

PONTIFICIA UNIVERSIDAD CATÓLICA DEL PERÚ

ESCUELA DE POSGRADO



**LA ILEGÍTIMA FUNCIONALIDAD DEL DERECHO PENAL DE CARA
A LA RESPONSABILIDAD DE LA PERSONA JURÍDICA**

**¿Se puede inferir la responsabilidad penal de las personas jurídicas a partir de una
reinterpretación del concepto de derechos fundamentales?**

**TESIS PARA OPTAR EL GRADO ACADÉMICO DE MAGÍSTER EN
DERECHO PENAL**

AUTOR

Alexander Alikair Leiva Calderón

ASESOR

Héctor Fidel Rojas Rodríguez

Lima - 2020

RESUMEN (ABSTRACT)

Someter a un proceso penal a personas jurídicas en el estado en que se encuentra el derecho penal hoy en día es ilegítimo pues, ante una actuación desmedida por parte de quienes ejercen la facultad punitiva del Estado, estos entes fictos no pueden accionar jurídicamente como sí lo puede hacer un individuo (persona natural) procesado y ello en razón de que el reconocimiento de los derechos fundamentales, entendidos como derechos humanos, se encuentra condicionado a que les puedan ser aplicables determinados derechos subjetivos concebidos específicamente para el ser humano, siempre que les puedan ser aplicables según su naturaleza, conforme lo establece el propio Tribunal Constitucional. En el presente trabajo se ofrece una reinterpretación de lo que debe ser entendido por derechos fundamentales, a fin de que dicho concepto pueda calzarle a todo sujeto de derechos que participa en la sociedad y, a partir de ahí, se analiza si es posible inferir la responsabilidad penal de personas jurídicas dentro del marco de un derecho penal legítimamente funcionalizado, no solo al individuo, como responsable de un determinado hecho punible, sino a todo sujeto de derechos.

“En un estado de derecho debe protegerse al individuo no solo mediante el derecho penal, sino también del derecho penal”

Claus Roxin

“Al contemplar la historia aprendemos que los derechos fundamentales no son ni la manifestación ni el producto de una estructura sistémica de índole abstracto y racional, por el contrario, son reacciones normativamente específicas, dentro de un contexto histórico concreto, a las experiencias más intolerables de restricción e inseguridad a la libertad”

Erhard Denninger

*A mis padres, por su incalculable amor
y motivación constante a cumplir mis metas.*



AGRADECIMIENTO

Mi agradecimiento sincero a los profesores Héctor Fidel Rojas Rodríguez y Erick Vladimir Guimaray Mori, mentores y amigos, por su dedicación constante, crítica y acompañamiento en la elaboración del presente trabajo de investigación.



ÍNDICE

CAPÍTULO I: EL DERECHO PENAL FRENTE AL FENÓMENO DEL PODER PUNITIVO ESTATAL.	11
1.1. Apuntes preliminares sobre la funcionalización del derecho penal.....	11
1.2. El paradigma tradicional y el modelo de Estado Constitucional de Derecho.....	26
1.3. Los derechos humanos como límites a la función punitiva estatal.....	30
1.4. Los derechos humanos y su relación con el deber de punir del Estado	33
1.5. La necesidad de penar y la reaparición del retribucionismo	38
1.6 La necesidad de seguridad social como interés instrumental dentro de la legitimación del derecho penal.	46
CAPÍTULO II: DOGMÁTICA FUNCIONAL DE LOS DERECHOS FUNDAMENTALES	53
2.1 La preeminencia de los derechos sobre los deberes	53
2.2. Los derechos subjetivos como componentes fundamentales en un Estado de Derecho	56
2.3. Los derechos subjetivos como normas fundamentales	59
2.4. Los derechos fundamentales como límites sustantivos y reglas de identificación	63
2.5. Los principios y las reglas como derechos positivizados	67
2.6. Los derechos fundamentales como enunciados teleológicos	71
2.7. Derechos humanos y derechos fundamentales ¿un concepto homogéneo?.....	73
2.8 Los derechos fundamentales como criterios objetivos de juridicidad.....	80
CAPÍTULO III: EL DERECHO PENAL Y LEGITIMIDAD: UNA INTERPRETACIÓN ..	86
JUSTIFICADA EN LOS DERECHOS FUNDAMENTALES	86
3.1 La ilegítima funcionalidad del derecho penal	88
3.2. La función preventiva de un derecho penal integrador	89
3.3. Un derecho penal legítimamente funcionalizado hacia la responsabilidad penal de personas jurídicas	96
Conclusiones	108

BIBLIOGRAFÍA	109
BIBLIOGRAFÍA ELECTRÓNICA	121



INTRODUCCIÓN

Existen numerosas posiciones que sustentan las razones que legitiman la imputación de responsabilidad penal y la imposición de penas a un individuo, proponiendo fundamentos teóricos y filosóficos desde distintas perspectivas; sin embargo, cuando dichos argumentos son confrontados de cara a la necesidad de procesar y sancionar a otros sujetos de derechos, que ponen en peligro o lesionan aquellos bienes jurídicos más importantes de nuestro ordenamiento, como es el caso de las personas jurídicas, parece ser que el derecho penal se halla a sí mismo en un estado de incertidumbre, ocasionando que su intervención como manifestación por excelencia del poder punitivo estatal, devenga muchas veces en una intervención excesiva e ilegítima.

Estando a ello, resulta comprensible preguntarnos ¿el derecho penal en su estado actual está en condiciones de brindar respuestas en cuanto a las razones que legitiman su intervención cuando se trata de sujetos de derechos diferentes al ser humano? y ¿la intervención del mismo se encuentra acorde con los parámetros fijados en el modelo organizacional de Estado Constitucional de Derechos que adopta nuestra Constitución Política? Por tanto, a fin de no trabajar en el vacío, considero que el análisis a realizar tiene que partir sobre el estudio de las razones que legitiman la intervención del derecho penal, con un itinerario distinto al ya recorrido por los planteamientos tradicionales, reflexionando sobre aquellas prerrogativas inherentes a todo sujeto de derechos, para posteriormente concebirlos más allá de los conflictos dogmáticos que siempre van a existir, ello en razón de que un sistema jurídico penal integral siempre va a precisar de justificación y legitimidad.

El presente trabajo de investigación se encuentra originariamente potenciado a proponer una reinterpretación del *topoi* derechos fundamentales dentro del ámbito del derecho penal,

con la convicción de que, a partir de dicha reinterpretación de la concepción de derechos fundamentales, se puede inferir la responsabilidad penal de personas jurídicas conforme los cánones del modelo organizacional que asume nuestra Constitución Política. Este (re)planteamiento permite, por un lado, abandonar la idea de que al hablar de derechos humanos hablamos exclusivamente de derechos fundamentales por antonomasia y, por otro lado, se deja de buscar un *da ubi consistam* de fundamentos axiológicos sobre las selecciones realizadas en el derecho positivo, permitiendo que la noción a formular sea compatible con todo sujeto de derechos dentro de una sociedad, y no centrando la noción únicamente con el ser humano.

En un segundo orden, el presente trabajo busca una ulterior contribución reflexiva, proponiendo las bases para un derecho penal integral que se encuentre legítimamente funcionalizado no solo alrededor del individuo, sino de todo sujeto de derechos que se pretenda sancionar penalmente; sin embargo, es conveniente dejar desde ya en claro que con la propuesta formulada no se pretende resolver un enigma, dado que no existe una única respuesta válida al problema planteado, pues si fuera así, una vez alcanzada ésta la discusión quedaría en una estabilidad absoluta y tanto la jurisprudencia como la doctrina se verían obligadas, ineludiblemente, a someterse, y ello más que una solución parece una tentación.

De ordinario, asumir una postura dogmática conlleva siempre cierto riesgo y el razonamiento que aquí se utiliza, dada la oscuridad de la propia materia, pasa por realizar una combinación de distintos componentes, pues estoy convencido que la respuesta al problema planteado en el presente trabajo exige deconstruir y combinar, y aun cuando esto puede generar dudas a los apasionados del método jurídico, es de considerar que el método jurídico, de ningún modo debe ser entendido como un fin en sí mismo, que pueda ser

exigible por encima de un planteamiento lógico y justificable, por muy combinado que éste se encuentre, pues en última instancia de lo que trata es de hacer ciencia jurídica.



CAPÍTULO I: EL DERECHO PENAL FRENTE AL FENÓMENO DEL PODER PUNITIVO ESTATAL.

1.1. Apuntes preliminares sobre la funcionalización del derecho penal

Cuando se hace mención a la “funcionalidad del derecho penal” es necesario, primero determinar a qué clase de “funcionalidad” nos estamos refiriendo entre las que concurren en el núcleo de un sistema jurídico penal; pues, como es bien sabido, “una cosa es hacer alusión a la noción de funcionalidad doctrinal y otra muy distinta, es hacer alusión a la noción de funcionalidad utilitaria del derecho penal, indistintamente que con cierta continuidad suelen converger” (SILVA SÁNCHEZ: 1992, p. 72).

En este primer apartado me centraré únicamente en enfocar la temática desde lo que mayoritariamente se predica en torno al derecho penal, esto es que cualquier construcción de índole jurídico-penal está dada siempre en función a objetivos o propósitos específicos y precisos en cuanto a lo que se procura obtener por medio de su ejecución.

Asignarle un propósito determinado al derecho penal (en virtud del cual éste tiene que organizar su funcionamiento, es decir, funcionalizarse) implica necesariamente aludir a la función que tiene que cumplir, o lo que es totalmente diferente, las funciones que tiene que cumplir este sujeto epistémico; pues cuando se indica la “función”, es porque se está haciendo referencia al “deber ser” que se persigue con la actuación punitiva, en cambio cuando se señala las “funciones”, se está haciendo

referencia a las consecuencias de índole empírico que se han producido dentro del ámbito social en un Estado de derecho, es decir el “ser”, aun cuando dicho resultado no fuera previsto *ex ante*, en palabras de Ferrajoli “hablar de “funciones” es hacer alusión a los usos normativos de la pena, en tanto que indicar el término “función” es hacer alusión a sus usos descriptivos” (Cf. FERRAJOLI: 2009, p. 314) (traducción libre).

Esta diferencia que existe concede la posibilidad de calificar como “ilegítimos” dos aspectos del derecho penal que vienen tomando cada vez mayor fuerza en los últimos años: la necesidad de satisfacción de la seguridad subjetiva como elemento primordial de la funcionalidad de un sistema punitivo y la orientación de la funcionalización del derecho penal hacia el individuo.

En términos generales se entiende por funcionalización a aquella prerrogativa de objetivos concretos que posee el derecho penal, sin que ello implique *a priori* una valoración negativa, es importante recalcar ello, porque a veces se entiende en sentido contrario, pues “la funcionalización del sistema penal es regularmente utilizada bajo una perspectiva negativa cuando se trata de poner en evidencia alguna arbitrariedad cometida, y ello supone, necesariamente, dotar de significación unívoca al término, lo cual no es del todo correcto” (Cf. PRITTWITZ: 1993, p. 320-322) (traducción libre),

Claro ejemplo de ello es lo manifestado por el profesor Hassemer cuando sostiene que “el derecho penal contemporáneo si por algo se caracteriza, es por la tendiente funcionalización de sus principios, hacia la creación de una política criminal eficaz (...) es por ello que se considera a la funcionalización como un suceso fenoménico

a través del cual la orientación a los resultados, que para el derecho penal clásico no era más que un criterio adicional para justificar una adecuada legislación, se ha convertido en una finalidad predominante en el derecho penal contemporáneo” (Cf. HASSEMER; 1992, p. 239-240).

Por ello, en la misma línea que el profesor Prittwitz, todo estudioso del derecho penal debería preguntarse primigeniamente si va a admitir que el derecho penal tenga que cumplir una función dentro de un estado de derecho, pues parte de la doctrina que asume y defiende el discurso de las teorías abolicionistas, suelen argumentar la necesidad de la aniquilación del derecho penal como resultado de la no comprobación empírica de los fines normativos que le revisten, en consecuencia, no le reconocen función alguna; sin embargo, es menester señalar, tal como lo ha puesto de relieve Ferrajoli, que muchas de éstas teorías abolicionistas pecan del mismo vicio metodológico, pues “pretenden convertirse en una ideología, quedándose lejos de ser consistentes” (FERRAJOLI: 1995, p. 29), por el contrario, “reconocerle al derecho penal una función dentro del sistema jurídico implica poder establecer límites entre los aspectos legítimos e ilegítimos de su funcionalización” (Cf. PRITTWITZ: 1993, p. 328) (traducción libre).

Habiendo establecido ello, y dado el estado actual de la dogmática y jurisprudencia nacional aceptada mayoritariamente, se podría afirmar categóricamente que el derecho penal actual está funcionalizado hacia la protección de bienes jurídicos constitucionalmente reconocidos, siendo ello su legítima función, por lo que, cualquier otra función que se le asigne debería ser considerada como ilegítima, empero al afirmar categóricamente ello aparece el primer gran problema que va de

la mano a la idea de sociedades de riesgo en que vivimos, esto es: la orientación a la seguridad subjetiva como elemento esencial de un sistema jurídico legítimo.

Se ha vuelto común utilizar al derecho penal como el principal instrumento de solución de conflictos sociales, pues hemos llegado a un punto en que mantener el equilibrio psíquico en la sociedad asegura la confianza de los individuos en el sistema estatal, prueba de ello es la incorporación indiscriminada que se hace de personas jurídicas a los procesos penales con el fin de liquidarlas a través de una sentencia penal y así causar mayor impacto en la sociedad, es innegable que hoy en día nos hallamos frente una versión frankensteniana del derecho penal cuya misión principal es el aseguramiento de la seguridad subjetiva como principal método de satisfacción de intereses públicos y del bienestar social como derecho fundamental.

No obstante, conforme se ha venido exponiendo, *a priori* parecería ser ésta una forma de funcionalización ilegítima, pues no va acorde con el arquetipo de “protección a bienes jurídicos” del que tanto se habla en la dogmática y jurisprudencia. Lo cierto es que el paradigma de la necesidad de mantener el equilibrio psíquico social no debería estar únicamente reducido al derecho penal, acudir a las otras disciplinas del derecho podría (y debería) tener el mismo efecto de estabilización de la psiquis social, tal como señala el profesor Silva Sánchez “al conceptualizar la función legitimadora del derecho penal no se la puede enfocar desde las predilecciones subjetivas de la sociedad, pues devendría en un ejercicio punitivo ilegítimo e irracional” (SILVA SÁNCHEZ: 1992, p. 307), así como un derecho penal determinado a orientaciones político-criminales es insuficiente para limitar el ejercicio del poder punitivo estatal, es por ello que en muchos

ordenamientos jurídicos esta proscrita la responsabilidad penal de personas jurídicas pues no ven la necesidad de que intervenga el derecho penal, basta con la intervención y eventual sanción administrativa.

La finalidad que pretende alcanzar este trabajo tiene límites muy puntuales y definidos en cuanto a materia y método, partiendo por analizar y valor datos de importancia significativa desde el punto de vista de los presupuestos fundamentales del derecho penal y constitucional para establecer si desde una reinterpretación de la concepción de derechos fundamentales en materia penal se puede inferir la responsabilidad de personas jurídicas en el marco de un derecho penal integral, funcionalizado no solo hacia la protección de bienes jurídicos, sino también hacia una aplicación legítima del poder punitivo estatal.

