas se realizan en contextos de coyuntura, o de contexto de delitos de funcionarios dichas garantías se alejan, expresando otros tipos de utilidad punitiva.

Tabla 6. ¿Existe respeto irrestricto a los límites constitucionales, en los procesos por corrupción de funcionarios, en un contexto social regular?

Categoría	Frecuencia	Porcentaje
No	8	47,1
Si	9	52,9
Total	17	100,0

Fuente: Base de datos

Gráfico 6.



Fuente: Base de datos

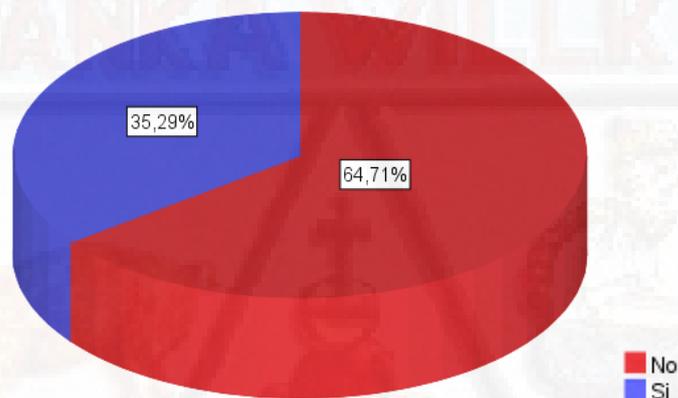
La ligera distancia entre el respeto irrestricto y no respecto a los límites constitucionales, en los procesos por corrupción de funcionarios, en un contexto social regular, nos indica que, vienen siendo influenciados cuando se tratan del tipo de delito, cuando son cometidos por funcionarios públicos éste se torna sensible en su tratamiento procesal.

Tabla 7. ¿Existe respeto irrestricto a los límites constitucionales, en los procesos por corrupción de funcionarios, en un contexto coyuntural político-social?

Categoría	Frecuencia	Porcentaje
No	11	64,7
Si	6	35,3
Total	17	100,0

Fuente: Base de datos

Gráfico 7.



Fuente: Base de datos

Ésta consulta final desarrolla fundamentalmente la preocupación principal de nuestra averiguación académica, la misma que se guía en torno a los procesos por corrupción de funcionarios, su aplicación en torno a las garantías constitucionales o los límites que la Constitución exige cuando se procesen conductas de ésta indole. Así, tenemos que en general se percibe un respeto irrestricto o al menos cercano a un Estado garantista, sin embargo cuando se añade un escenario de coyuntura político – social, los fines del proceso han de alejarse del respeto irrestricto a los límites constitucionales.

V. CONCLUSIONES

De nuestra investigación podemos concluir que la percepción general en el Poder Judicial Huancavelica en cuanto se refiere al desarrollo del sistema de límites constitucionales consagradas en nuestra Carta Fundamental, se cumplen en la calificación y sanción de conductas punitivas en los procesos penales que se ventilan en los Juzgados y Salas Penales, siendo el margen bastante estrecho en relación a que no se cumplirían con las garantías penales. Empero, cuando se trata de delitos de corrupción de funcionarios en un contexto socio-político, donde la sensación en la sociedad es de corrupción estructural generalizada, se advierte que es influenciado y el porcentaje es considerable en relación a la otra propuesta, donde se evidencia claramente que en dicho escenario (contexto socio-político) de corrupción cuasigeneralizada, se prioriza el efecto ejemplarizante de la pena, no estando plenamente garantizada los límites constitucionales al *ius puniendi* del Estado. Por ello, es importante remarcar a los operadores de justicia que dentro de un Estado Constitucional de Derecho debe imperar sólo la ley y la Constitución.

VI. REFERENCIAS

- ANGULO ARANA, Pedro (2006) Investigación preliminar fiscal y tipicidad penal. Aportes al derecho penal peruano desde la perspectiva constitucional. Academia de la Magistratura.
- CALDERON NAVARRO, Nelly (2006). Los límites constitucionales del ius puniendi y los fenómenos de politización normativa. Aportes al derecho penal peruano desde la perspectiva constitucional. Academia de la Magistratura.
- DONINI, M. (2001). Un derecho penal fundado en la Carta Constitucional: Razones y límites. Revista Penal.
- DURAN, F (2018). ODEBRECHT: La empresa que capturaba gobiernos. Lima. Fondo Editorial Pontificia Universidad Católica del Perú.
- LUIGI FERRAJOLI. Democracia y garantismo. Editorial Trotta. Madrid. 2010
- FERRAJOLI, Luigi (2018). El paradigma garantista. España. Trotta.
- FERRAJOLI, L. (2010). Derecho y dolor. La crisis del paradigma constitucional.
- HURTADO POZO, J. (1995). Corrupción: El caso peruano. Pena y Estado, 01.

- MENDOZA AYMA, Francisco. (2018). Legis.pe. Obtenido de <https://legis.pe/constitucionalismo-penal-francisco-celis-mendoza-ayma/>.
- QUIROZ, A.W. (2013). Historia de la corrupción en el Perú. Lima. IEP; Instituto de Defensa Legal.
- REATEGUI SANCHEZ, J. (2019). Los delitos de corrupción de funcionarios y criminalidad organizada. Obtenido de https://www.unifr.ch/ddp1/derechopenal/obrasportales/op_20080612_49.pdf.
- ROSALES, E. (2005). Sistema penal y Estado Constitucional en Venezuela. 33.