Ello en razón de que si se observa la realidad jurídica y dogmática actual del derecho penal, se advierte casi inmediatamente que las principales premisas sobre las que se erige el derecho penal liberal fueron construidas y funcionalizadas en su aplicación hacia el ser humano, de modo que, cuando se intenta trasladar estas premisas para sancionar penalmente a otros sujetos de derecho como las personas jurídicas se producen inconsistencias, seguidas de cuestionamientos por parte de la doctrina. Así, profesores como Luis Gracia Martín o Alex Van Weezel, desde una posición ontológica, cuestionan la capacidad de acción y culpabilidad de los entes fictos, y no dejan de tener razón en sus cuestionamientos pues las principales premisas que erigen al derecho penal hoy en día son de raigambre germana, y lo que nos ha ido aportando cada escuela del derecho penal, independientemente de sus aportes particulares, es que reinterpretaron las instituciones o asignaron presupuestos adicionales a los elementos fijados por sus predecesores (esto es

tipicidad, antijuridicidad y culpabilidad), funcionalizándolos sí, pero siempre teniendo al ser humano como actor principal (y único posible) del hecho punible.

Sin embargo, a partir del fenómeno de la globalización, surgieron formas de criminalidad no enfrentadas previamente por el derecho penal planteándose, principalmente desde la comunidad internacional, la necesidad de reconocer y hacer frente a la responsabilidad penal de las personas jurídicas dentro de la legislación de cada país. El Perú no ha sido indiferente a ello, pues en el Código Procesal Penal del 2004 introduce un capítulo que consta de cuatro artículos y regula la incorporación de la persona jurídica al proceso penal como sujeto autónomo de derechos.

No obstante, el solo reconocer expresamente la responsabilidad penal de las personas jurídicas en un texto normativo no soluciona el problema si no se le dota a este tipo de responsabilidad de un contenido racional la actuación que debe ser tomado en cuenta por los operadores de justicia al ejercer la persecución penal sobre estos entes, pues de lo contrario el ejercicio del *ius puniendi* puede devenir en conductas violatorias de derechos constitucionales. El presente trabajo pretende poner en evidencia este aspecto, partiendo de dos ejemplos puntuales: primero el requerimiento acusatorio presentado recientemente por el Ministerio Público sobre el Partido Nacionalista, cuando se manifiesta expresamente que:

“(…) es menester considerar que la imputación ejercida contra esta persona jurídica es precisamente su instrumentalización no solo para recabar dinero maculado, sino también para dar apariencia de legalidad a dichos activos a través de la tesorería partidaria legalmente constituida. En este sentido, si bien este partido político ha sido constituido formalmente en términos de

legalidad, no es menos cierto que (en la clandestinidad) dicho partido político ha servido para que el grupo familiar, compuesto por Ollanta Humala Tasso y Nadine Heredia Alarcón, no solo participara en contiendas electorales en términos de desigualdad (tras agenciarse de dinero de origen ilícito), con ocasión de lograr la máxima magistratura del país, sino también acrecentar su lucro personal, evidenciándose una operación habitual para recabar y encubrir acciones de lavado de dinero, incluso desde tiempo anterior que esta agrupación política alcance el nivel de partido (toda vez que incluso en calidad de movimiento político se logró operar desde el Partido Unión por el Perú, durante el desarrollo de la campaña electoral 2006). Siendo así, estando a su instrumentalización delictiva desde sus albores, es que corresponde la disolución y liquidación de este partido político, de conformidad a lo previsto en el artículo 105°, primer párrafo, numeral 2 del Código Penal vigente”¹.

Un segundo ejemplo es el requerimiento reciente de suspensión temporal de las actividades políticas por un plazo de 2 años y medio del Partido Político Fuerza Popular, donde el representante del Ministerio Público manifiesta expresamente que:

(...) respecto a los hechos descritos, se imputa a la persona jurídica: partido político fuerza popular (antes fuerza 2011); la presunta comisión del delito de lavado de activos, previsto en los artículo 1ª y 2ª de la ley Nª 27765 – “ley penal contra lavado de activos” (modificado mediante el Decreto Legislativo

¹ Requerimiento de acusación mixto, emitido por la Fiscalía Corporativa Supraprovincial Especializada en delitos de Corrupción de Funcionarios, Equipo Especial, apartados: imputación y decisión.

Nº 986) con la forma agravada contenida en el artículo 3 literal 2; es decir, en calidad de integrante de una organización criminal; en el marco del proceso del Código Procesal Penal (decreto legislativo Nº 957) conforme a la Ley Nº 30077-“Ley contra el crimen organizado”², pues “la empresa brasilera Odebrecht habría entregado altas cantidades de dinero a favor del partido fuerza 2011”³ (...) “no dudamos en afirmar que las personas jurídicas, en tanto sujetos distintos de sus miembros, son capaces de motivarse por la norma, esto es, se puede predicar de ellas los efectos preventivos especiales que el legislador demanda”⁴ (...) el partido político ha inobservado la ley de partidos políticos Nº 28094, tiene cuentas por pagar, ha declarado contrataciones inexistentes, ha declarado a personas naturales que no reconocen aporte al partido, (...) “Durante el desarrollo de la investigación el despacho fiscal ha solicitado al partido fuerza popular información importante y necesaria para la investigación, cuya posesión y custodia por mandato legal (Ley Nº 28094) corresponde a la persona jurídica (...) requiriéndole al partido fuerza popular con la finalidad que exhiba los libros contables, registros de compra, registros de venta, registro de aportaciones en efectivo y en especie, libro de registro de ingresos y gastos, y al no entregarlos se advierte actos de obstaculización, negativa y renuencia por parte del partido fuerza popular, para cumplir con el mandato de exhibición de documentación contable financiera, información que resulta útil para la investigación toda vez que permitirá corroborar distintos actos de

² Requerimiento de suspensión temporal de las actividades políticas, emitido por la Fiscalía Corporativa Supraprovincial Especializada en delitos de Corrupción de Funcionarios, Equipo Especial - apartado: Calificación Jurídica de los Hechos.

³ CF. *Ibidem*, apartado: transferencia del activo ilícito de Odebrecht.

⁴ *Ibidem*, apartado: la necesidad de poner término a la permanencia o prolongación de los efectos lesivos del delito.

investigación recabados por el despacho fiscal (...) la persona jurídica es el ente financista del aparato legal de la organización criminal”⁵

Es menester resaltar que en ambos casos citados se incorporó⁶ a la persona jurídica, como sujeto autónomo de derechos, a los respectivos procesos penales que se les sigue a los integrantes de dichos partidos políticos.

Las interrogantes que surgen al respecto son: ¿es legítimo disolver y liquidar una persona jurídica dentro de un proceso penal? ello en razón de que si está totalmente proscrito, en un Estado Democrático y de Derecho, condenar a muerte a un individuo, ¿por qué tendría que estar permitida la condena a “muerte” a un sujeto de derecho diferente al ser humano?, es más, a las personas jurídicas se les está sometiendo a procesos penales como si fuesen individuos, y así se desprende del segundo requerimiento del Ministerio Público citado, donde incluso se le atribuye responsabilidad a la persona jurídica como si fuese un individuo (persona natural) que integra efectivamente la presunta organización criminal. Esos ejemplos dan la impresión de que, en la praxis forense, al momento de imputar y buscar la aplicación de una sanción o de una medida coercitiva, todo sujeto de derechos está en igualdad de condiciones para responder penalmente; sin embargo, cuando se trata de controlar el uso de la facultad punitiva estatal que ejercen los operadores de justicia, a través de los mecanismos jurídicos ya establecidos, sucede todo lo contrario, puesto que al individuo se le reconocen una gama de derechos y garantías que

⁵ *Ibidem.*

⁶ En aplicación del artículo 90^º del Código Procesal Penal vigente que establece que *“las personas jurídicas, siempre que sean posibles de imponérseles las medidas previstas en los artículos 104^º y 105^º del Código Penal, deberán ser emplazadas e incorporadas en el proceso, a instancia del Fiscal”*

cumplen la función de barrera de contención al poder punitivo estatal; empero, a la persona jurídica no, pues el reconocimiento de estos derechos y garantías están condicionados a que le pueden ser aplicables siempre y cuando la naturaleza propia del ente ficto así lo permita. Con ello se pierde de vista que el derecho penal no puede ser selectivo al momento de reconocer derechos y obligaciones, tal como tiene establecido el legislador en el artículo 93° del Código Procesal Penal vigente:

Artículo 93.- Derechos y garantías

- 1. La persona jurídica incorporada en el proceso penal, en lo concerniente a la defensa de sus derechos e intereses legítimos, goza de todos los derechos y garantías que este Código concede al imputado.*

El problema parte de tener un derecho penal estructurado y funcionalizado alrededor del individuo como actor principal del delito, lo que está trayendo como consecuencia una aplicación ilegítima y desmedida del derecho penal cuando se trata de otros sujetos de derecho, pues ni si quiera se les reconoce los derechos fundamentales que se les debería reconocer. Un claro ejemplo de ello es que en el segundo requerimiento fiscal citado líneas arriba, el representante del Ministerio Público manifiesta que estando a que la persona jurídica no exhibe los libros contables, registros de compra, registros de venta, registro de aportaciones en efectivo y en especie, libro de registro de ingresos y gastos, realiza actos de obstaculización, negativa y reuencencia. ¿Esto es realmente así? Al parecer el Ministerio Público pretende superponer los deberes administrativo-tributarios que pesan sobre un contribuyente al derecho fundamental a la no autoincriminación. bajo el entendido (no explícito) de que estamos ante un derecho humano intrasladable a la persona jurídica por no condecirse con su naturaleza, de modo

que el ente moral no puede invocar la protección judicial de sus derechos fundamentales, y lo mismo sucede cuando se solicita la liquidación y disolución de estos sujetos de derechos, conforme se desprende del primer ejemplo (requerimiento Fiscal) antes señalado.

En nuestro Ordenamiento jurídico se entiende que el concepto de derechos humanos es equiparable al concepto de derechos fundamentales, conforme lo expresa nuestro Tribunal Constitucional al hablar sobre la titularidad de derechos fundamentales para personas jurídicas:

La persona jurídica como titular de derechos fundamentales

Históricamente, la noción de derechos humanos se elaboró a partir de los atributos de dignidad y libertad del hombre, con el propósito de brindarle tutela frente al Estado o poder público. Asentados en esta concepción, los derechos fundamentales operan en una dimensión vertical (Estado-ciudadano) y se vinculan tan estrechamente a la naturaleza humana, que excluyeron de su titularidad a las personas jurídicas. Al respecto, es ilustrativa la afirmación de García Pelayo, cuando afirma que se trata de "(...) una concepción para la cual el individuo y no los grupos constituyen la verdadera esencia; los valores individuales son superiores a los colectivos, y el individuo, en fin, decide su destino y hace la Historia⁷ (...) el tema de la persona jurídica como titular de derechos fundamentales no ha sido expresamente desarrollado por nuestro ordenamiento jurídico constitucional en el ámbito normativo; motivo por el cual adquiere una especial relevancia la labor del juez constitucional en la

⁷ Sentencia recaída en el expediente N° 1567-2006-PA/TC fundamento 03.

*determinación y razonable justificación de aquellos derechos fundamentales que, en ciertas circunstancias, sean extensivos a las personas jurídicas*⁸.

Y es que, dado el estado actual de cosas y dada la concepción errónea de equiparar el concepto de derechos humanos al de derechos fundamentales, a las personas jurídicas que son sometidas a un proceso penal se le deja a merced absoluta de la actuación judicial que, no pocas veces, resulta desmedida.

La dogmática tampoco brinda soluciones concretas para ello. Si se recurre a las premisas funcionalistas⁹ (que es el sistema de imputación de aceptación mayoritaria hoy en día) en opinión de sus dos exponentes más conocidos entre nosotros: Claus Roxin y Günther Jakobs se advierte que los sistemas penales que ellos postulan no pueden ser aplicables de cara a la responsabilidad de las personas jurídicas; es más, pueden resultar incluso de aplicación engañosa de cara a la responsabilidad penal del propio individuo. Así, Claus Roxin parte de la noción del hombre medio con conocimientos especiales y concibe al hecho negativamente en relación con la acción, concluyendo en última instancia en que la acción tiene que ser humana, consiente y voluntaria; mientras que Jakobs intenta suprimir cualquier indicio de subjetividad que pueda existir dentro de la tipicidad objetiva postulando que, para realizar este juicio objetivo, se tiene que partir de la posición de un hombre medio (JAKOBS: 2004); cómo se puede apreciar, ambos autores descartan de plano la responsabilidad penal de las personas jurídicas, pues parten de la idea que la acción es humana.

⁸ Sentencia recaída en el expediente N° 1567-2006-PA/TC fundamento 06.

⁹ Aun cuando, desde una perspectiva personal, el funcionalismo en puridad es una reinterpretación del neokantismo

Uno de los pilares dentro del esquema funcionalista de ambos juristas postulan lo tiene la tipicidad, específicamente la imputación objetiva, mientras que Roxin postula que, en términos generales, que “la imputación del tipo objetivo presupone la realización de un peligro, comprendido dentro del alcance del tipo penal, creado por el autor y no encubierto por el riesgo permitido. Este autor pretendió con la teoría de la imputación objetiva, restringir de modo “objetivo” el concepto ilimitadamente “objetivista”. A Roxin le importó, ante todo, confrontar, a través de una perspectiva objetiva de la imputación, la incorporación del dolo al tipo del ilícito. El escribió que la “tarea de la dogmática” consiste en la introducción de criterios de imputación generales y objetivos determinados normativamente” (VÉLEZ: 2008, pg. 02), mientras que para Jakobs “la teoría de la imputación objetiva cumple un papel fundamental que permite determinar los ámbitos de responsabilidad dentro de la teoría del delito, así faculta constatar cuando una conducta tiene carácter (objetivamente) delictivo. La teoría de la imputación objetiva se divide para Jakobs en dos niveles: La calificación del comportamiento como típico (imputación objetiva del comportamiento); y, La constatación –en el ámbito de los delitos de resultado– de que el resultado producido queda explicado precisamente por el comportamiento objetivamente imputable (imputación objetiva del resultado)” (VÉLEZ: 2008, pg. 04)

En otras palabras, la imputación objetiva implica que únicamente se va a reprochar aquellos comportamientos en los que el sujeto activo genera un resultado, que cree un riesgo jurídicamente desaprobado en torno a un bien jurídicamente protegido, resulta por demás curioso y cuestionable como se denomina “imputación objetiva” a algo que en puridad no es ni imputación, ni mucho menos es objetiva. No es imputación porque lo que en realidad lo que se hace es una valoración general del hecho, donde lo determinante va a ser que se haya generado un riesgo

jurídicamente desaprobado y este riesgo tiene que concretarse a fin de determinar la existencia de este, y no es objetiva porque parte de un hecho imputado, un hecho que se realizado con conocimiento y voluntad.

En consecuencia, si los elementos cardinales son el riesgo generado *ex ante* y el resultado producido *ex post*, cabría preguntarse y ¿Cómo es que se realiza este juicio? ¿Cómo se debe analizar si un sujeto de derecho ha cometido un hecho típicamente relevante para el derecho penal? Si el conocimiento y la voluntad es algo que no se puede percibir, según el arquetipo funcionalista el conocimiento y la voluntad es algo que *a priori* no debemos considerar y he aquí el auténtico problema de este esquema y los intentos por encubrirlo.

Jakobs emplea la teoría del hombre medio para determinar si se ha realizado una conducta que importe un riesgo penalmente reprochable, es decir se valora la conducta dentro de las obligaciones y el rol personal de todo individuo en sociedad (cf. JAKOBS: 2000, pg.23) desde el postulado de Roxin existe la necesidad de incluir los conocimientos especiales, es decir aquellos determinados conocimientos que tiene un individuo para un determinado momento y si se establece que dicho individuo tenía *ex ante* conocimiento del riesgo generado se estaría configurando el dolo (ROXIN: 2014), en consecuencia esa delimitación tan estricta que los funcionalistas hacen sobre el tipo objetivo y subjetivo es una delimitación artificiosa y por demás tendenciosa. Existen juristas como el profesor Fernando Miró Llinares que admiten que el juicio del dolo se realiza a la misma vez cuando se realiza el juicio de imputación objetiva, por tanto, aplicar los distintos esquemas funcionalistas tal cual han sido postulados por sus exponentes nos puede llevar a serias contradicciones.

Después de todo, para saber si existe un riesgo jurídicamente desaprobado no hay necesidad de acudir a la teoría del hombre medio u hombre medio con conocimientos especiales, sino que basta con analizar si el sujeto de derecho en concreto ha cometido el presunto hecho punible, y si se le exigía evitar el mismo, es decir, analizar al sujeto si ha actuado con conocimiento y control del hecho.

Todo lo hasta aquí expuesto lleva a cuestionar si el derecho penal, en su estado actual, se encuentra legítimamente funcionalizado de modo exclusivo entorno al individuo. Para dar una respuesta satisfactoria a lo formulado, es pertinente partir desde el estudio del derecho penal frente al fenómeno del poder punitivo estatal, pues se pretende proponer bases para construir un derecho penal integral, funcionalizado hacia todo sujeto de derechos, y para ello es necesario partir desde la premisa de que la legitimación de la intervención penal se debe estudiar desde tres aspectos conexos entre sí: i) desde un enfoque eminentemente axiológico, donde se analiza si el derecho penal es legítimo, toda vez que su aplicación está adscrita a la protección de los bienes jurídicos más relevantes de un Estado de derechos, a través de la regulación de comportamientos riesgosos que pueden poner en peligro dichos bienes jurídicos y que importan un desvalor jurídico del injusto penal, sin que ello se vea reflejado en un simple refuerzo de las políticas de seguridad pública. ii) Desde un enfoque puramente contextual donde se postula con frecuencia que el uso de la potestad punitiva que posee el Estado, y cuyo ejercicio se hace por excelencia a través del derecho penal, se ejerce dentro de un marco temporal adecuado a fin de que la actuación punitiva sea un remedio hábil que le permita alcanzar su finalidad de prevención. iii) Finalmente, desde un enfoque estrictamente teleológico donde lo que se busca es que las sanciones de índole

penal estén vinculadas estrictamente al principio de proporcionalidad, de tal forma que, ante el mínimo estado de consternación y contrariedad del sujeto culpable, sea posible reafirmar la reinserción de éste en la sociedad, sin la presencia concreta de algún elemento que permita presumir la reincidencia.

En el presente trabajo de investigación se procura, en la mayor medida posible, ofrecer un análisis sistematizado de dichos aspectos, criticando y proponiendo determinadas posturas que permitan, desde una reinterpretación de los derechos fundamentales, legitimar la imputación de responsabilidad penal y la imposición de penas a todo sujeto de derecho dentro del marco de un derecho penal integral; para ello, resulta más que justificado empezar con algunas precisiones de orden cronológico que permitan visualizar la evolución de los conceptos jurídicos, lo que a la postre permite criticar con determinadas posturas dogmáticas de corte tradicional que se siguen utilizando aun hoy en día en el derecho penal.

1.2. El paradigma tradicional y el modelo de Estado Constitucional de Derecho.

Históricamente el respeto por los derechos fundamentales ha tenido una sólida raigambre en los modelos teóricos que sustentaban la legitimidad del poder punitivo estatal, sin embargo, los cambios sufridos en la sociedad a finales del siglo XIX y a lo largo del siglo XX, demandaron de una reconstrucción de las premisas jurídico-dogmáticas aceptadas acríticamente hasta ese momento. Bajo este contexto Weber conceptualiza al Estado como “un poderío jurídico-dialéctico, que manda obediencia en tanto que personifica y actúa en base a legalidad, lo que implica que el ejercicio de su poder punitivo no es de ilimitada aplicación, por el contrario, está sujeto a límites, límites traducidos en el respeto a los derechos fundamentales” (Cf. WEBER:1993, p.124), pero ¿Qué significa concretamente dicha legalidad? y ¿Cómo

se ve esto reflejado en la capacidad punitiva estatal¹⁰?, que por excelencia se manifestaba a través del derecho penal.

La legalidad para Weber sirve como nexo entre el poder punitivo¹¹ y las conductas estrictamente establecidas por reglas predeterminadas, las que al mismo tiempo se encontraban comprendidas dentro de un sistema¹² que gozaba de un matiz de racionalidad, toda vez que su funcionamiento importaba una aplicación razonablemente cognoscible y verificable de legalidad, por lo que “desde la perspectiva del carácter científico (y por ende objetivo) del derecho no cabía realizar juicios de valoración deontológica y/o política al momento de resolver cada caso en concreto” (Cf. WEBER:1993,p.149).

La utilización del derecho y en concreto del derecho penal, así como su cumplimiento se infería de los preceptos establecidos no a raíz de un caso específico, sino previamente estipulados con carácter de aplicación general, preceptos que al mismo tiempo dirigían el dinamismo jurisdiccional del Estado a fin de que no se haga un ejercicio abusivo de su facultad sancionatoria, “el imperio de la legalidad importaba (por tanto) como efecto de certidumbre, predictibilidad jurídica y enervaba consistencia” (Cf. PANIAGUA: 2015, p. 146).

¹⁰Siguiendo los planteamientos del profesor Zaffaroni, entiéndase a esta capacidad punitiva “no como un “derecho” a imputar y/o penar, si no como una obligación del Estado que nace de su propia función” (ZAFFARONI:2004, p. 33)

¹¹Es necesario señalar en este punto que a lo largo del presente trabajo evitaré usar el término *iuspuniendi*, ello en alusión a lo señalado por el profesor Terradillos, quien manifiesta que el término *iuspuniendi* de por sí está mal empleado, pues “la facultad de castigar no se manifiesta como un derecho, sino como una potestad no mediatizada por la forma jurídica, esta potestad legislativa nace como atributo de la soberanía estatal, la misma que deviene en ilimitada jurídicamente hablando, constituyendo así un “*prius*” en relación al derecho objetivo, y es hasta que ésta no aparezca, dicha potestad no puede tomar una forma jurídica y por tanto no puede constituirse como derecho subjetivo” (TERRADILLOS citado por VILLAVICENCIO: 2003, p. 01).

¹² El mismo que se encontraba estructurado por las elaboraciones conceptuales de la metodología propia asumida por la dogmática y casuística del siglo XIX.

Todo esto era parte del arquetipo del Estado ideal, del Estado constituyente, no obstante los acontecimientos sociales propios de finales del siglo XIX, el deterioro cualitativo de la ley, la secularización y estabilización democrática de multitudes y el individualismo alteraron el curso de los procesos jurídicos, se empezó a abdicar en el esfuerzo realizado hasta ese momento para aspirar hacia una materialización, el derecho empezó a disponer cada vez menos de preceptos preestablecidos y se dotó progresivamente de valoraciones individuales a cada caso, la jurisprudencia se vio obligada a reinterpretar los criterios dominantes que justificaban sancionar mediante penas y someter la inflexibilidad de las reglas estipuladas acríticamente, la productividad jurídica empezó a remitirse en menor grado hacia los preceptos generales y se dio paso a los axiomas jurídicos materiales amparando las pretensiones que constantemente surgía en cada caso.

La hegemonía de la legalidad, que era desde un punto de vista positivo autónoma de todo contenido, se vio mermada drásticamente por el avance del derecho constitucional dado el predominio otorgado a las Constituciones que reconocían formalmente los derechos sociales, civiles y políticos inherentes a todo hombre, así también es menester señalar que es en este escenario que “la sociología, la filosofía y la teoría general del derecho se encontraron involucradas entre sí, pues es bajo este contexto donde estas disciplinas no se encuentran frente a los imperturbables dogmas heredados de las pandectas ni tampoco de cara a un derecho entendido como un sistema nominalmente racional” (PANIAGUA: 2105, p. 72).

Pese a ello, se cuestionó la capacidad que éste modelo ofrecía frente al fenómeno de la materialización del derecho, dado que, si bien es cierto se podía afirmar que existía un mayor equilibrio entre el derecho como práctica, la concientización sobre

el rol del juez para crear derecho a partir de casos en concreto, la ley y los derechos fundamentales, que en conjunto desarticulaban la utopía de la inflexibilidad formal del derecho como manifestación del poder punitivo y en consecuencia sostenía la necesidad de un acondicionamiento a cada caso en concreto, también lo era que esta nueva concepción generaba una tensión constante pues, “por un lado estaba el carácter de estabilidad y flexibilidad que *per se* presenta el derecho y por otro lado estaba la imposición de coherencia que debe existir en él mismo como dimensión pragmática, funcional, sistematizada y autorregulada con su dimensión de reconocimiento a las garantías procesales, a la protección de convicciones éticas, al reconocimiento de contenidos concretos de justicia e imparcialidad, pero sobre todo al reconocimiento y protección de principios jurídicos universales”(Cf. ZAGREBELSKY: 2011, p. 108-110).

Esta tensión que pone de manifiesto el profesor Zagrebelsky en la actualidad no ha sido solucionada y se encuentra lejos de serlo, posiblemente no baste con plantear una teoría del derecho sobre ello, de cualquier forma, considero que la exigencia pasa por realizar una reflexión más profunda acerca de las categorías jurídicas que rigen actualmente en el derecho y sobre todo en el derecho penal como máxima expresión del poder punitivo estatal, su funcionalidad no solo en relación con el ser humano si no con todo sujeto de derechos, así como la exigencia de crear nuevos dogmas que vayan acorde con la complejidad de la sociedad moderna.

En este estado de cosas, toma considerable importancia preguntarnos sobre la legitimación no solo del sistema jurídico penal, si no del sistema jurídico en general, ya que la predictibilidad y consistencia no son fácilmente garantizables, en consecuencia, no deberían componer la razón de la confianza de la ciudadanía en

el derecho y no se deberían usar como fundamentos para legitimar la aplicación de la facultad punitiva estatal a través del derecho penal; su legitimidad ya no debe ser ponderada en base a su productividad funcional como orden preestablecido, su ponderación debería basarse en algo más significativo, algo que no tenga que depender de la simple capacidad rutinaria del sistema.

Si reflexionamos sobre ello en el plano del funcionalismo (por ser la corriente jurídico penal de mayor aceptación hoy en día), emergen los conflictos que he señalado líneas arriba, que me lleva a aseverar que las premisas del funcionalismo (en las versiones de sus distintos exponentes), que indudablemente potenciaron en extremo el crecimiento del derecho penal, hoy en día ya no están en capacidad de reflejar una legitimación auténtica de esta manifestación del derecho como expresión del poder punitivo estatal, considero por ello necesario buscar nuevos horizontes y considero que dicha búsqueda pasa por una reinterpretación de los derechos fundamentales (dejando atrás las premisas heredadas de la dogmática tradicional) para a partir de ahí cimentar las bases para un derecho penal integral funcionalizado a todo sujeto de derechos.

1.3. Los derechos humanos como límites a la función punitiva estatal

Las premisas heredadas del derecho comparado en relación a la potestad punitiva estatal con los límites a su ejercicio se pueden reducir a dos hipótesis concluyentes, primero que el poder punitivo del Estado representa un riesgo potencial para los derechos fundamentales, y segundo que para la protección de los mismos es indispensable regular ese riesgo significativo, estas dos conclusiones permiten afirmar *a priori* que para el modelo tradicional hablar de ejercicio del poder punitivo del Estado implica *per se* una ineludible afectación a aquellos intereses vitales que

sirven para el desarrollo de los individuos en sociedad, lo que lo haría devenir (en términos generales) en ilegal, estando únicamente legitimado su ejercicio cuando se vuelve imprescindible la intervención del Estado para mantener el bienestar y la armonía en la convivencia social.

No obstante “esta legitimidad preliminar en la actuación estatal no es más que una legitimidad provisional, dado que invocarla sin más no es garantía de legalidad en *strictu sensu*, por el contrario, la subordina a un razonamiento y argumentación de legitimación jurídicamente pura, donde la facultad sancionadora que posee el Estado (normativamente hablando) va a estar subordinada a criterios de legitimidad negativa, dichos criterios componen la sustancia medular de los derechos humanos reconocidos dentro de un ordenamiento jurídico (...) y son estos derechos positivizados los que a su vez van a conformar los criterios para el control jurídico del poder punitivo estatal” (Cf. MALARINO: 2012, p. 68-72).

Este control se manifiesta a través del reconocimiento e implementación de garantías, la más evidente es el habeas corpus, pues tiene un impacto directo sobre la forma más elemental del ejercicio del poder punitivo estatal: la afectación a la libertad; al igual que las garantías propias del derecho penal y procesal: la aplicación retroactiva de la ley, la proscripción de uso de analogías por parte de los operadores de justicia, el respeto a los principios de legalidad, mínima intervención, racionalidad de las penas, culpabilidad, idoneidad, proporcionalidad, subsidiariedad y fragmentariedad, al debido proceso, a ser juzgado únicamente por los organismos jurisdiccionales establecidos por ley, a la ejecución de la pena conforme a lo prescrito por ley, entre otros.

Y aunque metodológicamente se puede distinguir entre estas garantías como garantías formales y materiales, conforme a los matices retrospectivos o prospectivos que se les pueda dar, lo cierto es que dentro del modelo tradicional todas ellas configuran límites al poder punitivo y permiten mantener el “equilibrio entre la búsqueda de la verdad material y el respeto a los derechos fundamentales del imputado” (terminología usada por CARO CORIA: 2006, p. 1027-1028).

Sin embargo, el propio desarrollo evolutivo de los sistemas jurídicos y la búsqueda de su reconciliación con las realidades sociales modernas trajo como resultado la reinterpretación de los paradigmas tradicionales del derecho, en esta nueva concepción el poder punitivo estatal ya no simboliza una fuente de riesgo para los derechos humanos, por el contrario, es un mecanismo para su protección, y los derechos fundamentales ya no juegan un rol de límite a dicha facultad punitiva, sino que significan su incentivo.

Así también se comenzó a exigir desde el derecho internacional deberes de punición a los Estados, cuyo fundamento radicaba en el carácter de universalidad, intangibilidad, imprescriptibilidad e indivisibilidad que presentaban los derechos humanos y que a su vez se hacía necesario su reconocimiento y tutela, esto implicaba que lo que quedaba sujeto a control jurisdiccional dentro del sistema jurídico en cada país ya no era el ejercicio de la facultad punitiva de este Estado, si no su ejercicio omisivo por tratarse de un mandato supranormativo de punición.

De esta manera surgen claras diferencias entre ambos modelos; para el modelo tradicional ninguna justificación de legitimidad positivizada de la actividad punitiva consigue contrapesar la vulneración a un principio limitativo, pues son estos principios los que van a demarcar la frontera entre lo lícito y lo ilícito de la actividad

estatal, que *per se* ya se concebía como legítima; en cambio para el arquetipo moderno las valoraciones negativas de legitimidad no se encuentran reducidas a equiparaciones con valoraciones *iuspositivistas*; en el modelo tradicional los mecanismos de control nacen con el fin de fiscalizar jurisdiccionalmente una anomalía concreta en el actuar del Estado al momento de punir, pero no cualquier anomalía, sino una que represente una vulneración a algún derecho fundamental de algún individuo; en cambio en la concepción moderna esta vulneración da un giro de 180°, representando una omisión por parte del Estado hacia su deber supralegal de protección mediante su actividad punitiva a los derechos fundamentales de los individuos que lo integran.

La determinación con la que uno crea y defiende las premisas tradicionales o modernas, va a “depender de la toma de postura que se asuma para el tortuoso grupo de principios jurídicos, su sistema de asignación y sus concisiones institucionales, que en su conjunto van a conformar la cultura de un sistema jurídico determinado (...) por consiguiente, quien recurra a los derechos fundamentales como indivisibles fundamentos definitivos de legitimidad dentro de un ordenamiento legal, conciba a las leyes y la atribución de las mismas como un procedimiento de concretización normativa de estos fundamentos de legitimidad y por ende defiende premisas retribucionistas como fines de la pena, la propuesta de una obligación de sancionar penalmente la vulneración de derechos fundamentales tendría, cuando menos, que encontrarla redundante” (Cf. MALARINO: 2012, p. 68-72).

1.4. Los derechos humanos y su relación con el deber de punir del Estado

La transición de una regla que constituye un derecho humano a una norma de conducta siempre ha representado cierto grado de dificultad y ha generado

inconvenientes, en principio porque “las normas que recaen en los derechos humanos reconocidos positivamente dentro de un sistema jurídico son reglas que importan como cualidades negativas relacionadas estrechamente a un juicio de validación” (Cf. ALEXY: 2007, p. 115-119), por ende, su labor principal es la de validar todo acto realizado por los operadores de justicia y cuando estos signifiquen una vulneración a algún derecho fundamental se tiene que revocar dicho acto, restituyendo las cosas al estado anterior de la afectación.

Por ello, “rechazar la idea de concluir norma de conducta desde las premisas de los derechos fundamentales implica encapsularse en un debate sin norte fijo sobre la razón de ser de la facultad punitiva que posee el propio Estado en el marco de su operatividad judicial, y que debería estar fundada en el respeto a los derechos fundamentales de los sujetos que lo integran” (Cf. ALEXY: 2007, p. 142 y ss.) lo que hace que el análisis realizado tenga que ir un poco más allá y plantearse también los posibles efectos y resultados deontológicos de reconocer una norma de conducta, así como la obligación de instaurarla.

Desde una perspectiva analítica la respuesta tendría que partir del modelo que se tenga por aceptado dentro de un ordenamiento jurídico, pues si se trata de un sistema normativo que no precisa de reglas jurídicas secundarias, la realidad concreta y subsistencia de la norma tendrá que estar sujeta a la corroboración de cualquier forma de respuesta que brinde la sociedad de cara a la comisión de un hecho ilícito.

Afortunadamente, en los ordenamientos jurídicos actuales esto parece haber sido superado, de tal forma que la realidad concreta de una norma se reconoce a través

de la utilización de una regla que se va a encargar de asignar a determinadas acciones un sentido, a fin de poder crear la norma jurídica, es en virtud a esta metodología procedimental de validación que enunciar: el dar cabida a una norma dentro de un ordenamiento jurídico, hace que se tenga que recurrir a argumentos sobre su origen y no a los efectos de su quebrantamiento, en consecuencia en los ordenamientos jurídicos actuales, inferir las consecuencias que se pretende imputar a un sujeto de derechos que ha quebrantado una norma de conducta, precisa necesariamente de complementos de supuestos normativos y la manera en que generalmente se hace alusión a estos supuestos complementarios es exigiendo la eficacia de dicha norma dentro del sustrato social.

Es por ello que la sanción penal no es un efecto que se produzca de manera automática cuando se vulnera una norma penal, parece evidente que “una norma punitiva (desde una perspectiva analítica) no puede ser deducida de una simple norma de conocimiento” (Cf. DWORKIN: 2014, p. 81 y ss.), pues, dado que la imposición de una sanción siempre va a significar la vulneración de algún interés valioso del receptor de la norma penal, la imputación de esta conducta es viable en virtud de la aplicación de una ley prohibitiva positivizada que se ha generado a raíz de una norma de conducta.

En consecuencia, cabría la posibilidad de que “una norma punitiva pueda ser extraída de una norma de conducta, pero nunca en sentido contrario” (Cf. DWORKIN: 2014, p. 81 y ss.), sin embargo cualquiera sea la consecuencia jurídica que se genere producto del supuesto de hecho positivizado tiene que estar dentro del marco establecido por los principios generales y las reglas de juridicidad que operan de manera complementaria a estos; ello puede resultar contradictorio en la

medida que sea contrapuesto a la concepción que se tenga de sistema jurídico coercitivo, pues hacer diferencias entre norma punitiva y norma de conducta implica necesariamente colisionar con el concepto jurídico de coerción, el cual establece que si una norma (no solo de relevancia penal, si no en general) no supone *per se* un castigo para quien la transgreda, no es una norma jurídica.

En este sentido, el vínculo entre una norma punitiva y una n norma de conducta pasa por un plano eminentemente funcional, “la exigencia de una sanción como consecuencia jurídica es un modo de afirmar la asertividad de eficacia de una norma, es por ello que se manifiesta que una norma punitiva es un modo de expresar una norma de conducta” (Cf. ALEXY: 2007, p. 150 y ss.), esto quiere decir que, en un Estado social de derechos para imponer una determinada sanción penal, previamente existe una obligación por parte de Estado a punir en razón de reconocer una exigencia de instaurar normas de determinación de los comportamientos más nocivos, y así ha sido plasmado en nuestra jurisprudencia:

“Entiéndase que los principios rectores del derecho penal exigen que su intervención se produzca estrictamente cuando el ilícito ocasionado tenga una alta trascendencia que altere el desarrollo normal de la sociedad, se tiene que la normatividad penal no puede intervenir en ilícitos menores que puedan ser resueltos por otros mecanismos legales de nuestro ordenamiento jurídico. De esta manera, pese a que los hechos atribuidos a la investigada pueden configurar el tipo penal imputado, no obstante, en aplicación del principio de mínima intervención, el derecho penal no podrá

*acudir a sancionar dicha conducta, por no existir un merecimiento de penar*¹³.

Así mismo (en un sentido de atribución de responsabilidad) es claro que la imposición de una sanción penal significa de por sí, desde el punto de vista de la proporción en la afectación, un menoscabo más intenso a los derechos fundamentales del imputable, que las sanciones establecidas en otras ramas del derecho y es justamente por esto que el estándar de exigencias de garantías que limiten la facultad punitiva estatal tiene que ser más alto que la de las otras ramas del derecho, sin embargo, el problema en esencia sigue persistiendo en el plano analítico.

Una posible respuesta a ello surge en el carácter de universalidad que presentan los derechos humanos y en el deber “supralegal” de punición que tiene todo Estado a proscribir cualquier acto que atente contra estos, es así que reconduciendo este paradigma a una perspectiva político criminológica, se empieza a entender a los bienes jurídicos como aquellos intereses imprescindibles que asegura el correcto desarrollo social en libertad de los individuos que integran la sociedad, y cuya conservación viene a ser exigida en razón del paradigma de los derechos fundamentales reconocidos universalmente, parte de la doctrina encuentra en esta clase de derechos subjetivos una razón de legitimidad para la imposición de una sanción, sin embargo, bajo ningún supuesto ello debe significar una suerte de juzgamiento anticipado categórico del merecimiento de pena.

¹³Resolución N° 03, recaída en el Expediente 1551-2014 emitida por la Primera Sala Penal Liquidadora de la Corte Superior de Justicia de Lima Norte.

Pero, intentar crear un arquetipo de derecho penal concebido desde las obligaciones internacionales que tienen los Estados para punir (merecimiento de pena) puede significar la depredación de los principios que cumplen la función de límites al poder punitivo del Estado, pues tal como lo señala el profesor Paniagua “La historia nos ha mostrado como la aparición del derecho penal internacional trajo consigo la degradación del principio de legalidad, el ejemplo más claro es el Estatuto de Roma, el propósito inicial de este estamento era conferir al principio de legalidad un fin relacional al castigo a raíz de un precepto estatutario, no obstante, la propia ratificación expresa de este cuerpo legal por parte de los Estados hace que ese fin sea dado por satisfecho automáticamente” (PANIAGUA: 2105, p. 25 y ss.).

La ilogicidad metódica del propio sistema funcional, no son por tanto buenamente oponibles (es por ello que en las primeras páginas de este trabajo sostengo que la legitimación del derecho penal ya no debe ser ponderada en base a su productividad funcional circunscripta a una simple capacidad rutinaria del sistema) dado que en nuestro sistema y en el sistema hispanoamericano en general el merecimiento de pena se entiende acríticamente como una manifestación de la voluntad jurídica.

1.5. La necesidad de penar y la reparación del retribucionismo

Como se puede observar el paradigma de los derechos humanos se ha posicionado como una cuestión nuclear dentro del derecho como expresión de justicia, y el papel que ha jugado en ello el derecho internacional ha sido determinante, “la evolución metódica de los derechos humanos ha fijado un dinámico crecimiento institucional en su eficacia, que es, desde diversos puntos de análisis, comparable al impacto de corrosión en el marco de la autonomía de las colectividades democráticas, propio

de la difusión del derecho internacional, lo que ha hecho que desde el siglo pasado tengamos que presenciar un resurgimiento acometedor de argumentos retribucionistas para fundamentar los fines de la pena” (Cf. MALARINO: 2012, p. 96-100), y pese a que el debate sobre estas teorías en los últimos años se ha ido tornando cada vez más complejo, da la impresión que no ha habido una innovación esencial fuera de la tradicional confrontación entre las teorías absolutas, las teorías relativas y las teorías de unión¹⁴.

Aunado a ello están las críticas que de por sí vienen recibiendo esta clasificación tradicional, basadas en que “la presentación de teorías y ejemplos, así como la discusión entre objeciones y contra objeciones de los manuales se efectúan de un modo tal que resulta perfectamente posible transmitir al lector la sensación de estar enfrentándose a una multitud de teorías de la pena de entre las cuales, la mayoría de ellas, entrarían todavía hoy seriamente en consideración como candidatas a la teoría de la pena correcta. Con ello, se ofrece a través de una especie de discurso filosófico una imagen irreal de las teorías jurídicas de la pena y, digo irreal, porque un gran número de estas teorías repetidas hasta la saciedad no son compatibles desde hace tiempo con aquellos postulados jurídicos reales respecto de los cuales ya nadie está dispuesto seriamente a apartarse hoy en día” (FRISCH: 2014, p. 08).

Aun cuando el profesor Wolfgang Frisch, menciona que dentro del círculo de las teorías “muertas”, las que encabezan la lista son las teorías retribucionistas, es menester señalar que “tanto la prevención general positiva, así como las teorías de unión enmascaran fines retribucionistas bajo el velo del principio de culpabilidad

¹⁴Véase para ello, por ejemplo, la esquematización de la quinta edición del manual publicado recientemente por Urs Kindhäuser, Ulfrid Neumann y Ulrich Paeffgen titulado: Código penal, o el manual, publicado recientemente también, por Helmut Frister titulado: derecho penal parte general.

como marco de la prevención” (Cf. ROXIN: 2014, p. 98), por lo que *a prima facie* no resultaría viable afirmar que estas teorías son “teorías muertas” y digo *a prima facie* porque es necesario realizar ciertas precisiones sobre la hermenéutica utilizada, por la oscuridad con la que gran parte de la dogmática alude al *topoi* del retribucionismo.

Primero es necesario establecer que “en los países en que rige el sistema romano-germánico el retribucionismo siempre ha estado presente (aunque sea sutilmente) cuando se sustenta la necesidad de que la sanción penal debe constituir una respuesta proporcionada al delito” (MULLER: 2014, p. 370) (traducción libre), así mismo resulta necesario poner en relevancia la incesante pugna pendular en la dogmática de los últimos años por un intento de revalorizar los argumentos que giran en torno a la necesidad de imponer sanciones penales sin que necesariamente se deba acudir al paradigma de la prevención, a lo que Feijóo Sánchez llama el “neoproporcionalismo” (FEIJOO: 2007, p. 02 y ss.), cuyo fundamento radica en que “no es posible entender la teoría de la pena proporcional al hecho si no es en el contexto de su oposición teórica a los efectos perniciosos de una praxis judicial orientada a la prevención especial” (FEIJOO: 2007, p. 05).

Pues lo que tradicionalmente se criticaba a este tipo de prevención es el fracaso que representa la institución de la resocialización, lo que dio paso “al abandono de la ideología resocializadora como función exclusiva del derecho penal y la recuperación de un sistema tradicional garantista que ha sido definido (con mayor o menor fortuna) como neoclásico, en el que los hechos y la pena se ven determinados antes de la comisión del hecho y de la ejecución de la sentencia” (FEIJOO: 2007, p. 06), para llegar a esa conclusión el mismo autor manifiesta que fueron

determinantes los estudios antecedentes realizados por Andrew von Hirsch en Estados Unidos y por Nils Jareborg en Suecia.

Dichos planteamientos minaron profundamente en el sistema alemán e hispanoamericano, aunque fueron trabajados con mayor pulcritud por juristas vinculados estrechamente a la criminología, lo que le dio un fundamento social al momento de sustentar la necesidad de imponer sanciones penales dentro del marco de un Estado social de derecho.

Es así que, bajo este contexto, indiferente a los encantos de la prevención especial, emergieron abiertamente diversos motivos justificantes al momento de penar (que en esencia reivindicaban los preceptos tradicionales) todos ellos con argumentos que buscaban liberarse del paradigma de la prevención del delito, intentando conservar una exclusión rotunda a las teorías retribucionistas, no obstante consiguieron ello únicamente dentro del plano de la terminología, pues “a pesar de todo tipo de negación al retribucionismo, un elemento nuclear de estas teorías tiene una mayor explicación y capacidad de rendimiento dentro de las teorías preventivas mixtas: el principio de culpabilidad como marco de la prevención” (Cf. ROXIN: 2014, p. 100). Esta es la razón por la que algunos juristas como el profesor Jakobs encuentran el fundamento para sus teorías en la prevención general positiva, enfatizando su razonamiento en la censura como eje cardinal para definir a la pena.

Y a pesar de que el profesor Frisch por un lado etiqueta al “retribucionismo como la cúspide de las teorías muertas y que personifican una idolatría amarga al sufrimiento” (Cf. FRISCH: 2014, p. 11), de otro lado parece ratificarlo al momento de fundamentar la necesidad de pena como medio para asegurar la permanencia y

eficacia de un estado de juridicidad cuando afirma que la “imposición de la sanción penal se muestra no solo como la confirmación de aquello con lo que (de manera materialmente justificada) se amenaza. Esta es (visto en profundidad) también una respuesta que es obligatoria a fin de poder contradecir de manera eficiente el hecho cometido por el autor (más allá de una simple reprimenda), a fin de poder compensar la debilitación de la fuerza preventiva de la conminación penal (su derogación) que, de lo contrario, amenazaría con producirse y seguir garantizando el carácter vinculante de la norma de comportamiento infringida” (Cf. FRISCH: 2014, p. 19).

Totalmente distinta es la posición que asume el profesor Michael Pawlik, quien sostiene que “la legitimidad para imponer castigo va a estar orientada hacia el retribucionismo, el *punitur sed ne peccetur* que ha dominado en las últimas décadas debería de ser remplazado por un *punitur quia peccatum est* (se pune, porque se ha perpetrado un delito)” (Cf. PAWLIK: 2011, p. 17) con el objeto de dejar atrás la idea vetusta y defectuosa de la *lex talionis* así como sus distintas versiones, para dar paso a una “justicia por compensación, que no conduce en ningún caso, necesariamente, a la fórmula “mal contra mal, sufrimiento contra sufrimiento”, la idea de compensación puede ser entendida desde una perspectiva menos sospechosa, como forma alternativa de entendimiento a la institución jurídica de la indemnización por daños, en virtud de esta, quien quiera que haya ocasionado un daño está en la obligación de compensar su hecho destructivo con un acto constructivo” (Cf. PAWLIK: 2011, p. 18).

En opinión de este jurista la noción de compensación a causa del daño generado es beneficiosa para el derecho penal, sin embargo, este trasplante que propone no es de carácter inmediato, toda vez que la persona agraviada no obtiene un beneficio al

instante a raíz de esta “compensación” y esto debido al “atributo supraindividual de las sanciones penales” (PAWLIK: 2010, p. 46 y ss.).

Es así que dentro de un Estado de derechos “cada individuo que lo compone tiene la obligación de preservar el orden de libertad efectiva coexistente en la sociedad, por lo que, el que evade este deber al cometer un ilícito de índole penal debe ser castigado (...) bajo este enfoque la sanción penal no debería ser interpretada como una sanción eminentemente negativa, al contrario debería ser interpretada desde un enfoque positivo, toda vez que es una pretensión de sujeción del individuo que ha cometido el ilícito, con el fin de restaurar el vínculo jurídico que este ha lesionado” (Cf. PAWLIK: 2010, p. 85-89).

En una línea similar, la profesora Tajtana Hörnle manifiesta que no es posible encontrar una solución mono-dimensional al paradigma de la pena, es más, supone errada la concepción que las teorías sobre la pena preconizan las reglas directivas de la determinación de la sanción penal sosteniendo que “el juicio de desvalor que se realiza para cada caso específico debe adoptar criterios diferentes de los que se siguen para sustentar la amenaza y necesidad de penar (...) pues la postura del Estado frente al agraviado de la comisión de un ilícito es equivalente a la de un fiduciario, y aunque el proceso penal no está pensado y estructurado para funcionar en base a pretensiones e intereses personales, es a raíz de ello que se van a establecer premisas enfocadas a la comunicación con el agraviado, lo que resulta relevante para el proceso en sí” (Cf. HÖRNLE: 2015, p. 44- 72), poniendo en relevancia aspectos resaltantes de la retribución al asociar “la proporcionalidad con el menoscabo sufrido por el agraviado” (Cf. HÖRNLE: 2003, *passim*).

Aun cuando cada jurista (fiel cada uno a su estilo incisivo) plantea el paradigma de la pena desde sus diferentes perspectivas, creo que si algo podría operar como denominador común es que dichos planteamientos reflejan ciertos conflictos que quedan evidenciados si “se intenta fundamentar un sistema jurídico unitario de penas que incorpore indistintamente juicios de valoración basados en retrospección y prospección y que permita legitimar la intromisión del Estado, a través del uso de su poder punitivo, dentro de las esferas de derechos que recubren a los individuos que lo componen” (Cf. RAINER: 2011, p. 872)(traducción libre).

Así vistas las cosas, da la impresión de no ser fortuito este “renacimiento de premisas retribucionistas” (Cf. MULLER, analizado por ZIFFER en AMBOS, MALARINO y PASTOR: 2107, p. 72), más aún si tenemos en cuenta que se da en el mismo momento en que empieza a renacer la discusión sobre la prisión preventiva y los problemas que presenta frente a la protección constitucional de expectativas legítimas, lo que deja en evidencia que aún hoy en día persiste la problemática de poder encausar adecuadamente la necesidad que tiene el estado de penar, y esto se puede apreciar claramente en lo que profesa nuestra jurisprudencia y la forma de actuar de los operadores de justicia, al no existir criterios uniformizados de imputación, así tenemos por ejemplo al Tribunal Constitucional que manifiesta:

*“(...) Al margen de la ardua polémica que, con respecto a los fines de la pena existe, conforme lo enunciado en reiterada jurisprudencia, este Colegiado considera que nuestro ordenamiento ha constitucionalizado la denominada teoría de la **función de prevención especial positiva**, al consagrar el principio según el cual, el “régimen penitenciario tiene por objeto la reeducación, rehabilitación y reincorporación del penado a la*

*sociedad"; tratamiento cuya finalidad esencial será la reforma y la readaptación social de los penados*¹⁵.

Sin embargo, en un reciente requerimiento acusatorio mixto, el representante del Ministerio Público establece que:

*“Como fundamento para el requerimiento de las penas privativas de la libertad contra los acusados Ollanta Moisés Humala Tasso, Nadine Heredia Alarcón, Han Paúl Heredia Alarcón, Antonia Alarcón Cubas, Rocío del Carmen Calderón Vinatea, Martín Antonio Belaunde Lossio, Eladio Mego Guevara, Mario Julio Torres Aliaga, Carlos Gabriel Arenas Gómez Sánchez, se tiene en cuenta los criterios generales que sostienen el principio de lesividad y proporcionalidad. Así, la sanción penal no solo responderá en razón de la culpabilidad por el hecho, sino también con la trascendencia social que ocasionó los delitos materia de acusación, lo que conlleva a observar además los fines de la pena, **optándose por criterios de la teoría de la prevención general positiva o integradora**, buscando con la pena efectos positivos, en cuanto a su función reafirmadora del Derecho*¹⁶.

¹⁵ STC recaída en el expediente N° 803-2003-H C/TC, apartado cuarto, fundamento noveno.

¹⁶ Requerimiento de acusación mixto, emitido por la Fiscalía Corporativa Supraprovincial Especializada en delitos de Corrupción de Funcionarios, Equipo Especial, Tercer Despacho, Apartado IV titulado: Punicción Propuesta.

1.6 La necesidad de seguridad social como interés instrumental dentro de la legitimación del derecho penal.

La paradoja del bienestar social, la estabilidad del sistema jurídico y la seguridad que se predica sobre este como interés instrumental son las características más relevantes de las que, desde una perspectiva criminológica, debe partir todo análisis en derecho, la metamorfosis que ha sufrido el derecho penal contemporáneo producto de la influencia que ha tenido de determinadas ciencias (me refiero concretamente a la criminología y la sociología) en cuanto a sus objetos de estudio: el hecho ilícito y el sujeto culpable, y el surgimiento de la necesidad de proteger ya no únicamente intereses individuales, si no también intereses colectivos para un mejor desarrollo de sujetos de derechos en sociedad, han hecho que el derecho penal progrese como en ningún otro momento de la historia había progresado.

No obstante, algunos conceptos se han visto tergiversados, como la noción de peligrosidad que se ha deformado hasta convertirse en una frankensteiniana creación “que se alimenta vorazmente de la repercusión mediática de episodios violentos y fortalece determinadas iniciativas legislativas cuyo objeto es hacer del paradigma del bienestar social su excusa de justificación y de la implementación de límites “perimétricos” de protección su filosofía de funcionamiento” (Cf. GARCIA ARAN: 2008, p. 90).

El entender al bienestar social como un derecho fundamental¹⁷ a generado que se “abandone la idea que los principios de la política criminal son la razón de ser de derechos oponibles al Estado, para ser entendidos como argumentos medulares del

¹⁷ Art. 2° inciso primero de nuestra Constitución Política vigente, la cual establece: “*Toda persona tiene derecho a (...) la vida, a su identidad, a su integridad moral, psíquica y física y a su libre desarrollo y bienestar. El concebido es sujeto de derecho en todo cuanto le favorece*”.

bienestar social” (Cf. SILVA SÁNCHEZ: 2010, p. 03), lo que ha generado a su vez que, en la sociedad peruana (y latinoamericana en general) hoy en día se interprete al concepto de peligrosidad a través de la determinación de grupos de riesgo, basta que algún individuo pertenezca a alguno de estos grupos de riesgo para ser considerado ante el sistema jurídico-social como un sujeto peligroso, en otras palabras, determinismo selectivo en su más pura expresión.

Entonces, bajo este contexto cabría preguntarse si ¿el delito tiene un origen objetivo o subjetivo?, es decir ¿nace en la esfera interna del sujeto o se origina a raíz de las deficiencias del arquetipo social, político y económico?, parece ser evidente por un lado, que la revolución tecnológica, la liberación económica y el resurgimiento de un nuevo liberalismo, están fabricando hombres sin perspectiva crítica, empíricamente egoístas, dotados de pasividad e indiferencia hacia la solución de los problemas sociales; mientras que, por otro lado al razonar sobre el delito en términos de etiología social resulta ilógico exigirle a un determinado sujeto que oriente sus estímulos violentos hacia el cumplimiento de las normas sociales y jurídico-penales cuando es constantemente bombardeado por la avaricia de determinados grupos de poder, la avidez lucrativa del sector empresarial y la ignorancia y deformidad que producen los medios de comunicación y que desde mi perspectiva, configuran una forma de violencia habitual, no voy a entrar en un análisis más profundo sobre ello, no obstante es necesario resaltar que- “en los últimos años el derecho penal ha seguido un camino de normativización de las categorías conocidas como clásicas, presionado por la realidad social cambiante y por la llamada sociedad de riesgo” (ZUÑIGA RODRIGUEZ: 2018, p. 02).

Es decir, la “seguridad” que se debe manifestar como un interés instrumental dentro de la paradoja del bienestar social, se convierte en un “precepto fundado en la percepción de incertidumbre generada a raíz de la evolución de las sociedades, que han dado origen al surgimiento de numerosas y complicadas fuentes de riesgo cuya contención y dominio esta fuera del alcance de los individuos que las integran” (Cf. GARCIA ARAN: 2008, p. 126 y ss.).

Sin embargo, el hecho de que los procesos de riesgo incrementen su grado de complejidad no significa, necesariamente, su asimilación por parte de los individuos que componen la sociedad, toda vez que estos, “se limitan únicamente a asentarse dentro de lo que entienden como inseguro y peligroso, y sienten que la “seguridad” es una condición necesaria que tiene que ser satisfecha por el Estado, pues es el encargado de verificar y controlar los riesgos generados dentro de su seno social a fin de poder mantener el bienestar social”(Cf. MASLOW: 2014, p. 241 y ss.).

Sin embargo, es menester señalar que esta repulsión social hacia lo que se considera como inseguro no siempre va acorde con el contexto objetivo, es por ello que a nivel doctrinario se empezó a hablar y trabajar sobre la “paradoja de necesidad de seguridad social” (ROCHE: 1993, p. 101) (traducción libre), “la cual establece que pese al incremento de la presencia de seguridad objetiva en distintos entornos, es decir existe un eficaz control de peligros por parte del Estado, eso no significa que como consecuencia, automáticamente la seguridad subjetiva va a descender, por el contrario, puede aumentar más en razón de que se trata de una sensación social” (Cf. ROCHE: 1993, p. 122-124) (traducción libre), por esta razón se afirma que “los riesgos se vuelven verdaderos en el momento en que los individuos los viven como tales” (BECK: 1998: p. 86), aunque determinados autores como Luhmann

establecen que “la paradoja de la percepción y aprobación de riesgos es un conflicto social que tiene efectos concretos sobre la política, y por ende debe ser solucionada desde ahí” (LUHMANN: 2003, p. 155).

Cualquiera sea la posición que se asuma, lo cierto es que cuando hablamos de “seguridad social” tenemos que delimitar bien tanto el cariz funcional objetivo como el cariz funcional subjetivo, “la noción de seguridad objetiva como mandato normativo no va a radicar exclusivamente en la objetiva garantía que se les brinde a los individuos de no dañosidad por parte de los nuevos riesgos generados producto del dinamismo social (...) pues en el momento en que la inseguridad deja de ser entendida como un simple peligro potencial, se convertirá en una percepción de conciencia” (cf. BECK: 1998: p. 51-60), así mismo “el apremio de “seguridad social” va a repercutir directamente en el sistema jurídico a través de exigencias de prevención” (HIRSCH, citado por BARATTA: 1991, p. 45).

Por lo que el aspecto funcional objetivo se va a ver dominado y dependiente de las pretensiones del aspecto funcional subjetivo manifestada a través de la “necesidad de sensación seguridad”, esto aclararía de alguna manera el por qué el derecho penal aparece casi siempre como primera opción cuando se trata de utilizar un medio jurídico para una protección *ex ante* de cualquier conducta que genere la sensación social de peligrosidad, es a lo que el profesor Winfried Hassemer denominaba “el paradigma de la prevención” y lo situaba como cualidad esencial en los Estados de derechos contemporáneos, pues “el legislador, ante el apremio de hallar respuestas satisfactorias y contundentes frente a los riesgos generados en la sociedad, va a acudir al derecho penal para controlarlos, aun cuando vulnere los derechos fundamentales y libertades individuales” (HASSEMER, citado por KUNZ:

2000, p. 06) (traducción libre), de ahí que el profesor Herzog manifestara que “los tipos penales de peligro abstracto no son más que una respuesta a la sensación de inseguridad frente a la metamorfosis que sufre la sociedad” (HERZOG: 1998, p. 54) (traducción libre).

Afirmar, como parte de la dogmática lo hace, que la función subjetiva de la necesidad de seguridad está íntimamente relacionada con la necesidad de proteger aquellos intereses legítimos que permiten un adecuado desarrollo en sociedad de los individuos, trae muchos inconvenientes que afecta al derecho penal en su esencia, principalmente en cuanto al principio de intervención mínima se refiere, pues, como es evidente, éste se vería forzosamente polemizado si lo que se busca es disminuir la necesidad de seguridad subjetiva.

La noción de que el Estado es por antonomasia aval de la “seguridad social” con todo lo que ello significa, agudiza la perspectiva de que el Estado tiene que intervenir ante cualquier quebrantamiento mínimo de esta “seguridad social” de la forma más contundente posible, es decir a través del derecho penal y como ya se ha establecido en innumerables estudios realizados sobre este tema en concreto, un derecho penal que utilice como metodología a las necesidades de seguridad subjetiva de la sociedad para establecer sus criterios de punición, es un derecho penal deformado y trae como consecuencia principal que la aplicación de un derecho penal bajo esos parámetros devenga en ilegítima, convirtiéndose únicamente en lo que el profesor Hassemer denominaba: un derecho penal simbólico.

De acuerdo a lo hasta aquí expuesto, es claro que el derecho penal es un mecanismo para el control social dentro de un Estado de derechos y su fin social es

la represión del delito; sin embargo, parece que conforme a las posiciones dogmáticas y jurisprudenciales, y conforme está funcionalizado nuestro sistema jurídico penal hoy en día, aún no es lo suficientemente inmaculado como para que las respuestas que se ofrecen entorno a su intervención legítima sean suficientemente convincentes, más aun si se lo confronta con otros sujetos de derechos diferentes al ser humano, de eso se hablará más adelante, por el momento es menester resaltar que las concepciones actuales sobre la legitimación de la intervención punitiva dejan más dudas que respuestas, y cuando se brindan respuestas, se las brinda desde distintas perspectivas que parecen ser irreconciliables, claro ejemplo de ello es la discusión sobre si se debe asumir un modelo retribucionista, o un modelo preventivo utilitarista sobre la pena y cuando se tome postura sobre uno de ellos queda abierta la discusión sobre los submodelos que posee cada uno.

La profesora Laura Zúñiga, advirtiendo ello, ha manifestado que “El derecho penal abierto a las funciones sociales, orientado por las consideraciones político-criminales, se ha mostrado incapaz de contener el poder punitivo del Estado. Es más, se ha llegado al punto en que cualquier planteamiento de carácter político-criminal puede justificar las normas legales porque cumplen determinadas finalidades sociales; una especie de tautología: la tolerancia cero, el garantismo, las políticas de emergencia, las políticas de excepción, la orientación hacia prevención general positiva, la orientación hacia la prevención general negativa, la fundamentación en la resocialización, la autorregulación con los programas de *compliance*, la Carta Magna del delincuente, la Carta Magna de la víctima, la perspectiva de género, el populismo punitivo, el derecho penal del enemigo para los terroristas, el derecho penal del amigo para los poderosos, etcétera (...) Visto el

panorama del derecho penal y de la política criminal actual, podemos decir que poseemos un argumentario “a la carta” (...) el desarrollo del normativismo dogmático, con las teorías de la imputación en sentido general y la imputación objetiva con carácter particular, aunado a toda la discusión sobre los retos de la sociedad de riesgo han posibilitado y legitimado diversas opciones teóricas como el riesgo permitido e incluso el principio de precaución (...) y ello a raíz de un “abrazo mortal” entre la dogmática y la política criminal, valorando cómo la probabilidad virtuosa de esa síntesis anhelada entre dogmática y política criminal (propugnada por Roxin y seguida por el funcionalismo dominante en la doctrina que sigue la influencia alemana) se ha convertido en el avenir de un relativismo jurídico. En este relativismo cabe la tentación, para el legislador, de legitimar “a toda costa” la ley; para el juez, la sentencia; y para la academia, la posición doctrinaria” (ZUÑIGA: 2018, p. 49-50).

Es por ello que, apostando por una reinterpretación sustancial sobre las razones que legitiman la intervención punitiva del Estado, lo que se propone en el presente trabajo de investigación parte de una reinterpretación de los derechos fundamentales, y a partir de ahí, fijar los parámetros de una intervención punitiva legítima de un derecho penal integral, funcionalizado hacia la aplicación legítima del poder punitivo estatal.

CAPÍTULO II: DOGMÁTICA FUNCIONAL DE LOS DERECHOS FUNDAMENTALES

2.1 La preeminencia de los derechos sobre los deberes

Según doctrina mayoritaria, el ámbito jurídico y el ámbito moral difieren en la forma en que se contextualizan a los derechos y a los deberes. A lo largo de la evolución de la doctrina jurídica y filosófica, a gran parte de los derechos se les ha dotado exclusivamente de contenido jurídico; por el contrario, si algo ha sido una constante en la perspectiva moral, es el protagonismo que han conseguido obtener los deberes, y no necesariamente en razón de los derechos, en este contexto, cabe afirmar que “los deberes son morales y no existe tal cosa como derechos morales (...) dado que, si un determinado derecho tiene alguna justificación moral, se debe, únicamente, a que existe un deber de respeto hacia el mismo por parte del resto de sujetos” (LAWS: 2003, p. 267).

Desde esta perspectiva, es complicado no sostener que la razón de ser de los derechos es priorizar no solo a los individuos, sino a todo sujeto de derechos y a su valor consustancial dentro de un determinado ordenamiento jurídico, ciertamente, los modelos jurídicos modernos así parecen haberlo entendido por el nexo existente entre estos y la libertad de poder desarrollarse libremente en sociedad, sea entendida como una abstracción unitaria general o como un cúmulo de libertades concretas. Tanto es así que, los derechos subjetivos con mayor relevancia son indirectamente los supuestos de las decisiones que realiza cada sujeto de derechos en pro de su correcto desarrollo cotidiano, lo que, a su vez, también dota de sentido a la idea de autonomía propia.

La idea de concebir a los derechos como construcciones jurídicas se plantean desde las concepciones de Jeremy Bentham, quien sostenía que “los derechos, entendidos

como presunciones de fines legítimos, en última instancia siempre van a tener un nexo correlativo con alguna obligación” (citado por NINO: 2007, p. 83) y aunque Bentham concibe a los derechos subjetivos como un “provecho” en favor de quien los ostente, pues resulta claro que bajo dicha concepción “éste sacará provecho de la relación de la correlatividad generada ante la obligación de terceros” (citado por NINO: 2007, p. 122), no obstante, la concepción que mayor acogida tuvo y que caló con mayor fuerza en los sistemas jurídicos, fue el planteado por el jurista Rudolf Von Ihering quien “definía a los derechos subjetivos como intereses que necesitan de una protección especial dentro de un sistema jurídico (...) argumento que además de validar la idea de que los derechos deben ser en esencia construcciones jurídicas, permite abrir una brecha hacia la filosofía de Kelsen, quien consideraba que los derechos subjetivos se determinan en las normas que mandan una obligación” (CARBONELL: 2010, p. 156).

Y no fue hasta mediados del siglo XX que el profesor Hart planteó una solución distinta en cuanto a la controversia del paradigma de la correlatividad entre derechos y deberes, aunque tuvo un triunfo parcial, toda vez que “sus teorías se basaron principalmente en eludir la minimización de los derechos como meros destellos de los deberes” (Cf. WEST: 2001, p. 28)(traducción libre), bajo el razonamiento de que “si una determinada persona está en posición de prever, gracias a un análisis interno *ex ante*, como actuará otra persona, se puede restringir de esta manera su libertad de elegir, entonces este hecho se convierte (y no el de percibir un provecho) en decisivo y concluyente para poder aseverar que se ostenta un derecho” (Cf. HART: 1955, p. 182)(traducción libre).

En este sentido, “conseguir un provecho o beneficio derivado de un determinado deber, no es necesariamente un requisito para ostentar un derecho, así mismo, ostentar un derecho no significa forzosamente que el que se va a beneficiar del deber de un tercero es quien manifiesta ser el titular de dicho derecho, únicamente estará en condición de ejercer cierto señorío respecto a la forma de comportamiento” (Cf. HART: 1955, p. 186-188) (traducción libre).

Por su parte los detractores de Hart han manifestado que “así planteadas las cosas más que una teoría de intereses lo que se plantea es una teoría de elecciones individualistas, pues (en la lógica de Hart) el motivo para reconocerle derechos a alguien estaría circunscripto a conveniencias individuales, lo que afectaría su desenvolvimiento autónomo en sociedad” (Cf. MCCORMICK: 2005, p. 145).

En cualquier caso, es claro que los derechos tienen preeminencia como razón de ser de los deberes y no en sentido contrario, los derechos son el motivo de porque imponemos deberes. En consecuencia, habiendo sido establecido cual es la orientación de los derechos y su vinculación (independiente) con los deberes, cabría preguntarse ¿Qué son realmente aquellos derechos llamados fundamentales? ¿De qué depende que se le otorgue el título de “fundamentalidad” a un determinado derecho subjetivo? para responder a estas preguntas, en primer lugar, es necesario hacer una reinterpretación de lo que se entiende por derechos subjetivos y su real valía frente a las normas y sus sustancias, dado que ha sido una constante en los últimos años la “anti-sustancialización” de los mismos.

2.2. Los derechos subjetivos como componentes fundamentales en un Estado de Derecho

Desde que “se empleó por primera vez el término derecho fundamental en la Constitución germana de 1849¹⁸” (ADULNANTE: 2008, p. 48) éste ha estado ligado siempre a la noción de “derecho subjetivo”, los conceptos que hoy en día se proclaman tanto en la dogmática como en la jurisprudencia sobre esta clase de derechos han sido edificados desde las premisas doctrinarias de las pandectas alemanas, juristas como Bernhard Windscheid sostenían que “hablar de derechos subjetivos era equivalente a hablar del imperio de la voluntad” (Cf. WINDSCHEID: 1904, p. 394-396), en cambio pandectistas como Rudolph Von Ihering manifestaban que “en todos los casos los derechos subjetivos van a terminar siendo entendidos como intereses de protección mecanizados a través de acciones judiciales (...) resultando imposible que la voluntad sea el núcleo del derecho subjetivo, pues si esto fuera así, aquellos sujetos desprovistos de voluntad como los niños o los que poseen insuficiencia mental no podrían ostentarlos” (Cf. IHERING, traducido por VELA: 2005, p. 142-144).

Por su parte Hans Kelsen se encargó de integrar al concepto de derecho subjetivo las denominadas “garantías”, sosteniendo que “ninguna persona puede, en efecto, atribuirse derechos, el derecho de uno, supone la obligación del otro, y dicha relación no puede nacer, conforme al orden jurídico objetivo, sino por manifestaciones concordantes de la voluntad emanada de dos individuos” (KELSEN: 2011, p. 94).

¹⁸ Bajo la terminología de *Grundrechte*.

En la tesis que este jurista propone se ocupa especialmente de conferir a la noción de derecho subjetivo determinada autonomía con relación al concepto de obligación que planteaba John Austin, a cuyo parecer “el concepto de derecho subjetivo y el concepto de obligación formulan la misma abstracción en planos diferentes” (AUSTIN: 1832, p. 237).

La principal crítica de Kelsen hacia Austin, venía porque para él los derechos subjetivos preexisten en razón de normas que confieren, a los que los exteriorizan, derecho de accionar procesalmente a fin de hacer efectiva la obligación del otro, por lo tanto, para la filosofía kelseniana la “acción” y la “obligación” serían elementos estructurales intrínsecos a los derechos subjetivos, los mismos que se van a ver reducidos a un normativismo que constituye no solo obligaciones, sino también autorizaciones.

Y es que para Kelsen la norma jurídica no se proyecta únicamente como entendimiento de obligaciones, sino también como autorizaciones permisivas, pues “si se piensa en los derechos subjetivos (entendidos como autorizaciones de permisibilidad) como estructuras singulares de la función creadora del derecho, se desvanece por completo toda antítesis existente entre el derecho subjetivo y objetivo, evidenciándose bajo este supuesto la condición primaria que refleja toda obligación jurídica de cara al carácter secundario que exhibe una autorización” (Cf. KELSEN: 2000, p. 192-198).

Empero, aun cuando Kelsen procuró desligarse de la concepción sustancialista propuesta por Ihering y marcar diferencias con la teoría positivista de Austin, mantenía, como premisa cardinal, la idea de que los derechos subjetivos son una concepción universal, absoluta e innata al ser humano y no es hasta mediados de

los sesenta que se empieza a cuestionar esta doctrina, principalmente por Riccardo Orestano quien se preguntaba “¿Por qué la construcción de los derechos subjetivos tiene que estar determinados en función a la voluntad de un individuo? (...) en cualquier caso al hablar de derechos subjetivos estamos hablando de un nexo entre la noción subjetiva y el orden de las cosas, pues estos son un elemento esencial para la elaboración de estructuras jurídicas, sobre todo cuando se van a convertir en derechos fundamentales” (Cf. ORESTANO: 1960, p. 158-166).

Bajo la misma línea el profesor francés Leon Duguit niega la relación de los derechos subjetivos al individuo clásico y sostiene que este se sitúa en la base misma del florecimiento del derecho objetivo, “las normas de derecho se van a imponer con el fin incuestionable de asegurar perennemente y bajo cualquier suceso la defensa de los derechos fundamentales, generando de esta manera límites naturales a los derechos subjetivos en un Estado soberano” (Cf. DUGUIT: 1975, p. 24-27).

Calificando al sistema entablado por sus predecesores como “un sistema totalmente descompuesto, pues han transcurrido no más de cien años desde que se postuló su doctrina y han decaído totalmente las bases sobre las que se sostenía, principalmente “el derecho natural de los individuos” que a la fecha ha muerto precipitadamente al no poder sobrellevar sus fundamentos de índole metafísicos y los ataques del positivismo, que fracturaron toda consideración política y jurídica razonada en meras ficciones (...) es por ello que los preceptos instituidos del individualismo subjetivo no son más que eso, puras ficciones insostenibles vistas a través un procedimiento realista social (Cf. DUGUIT: 1975, p. 44-57).

Pese a la heterogeneidad de teorías, lo cierto es que la concepción de los derechos subjetivos, al menos en la época moderna, ha ido minando constantemente en la evolución del derecho, a tal punto que hoy en día es inconcebible pretender instituir un ordenamiento jurídico sin previamente acudir al paradigma de los derechos subjetivos para fijar los límites al poder punitivo estatal.

2.3. Los derechos subjetivos como normas fundamentales

Las principales constituciones del mundo, así como los instrumentos de derecho internacional han sido elaborados en base a los derechos que le pertenece al ser humano, en cuanto individuo con capacidad se refiere, no obstante, sobre este planteamiento se han generado, con frecuencia, cuestionamientos en torno a la utilidad de preservar la calificación de “derechos en sentido jurídico” y no únicamente en sentido natural, hacia los mandatos carentes de todo resultado y limitados a afirmaciones meramente abstractas, y que, según doctrina mayoritaria, es lo que ocurre cuando la manifestación de un derecho no está seguida de normas que inserten una o varias acciones sucesivas que permitan implantar obligaciones determinadas hacia terceros, pues “cuando nos encontramos frente a un derecho subjetivo, nos fiamos en la presencia de garantías, sean primarias o secundarias” (Cf. FERRAJOLI: 2006, p. 14-15), de modo que, ante la ausencia de tales garantías, es posible afirmar que nos encontramos frente a normas ilocucionarias.

Aun cuando este enfoque refleje cierta volatilidad, pareciera sugerir que predominan axiomas simbióticos en la concepción de los derechos subjetivos, que antes eran considerados divergentes¹⁹, pese a ello, hoy en día, en la dogmática impera un

¹⁹Tales como la voluntad, el poder, el cumplimiento de obligaciones ajenas.

esquematismo que concibe a los derechos subjetivos con el fin de “exigir a terceros el cumplimiento de una o varias normas que importan un interés a un individuo en específico” (GALGANO: 2000, p. 42), al igual que en la teoría general del derecho, donde se entiende a los mismos “como una “ventaja” otorgada a un individuo en su interacción con otros individuos a los que se les va a exigir una determinada obligación” (GUASTINI: 2014, p. 102), a diferencia de las garantías que son comprendidas como instrumentos transversales de tutela una vez un derecho es instaurado dentro de un sistema jurídico.

Es así que, si el derecho de un sujeto reside en su potestad de pretender una determinada conducta que concierne al deber de un tercero, ese “deber” no vendría a ser una garantía jurídica, más bien es en lo que radica el derecho en sí, pudiéndose afirmar de esta manera que garantizar jurídicamente un derecho en específico y garantizar jurídicamente el deber derivado de este es lo mismo, por lo tanto, supeditar la subsistencia de los derechos subjetivos a la suposición de sus garantías es factible si se las considera como elementos constitutivos de los mismos, no obstante, asumir tajantemente esta posición implicaría, irremediablemente, abandonar la premisa de funcionalidad que tendría que revestir a toda garantía jurídica.

Como se puede apreciar, la controversia es por lo menos espinosa, y totalmente alejada de concepciones reservadas al campo de lo abstracto, sin embargo, un sistema jurídico en el que el uso del poder punitivo estatal esté razonado y edificado en base a derechos fundamentales²⁰ debería ser capaz de limitar adecuadamente la operatividad funcional de cada elemento estructural aquí señalado, donde se

²⁰Entendidos como criterios objetivos de juridicidad y divorciados de la acepción de derechos humanos.

busque (con estos derechos subjetivos dotados de “fundamentalidad”) algo esencial (irreductible únicamente a sus garantías) y a los que se los provea de un rol funcional concreto, caso contrario seguiríamos en las premisas de los modelos de derecho de impronta decimonónica. Lo que se debería exigir hoy en día son concepciones de los derechos (cuando menos en su forma) que pongan en evidencia sus condiciones como representaciones subjetivas afines a la protección de bienes jurídicos, y no concepciones que se encausen, más que en su naturaleza, en lo mecánico de los deberes contiguos a cada derecho y obligación y en sus sanciones.

Autores como Luigi Ferrajoli sostienen que los derechos son dissociables de sus garantías, “los cuales se configuran a partir de mandatos normativos posteriores, y cuya desaparición generaría lagunas que harían necesario satisfacerlas en razón del principio de plenitud” (FERRAJOLI: 2014, p. 65), integrando la noción de “obligación” al concepto de derecho subjetivo (FERRAJOLI: 2014, *passim*), y es justamente por esta razón que considera insostenible la posición de parte de la doctrina que manifiestan la viabilidad de un concepto de derechos subjetivos sin obligaciones bajo la premisa que “si los derechos existen, las obligaciones deben ser consideradas cuando menos sobreentendidas” (GUASTINI: 2008, p. 35).

Pero asumir una concepción así no traería únicamente la problemática de las lagunas señalada por Ferrajoli, sino que además, si las obligaciones se consideran como un elemento implícito al concepto de derecho subjetivo, no habría forma de que se puedan instituir como sus garantías, en consecuencia, no se podrían desvincular los derechos de las garantías primarias, a menos que valorativamente se sostenga que las garantías primarias sencillamente no tienen razón de ser, lo que carecería de fundamentación teórica.

Es así que, asumida una posición positivista, no habría argumentos para considerar, dentro de un plano formal, que un sistema jurídico presenta vacíos o lagunas (usando la terminología de Ferrajoli) si comprende normas cuya subsistencia no estén vinculadas a la conceptualización normativa de los derechos subjetivos, pues si los derechos subjetivos se conceptualizan de forma que no involucren (al menos de forma lógica) al derecho de acción, las garantías (particularmente las de naturaleza procesal) únicamente se considerarían como lagunas bajo la óptica de la moral, las mismas que deberán ser satisfechas bajo la perspectiva de estos, pero no desde un enfoque jurídico.

Es por ello que disociar a las garantías de los derechos resulta meritorio al momento de dotar de sentido lógico y concordante a los derechos subjetivos, aun si se prescinde de las garantías secundarias, argumento que permitiría lidiar también con la afirmación dogmática (con cada vez más adeptos) de que los derechos fundamentales no existen si no han sido positivizados. En consecuencia, estoy convencido que las garantías solo tienen razón de ser dentro de un ordenamiento jurídico apropiado si se disocian de los derechos, y se las conceptúan como un elemento no incluido dentro de la noción de derechos subjetivos, a fin de que no sean comprendidas como vacíos de los derechos subjetivos positivizados, sino más bien, como preceptos que van a servir para diferenciar la existencia y eficiencia constatada de la previsión normativa que importan los derechos subjetivos.

Fundamentos que a su vez permitirían sostener la no sumisión de la valoración normativa que se le pueda dar a los derechos subjetivos hacia cualquier otra condición de validez establecida en su definición, y le quitarían el desmedidamente ambiguo límite entre lo normativo y lo descriptivo, así como de ningún modo se

podría fracturar el límite entre la naturaleza empírica y la eficacia de un determinado derecho, ni las “protecciones” que se les confiere para garantizar las mismas.

2.4. Los derechos fundamentales como límites sustantivos y reglas de identificación

Parte de la dogmática, siguiendo la doctrina kelseniana, sostiene que, afirmar que un derecho subjetivo existe jurídicamente, conlleva a tener que desligarse de la idea de que ese derecho importe, o tenga que importar, como una norma para alguien, dado que “dentro de los supuestos de “existenciabilidad” de estos, está la exigencia de que la norma que la contenga este en capacidad de procurar una función para el sistema jurídico para el que se la ha creado, por consiguiente, es incoherente que escasee de sentido y debería ser factible obedecerla” (Cf. HODGSON: 2003, p. 34).

Si superponemos este argumento a la teoría de Ferrajoli, tenemos que circula por una vía adyacente, ya que es en razón de esta que en “un determinado derecho precisado por una norma emerge la necesidad de satisfacer las lagunas generadas a raíz de la falta de garantías en virtud del principio de plenitud” (Cf. FERRAJOLI: 2014, p. 65). Lo que nos pondría frente a una falacia *ad consequentiam* que estaría dirigida en una suerte de “mandato” hacia el legislador, dado que en una estructura nomodinámica, como es un ordenamiento legal, una norma no se concluye de otra norma, al contrario, las normas son situadas por entes estatales facultados: poder legislativo y excepcionalmente el poder ejecutivo.

Tal como se ha planteado, es complicado equiparar la no presencia de garantías (sean primarias o secundarias) a las lagunas, el fundamento del principio de plenitud no involucra obligatoriamente la idea de establecer garantías, es más, aun cuando

esto fuera aceptado, la efectividad normativa de los derechos subjetivos tendría que solucionarse acudiendo al vigor normativo del principio de plenitud, que no admite un atributo de auto ejecutabilidad, es por ello que la limitación del carácter normativo de un derecho subjetivo entendido como “fundamental” hacia este principio no otorga ningún beneficio.

En consecuencia, considero que estas estructuras deben ser reinterpretadas e integradas, desde el punto de vista que aquí se plantea, a la noción de derechos fundamentales, porque inclusive bajo los supuestos donde los derechos subjetivos no se hallen amparados por garantías concretas, mantienen su importe jurídico y funcional. La incapacidad, inacción e inoperancia que presentan ciertos derechos (pese a que están situados dentro de los parámetros del derecho constitucional) no obedecen a razones de la existencia de lagunas primarias y/o secundarias, sino tan solo a su defectuosa admisión como normas dentro del sistema jurídico.

Así mismo, se tiene que poner en relieve el carácter intrínseco de los derechos de generar efectividad jurídica inmediata, ya que, si se los enfoca en función a su relevancia jerárquica, indudablemente, pueden importar como reglas de identificación, pues “se tratan de juicios de valoración en cuanto a la validez de la normatividad ya existente, y en esa sistemática pueden desempeñar un rol más preponderante” (HART: 2011, p. 118 y ss.), a pesar de ello, para que ese carácter de “reglas de identificación” o “reglas de validez”, surta eficacia en la praxis jurídica, tendría que ser admitida y utilizada, cuando menos, por los operadores de justicia sin que exista la necesidad de contar con dispositivos coercitivos de por medio.

Pues, como bien señalan los profesores Manuel Atienza y Juan Ruiz Manero “los derechos entendidos como reglas de identificación no solo valen para reconocer

normas válidas, sino que además se condicen como pautas de conducta y juicios de valoración sobre individuos y entes de fabricación y aplicación del derecho” (ATIENZA y RUIZ MANERO: 2007, p. 152).

Ciertamente, es plausible que un derecho “fundamental” personifique una regla de identificación y valoración que se transforme en disposiciones normativas de carácter sustantivo, a la que no le concierna la descripción y delimitación de obligaciones sucesivas, ni de garantías apropiadas, pero a la vez es complicado rechazar tajantemente la idea de que una norma posea un contenido no reconocible con los mecanismos de protección del derecho, dado que una norma actúa como regla de identificación en tanto y en cuanto conserve un alcance selecto sobre las actuaciones del organismo público encargado de la elaboración de leyes, así como sobre los tribunales.

Por ende, si se entiende que dentro de los roles que cumple un derecho subjetivo considerado como “fundamental” en un determinado ordenamiento jurídico, está el funcionar como límite sustantivo, como una restricción a la propia capacidad legislativa, tendríamos por ejemplo que los mandatos normativos operarían *ipso facto*, aún ante la falta de garantías, y la manera en que se daría esta contingencia sustantiva sería a través dispositivos normativos *ex post*, con la finalidad de fijar argumentos para la invalidez de los mandatos que no predigan apropiadamente la protección del bien materia de su creación.

Es por ello que considero que aquellos derechos denominados “fundamentales” tendrían que ser vistos como criterios objetivos de juridicidad, en vez de meras pretensiones abstractas y filosóficas, criterios objetivos de juridicidad que predicarían (y no puede ser de otra manera) la obligatoriedad de protección hacia

un bien jurídico determinado y que coloca en una situación de ventaja a aquellos sujetos de derechos que los ostentan (no tendría por qué reducirse este ámbito de protección únicamente a los seres humanos, si no tendría que abarcar a todo sujeto de derechos), en el momento en que una regla de identificación sea comprendida como un límite sustantivo, desempeñaría el papel “fundamental” de establecer la invalidación de toda positivización normativa proveniente de los legisladores, así como de todo pronunciamiento judicial que atente contra estos criterios objetivos de juridicidad.

A estas alturas de lo expuesto, es necesario diferenciar entre dos aspectos, que, si bien podrían entenderse como conexos, en realidad no lo son, por una parte, están los argumentos sobre el insuficiente amparo jurídico, traducido en garantías, hacia un bien tutelado por el derecho, y en contraste a ello está el valor normativamente independiente que presentan los derechos fundamentales, lo explico con un ejemplo: el derecho a la libertad individual adquiere trascendencia una vez ha sido definido jurídicamente, pero la existencia de garantías sobre este derecho, obedece, por el contrario, a una serie de regulaciones generadas a raíz de la utilización de la disposición que vislumbra a este derecho subjetivo como regla de identificación, es por ello que si a la noción de derechos fundamentales no se la entiende, seriamente, como una regla de identificación, luego será imposible que se le provea de garantías, siendo este otro argumento más para sostener que entre garantías y derechos no hay una relación de sujeción.

Sin embargo, el motivo principal por el que en un sistema jurídico los derechos pueden conseguir existir hasta el punto de establecer procedimientos que lleven a su propia elaboración, sin necesidad de que cuenten con garantías, es porque toda

conducta debería suponerse inválida en la medida que no estén acorde con los mandatos legales que dispongan la protección del bien jurídico para las que fueron creadas.

Por ende, no es tan cierto que el carácter imperativo viene del principio de plenitud como sostiene Ferrajoli, más bien pareciera derivarse de la existencia de una incongruencia entre contenidos normativos, no obstante de ello, es importante recalcar, y suscribo totalmente la tesis de Ferrajoli en este punto, que “una norma no podría tomarse como inválida mientras no se la declare como tal a través de un pronunciamiento judicial, expreso o tácito” (FERRAJOLI: 2014, p. 146), el vigor normativo de los derechos subjetivos se encuentra, ciertamente, en el potencial que estos presenten para hacer continuamente operativa la valoración sobre el accionar legislativo y la aplicación por parte de los operadores de justicia, los mismos que se deben dar en virtud a preceptos axiológicos preestablecidos.

2.5. Los principios y las reglas como derechos positivizados

Un cambio drástico al modelo positivista de Kelsen se presenta en las teorías del profesor Dworkin, pues, si Kelsen por poco logra drenar a los derechos por formularlos como mandatos normativos, Dworkin en cierta medida restablece su sustancia diferenciándolos de las normas por medio de la ley, así mismo al intentar desligarse de una impronta *iusnaturalista* se centra persistentemente en un propósito principal “probar que siempre que se protege un derecho moral, este derecho puede ser dilucidado por medio de la restauración de un sistema jurídico materializado en el derecho positivo” (Cf. DWORKIN: 2012, p. 126), es por ello que sostiene que “dentro de un sistema jurídico, debido al complicado arquetipo que estos presentan, el intérprete de una norma solo puede llegar a una única respuesta

acertada, siempre y cuando este en capacidad de restaurar dicho sistema con la adecuada destreza, caso contrario le bastara con una interpretación literal del derecho (...) y es, justamente, esa única respuesta acertada la que hace posible que un jurista renueve su convicción en la ecuanimidad de su dinamismo cognitivo, pese a que se pueda asociar a un razonamiento de índole moral, los mismos que se ejercen en acoplamiento con los preceptos sustanciales del tradicionalismo constitucional” (Cf. DWORKIN: 2012, p. 165-170).

Se afirma que el positivismo de Hart, más que el de Kelsen, ha sido el objetivo controvertido de Dworkin, y que su detracción proviene del intento de plantear una solución que satisfaga, en la mayor medida posible, los invencibles e infranqueables estancamientos a los que lleva el normativismo, específicamente en los supuestos sombríos donde la interpretación de un operador de justicia no puede ser de otra forma que una interpretación libre y en los que se extrañan determinados “juicios de valoración”, que como lo señala el positivismo de Hart, son sencillos de encontrar en el ordenamiento jurídico.

Con todo y ello, siguiendo en la misma línea de Dworkin, la inflexibilidad que presenta el positivismo, daba la impresión que despojaba a los intérpretes de la norma de asumir todo juicio de valoración que estuviera fuera de los parámetros de lo positivizado, aun cuando dicha interpretación pudiera sugerir una mejor solución y que no necesariamente iba en contra del ordenamiento jurídico, es así que “los términos “adecuado” e “integrador” adquieren preponderancia en el discurso de Dworkin en el sentido de representaciones metodológicas que permiten alcanzar a los intérpretes soluciones que tomen en cuenta no solo las reglas, sino también los

principios, superando de esta manera el límite entre discernimiento he inventiva en el derecho” (COHEN: 1985, p. 145).

Esa relevancia que le atribuye este filósofo del derecho a una correcta argumentación jurídica a partir de brindar una solución concreta es una lectura muy acertada de lo que carecen los sistemas jurídicos modernos, respecto a emisarios de un numen normativo restaurable bajo la tónica siempre de la protección y respeto de los derechos que protegen a los sujetos que los ostentan (no solo los seres humanos, si no todo sujeto de derechos) frente a un paternalismo estatal absoluto, lo que en cierto sentido restituiría la idea de que el derecho es justicia equitativa y como tal, un sistema jurídico debe estar elaborado en base al paradigma del reconocimiento de derechos subjetivos fundamentalizados a todo sujeto de derechos de manera equitativa, sin discriminaciones, tal como sucede hoy en día con las personas jurídicas ya que se les reconoce determinados derechos “fundamentales” (mal entendidos como derechos humanos) a las personas jurídicas de naturaleza privada, pero se proscribía el reconocimiento de los mismos a las personas jurídicas de naturaleza pública.

En cuanto a la afinidad existente entre garantías, derechos y principios considero, en la misma línea de la tesis planteada por el profesor Robert Alexy, que los derechos subjetivos obedecen, o tendrían que obedecer, a una actuación colectiva de principios y reglas, reglas entendidas como “normas en cuya concreción de su supuesto de hecho se advierte una o más consecuencias jurídicas absolutas y por ende son mandatos definitivos” (ALEXY:2004, p. 73), en cambio los principios son entendidos como “mandatos de optimización, los mismos que disponen que lo que se va a efectuar en nombre de ellos debe ejecutarse en distintos niveles (...) debido

a los límites que manan de los propios principios en contraposición, y no únicamente de contingencias fácticas, lo que conlleva a afirmar que los principios precisan de ponderación” (ALEXY:2004,p. 74-76).

Esta actuación colectiva abarca también a aquellos derechos fundamentados y justificados en reglas y no únicamente invocados intangiblemente por principios, juristas como el profesor Gustavo Zagrebelsky, basándose en estos fundamentos, sostienen que “los principios califican como normas con ausencia de supuestos de hecho, lo que los hace inidóneos de ser exteriorizados como mandatos del supuesto imperativo kelseniano” (ZAGREBELSKY: 2003, p. 629), entretanto es posible que “los principios se satisfagan en distintos grados, las reglas están destinadas, en todos los casos, a ser entendidas como normas que cumplen su fin o no” (ALEXY: 2008, p. 48 y ss.).

Argumento que es equivalente a lo planteado por el profesor Dworkin, quien sostiene que “las reglas se aplican en un todo o nada, en tanto que los principios admiten diferentes procederes, pues no se limitan únicamente a una decisión específica” (DWORKIN: 2012, *passim*), empero en el razonamiento del mismo Alexy, esta concepción podría ser perfeccionada en el supuesto que “las reglas pueden advertir una singular particularidad que se puede traducir en una excepción para no ser utilizada en un caso en concreto, ello en virtud de la aplicación de un principio (...) al igual que tal invalidación no puede significar cuantificablemente una convicción a priori” (ALEXY: 2008, p. 72).

En efecto, resulta prolija la creencia que los principios facultan al intérprete a elaborar los aspectos normativos de un sistema jurídico que no dan la impresión de estar definidos claramente en las reglas expeditas. En la concepción del profesor

Dworkin, así como para parte de la doctrina, los principios indican preeminencia de los derechos personales por encima del interés general y por encima de las disyuntivas contempladas en las reglas fijadas en una democracia, en cambio para el profesor Alexy y muchos doctrinarios, los principios, a pesar de que coadyuvan al momento de especificar los componentes esenciales que van a servir como base para generar la posibilidad de superar los límites propios de las reglas, significan realmente inspiraciones de corte constitucional que van a proporcionar protección jurídica a intereses comunes traducidos en bienes jurídicos, buscando la filantropía social.

2.6. Los derechos fundamentales como enunciados teleológicos

Afirmar, desde un enfoque jurídico, que los derechos importan como concepciones deontológicas, es afirmar que los derechos deben ser reconocidos y respetados por que son manifestaciones de justicia, aun cuando dicho reconocimiento difiera con algunos valores (moralmente) predilectos reconocidos y asumidos (muchas veces implícitamente) en una sociedad democrática, al contrario de las normas que reflejan una predisposición teleológica colectiva que eventualmente podrían colisionar con los derechos, *máxime* si la “ética” que personifican pueden ser encauzada hacia determinados tópicos considerados como de “interés general” o “bienestar común” en un determinado momento temporal, lo que muchas veces da origen al populismo punitivo, sin embargo para seguir en la misma tónica en que Dworkin formula esta cuestión, “generalmente el régimen político que adopta un Estado está dirigido a satisfacer el bienestar general, en cambio la justicia (en un sentido deontológico) es un asunto de principios” (DWORKIN: 2013, p. 261).

Es así que cuando nos encontramos frente a derechos fundamentales, los derechos titulados como tales reflejan un beneficio jurídico para un individuo que a su vez supone un espacio significativo dentro de los fines colectivos, instituyéndose, así como un propósito y un bien simultáneamente, de esta manera la concepción de derechos fundamentales se torna oscura y confusa, oscilante entre el “bienestar común” y lo deontológicamente justo.

El profesor Habermas, desde una perspectiva puramente deontológica, desvincula al concepto de derecho de sus eventuales concepciones valorativas y teleológicas, con la finalidad de poder retraerlo de cara al contraste confrontacional de elegir, en una determinada situación, entre la dicotomía de costos y beneficios, y sostiene que “dado que los derechos pueden ser distorsionados entre bienes y valores, las normas se consideraran validas en virtud de un test de universalización” (HABERMAS: 2010, p. 308), es por ello que para él, “pretender convertir un derecho fundamental en una “valoración-ética” fundamental es lo mismo que pretender disfrazar teleológicamente a los derechos hasta el extremo de deformar totalmente los distintos roles que cumplen dentro de un entorno de argumentación de normas y valoraciones en el campo del análisis lógico” (HABERMAS: 2010, p. 315), por esta razón es que las normas deben ser concordantes entre sí, sin contraponerse entre ellas, en cambio a los valores, debido a que son manifestaciones de individualismos, no se les puede exigir en la misma medida por ser propensos a colisionar entre sí.

Bajo estas consideraciones creo que es evidente he incuestionable el contraste existente entre las características de singularidad que presentan los valores y el carácter general de las normas, así como entre lo deontológico y lo teleológico de los derechos, debido a lo cual los derechos fundamentales, según se concibe hoy

en día, están penando entre el umbral de definirse como una concepción deontológica *exo-sistémica*, lo que conllevaría a afirmar que son idealizaciones de la noción ecuánime de justicia y cuyas disposiciones tendrían que acatarse a raja tabla aun cuando la “percepción” o “valoración” de una sociedad democrática constitucional mute en el tiempo, y una concepción *intro-sistémica* que surge como consecuencia de una predilección moral, donde el bien objeto de protección por el derecho fundamental es entendido como un “valor” absoluto localizado en el pilar central que da soporte al sistema jurídico.

2.7. Derechos humanos y derechos fundamentales ¿un concepto homogéneo?

Basta mirar a nuestra Constitución, los pronunciamientos de nuestros órganos jurisdiccionales de todos los niveles, y la dogmática para ver que hoy en día se utilizan los términos derechos humanos y derechos fundamentales como conceptos equivalentes, como conceptos análogos, siendo la única diferencia que los derechos humanos se convierten en derechos fundamentales cuando se encuentran positivizados, así por ejemplo tenemos la posición del profesor Prieto Sanchís, quien manifiesta que “los términos derechos fundamentales, derechos humanos, derechos morales son intercambiables” (SANCHIS: 1981, p. 05), de igual manera el profesor HABERLE ha manifestado que “la relación existente entre el hombre y un estado constitucional son los derechos humanos fundamentales” (HABERLE: 2003, p. 175), en la misma línea el profesor Garrido Gómez ha sostenido que “a los derechos fundamentales hay que circunscribirlos como derechos humanos positivizados en el plano estatal” (GARRIDO: 2005, p. 19).

No obstante, es preferible evitar dicha homologación, sobre todo porque la noción de derechos humanos²¹, aun cuando “en los últimos años hayan adquirido mayor fuerza al edificarse sobre una estructura teórica más estable y consistente que la frágil construcción ofrecida por las definiciones ostensivas²² de años atrás” (LAPORTA; 1987, p.25) siguen siendo en esencia “posturas de todos los integrantes humanos de la sociedad a los que por razón de su humanidad se les va a reconocer ciertas consideraciones morales, las que van a constituir un bien tal que deben ser entendidos como razón suficiente para articular protecciones normativas a su favor” (PEREZ LUÑO: 1997, p. 78).

Es interesante en este punto traer a colación la tesis de la mutación histórica de los derechos fundamentales (entendida por muchos juristas como un moderno paradigma de las definiciones ostensivas) del profesor Peces – Barba, en el que este autor llega a la conclusión que “no se debe trivializar a los derechos humanos invocándolos sin ton ni son o intentando hacer extensivo sus efectos hacia sus “generaciones” caprichosa e injustificadamente, puesto que estos solo pueden ser predicados bajo los cánones de las concepciones sociales del momento de su creación” (PECES BARBA: 2000, p. 108-110).

Es este sentido de homeostasis que dota de contenido ideológico a los derechos humanos y permite diferenciar entre tres generaciones, la primera generación (derechos civiles y políticos) como es evidente, nació con una impronta muy

²¹Definidos en la Declaración Universal de Derechos Humanos como todo derecho derivado de la dignidad intrínseca y de los derechos iguales e inalienables de todos los miembros de la familia humana en un marco de libertad, justicia y paz.

²²La característica principal de esta clase de definiciones es que se construyen y operan en base a realidades tangibles y no sobre reflexiones teóricas, no obstante, dicha forma de lucubrar un concepto restringe el alcance del mismo, pues no permite su extensión más allá de lo que la realidad social en que ha sido concebido circunscribe, condicionando así su aplicación en el tiempo.

marcada de individualismo, sin embargo, pronto sufrieron un progresivo proceso de desgaste a raíz de los cambios fenomenológicos del siglo XIX²³ que reflejaron la necesidad de integrar nuevos derechos individuales al catálogo de derechos civiles y políticos, surgiendo así los derechos de segunda generación (derechos económicos, culturales y sociales) que consiguieron su máximo auge con la llegada del Estado Social de derechos

La principal diferencia entre ambas generaciones es que los derechos de primera generación desde su concepción han sido entendidos como medios de protección a las libertades del ser humano frente a la desmedida potestad punitiva estatal, en cambio los derechos de segunda generación son en esencia derechos de participación que demandan una aplicación activa de políticas por parte del Estado que garanticen el ejercicio libre de los derechos individuales de los integrantes de la sociedad, empero los derechos que generan mayor controversia son los derechos de tercera generación que se muestran como una solución frente a lo que el profesor Pérez Luño denomina “contaminación de libertades” (PÉREZ LUÑO: 1997, *passim*) generados a raíz de la revolución tecnológica.

Sin embargo, la propia forma de entender a los derechos humanos como instancias con carácter inmutable, rotundo, inalienable, universal e imprescriptible supone de por sí un riesgo, el mismo riesgo que presenta toda teoría absolutista, que terminan siendo ideales, pues “si se acepta su concepción en sentido amplio, la primera conclusión que salta a la vista es que tanto la Declaración Universal de las Naciones Unidas como la Convención Europea de Derechos Humanos no expresan realmente

²³No solo me refiero a las batallas contra las jerarquías sociales, sino también al fenómeno demográfico, el descenso de la mortalidad, el surgimiento de nuevas clases sociales, las nuevas formulaciones que surgieron como el marxismo y anarquismo, etc...

una noción de derechos fundamentales o derechos humanos (...) incluso en la Constituciones modernas regentes a lo largo del mundo existen cláusulas que limitan a los derechos fundamentales, hasta los suspenden en determinados momentos (como en el caso del estado de excepción)” (Cf. PEREZ LUÑO: 1997, p. 172), sin embargo, qué duda cabe que la conceptualización de los mismos es un requisito primordial en todo sistema jurídico, tanto es así que la fortaleza que presentan estos derechos provienen de su visión filosófica y evidentemente suponen un carácter metafísico, epistemológico, deontológico y de representación de justicia.

Si bien su contemplación implica que puedan desempeñar el papel de máximas categóricas de valuación constante, tal como muchos dogmáticos han señalado (entre ellos Rawls)“desde que los derechos humanos fueron concebidos tienen impresos una connotación progresista he individualista y su dialecto neutral incluso ha valido como argumento para perennizar formas de sometimiento y control”(Cf. RAWLS: 1999, p. 84-90)(traducción libre), así mismo “la delicada naturaleza que estos presentan, constituyen una suerte de libertad negativa, dirigida hacia lo que se considera justo y no hacia lo que se considera humano (...) resulta así inconcebible sostener una concepción integral de derechos humanos cuando se priva al propio ser humano de las condiciones mínimas para su desarrollo en sociedad” (IGNATIEFF: 2001, p. 57)(traducción libre).

Es así que “si los derechos humanos son inalienables, imprescriptibles, universales he indivisibles no es por razones de abstracción cultural, si no en cuanto a expresiones que asignan autoridad moral (...) no tendrían que ser entendidos como armas éticas, si no que debería estar revestidos de decisiones políticas, pues en esencia son formas de hacer políticas universales” (Cf. LOBBA: 2017, p. 72 y ss.)

(traducción libre); es por ello que “la expresión “derechos humanos” es la única expresión en el argot jurídico que revalida la reivindicación de los individuos que sufren del despotismo político en las sociedades patriarcales, y es la única expresión que autoriza a estos individuos, desvalidos de protección jurídica, a contemplarse como agentes receptores de derechos he intervenir contra manifestaciones de políticas excluyentes” (IGNATIEFF: 2001, p. 102) (traducción libre).

Empero, de estos conceptos emergen cuestionamientos en cuanto a la disparidad que presentan los términos usados por la dogmática, pues por una parte se pretende nutrir a la noción de derechos humanos de un sentido teleológico, político, con tendencias (que van aumentando cada vez más) hacia construir una definición dotada de un contenido concreto y delimitado y, por otra parte, se pretende impregnarle de un sentido esencialmente neutral, ético y que busca el reconocimiento universal, este conflicto se puede apreciar claramente en el texto del profesor Danilo Zolo cuando sostiene que “las proposiciones de determinados autores como Ignatieff sobre los derechos humanos resultan espurias si se pone en relieve la cualidad moral y filosófica que exhibe todo derecho humano, cualidades que van más allá de cuando exteriorizan libertades negativas, pues la libertad entendida como garantía, es más que una abstracción de estereotipos culturales individualizados y que muchas veces son incompatibles con intereses generales” (Cf. ZOLO: 2005, p. 96 y ss.).

Estas características, indudablemente, son atribuibles a todo derecho y no se puede prescindir de ellas, pero si se les pretende converger en un solo concepto, dicho concepto está condenado al fracaso, pues se tornar en inaplicable por la incompatibilidad irreconciliable que presentan los mismos, quedando solo en un

plano abstracto, es por ello que si lo que se quiere es tener una teoría de derechos que sea coherente, eficaz y de aplicación real se tienen que reconocer dos arquetipos de derechos autónomos entre sí: los derechos fundamentales y los derechos humanos, ambas concepciones no pueden ser utilizadas como concepciones análogas y fungibles, que ¿en algún momento pueden llegar a coincidir?, evidentemente sí, pero eso no implica que tengan que ser usada una en remplazo de la otra como si se tratasen de la misma pieza intercambiable en el rompecabezas que representa el derecho.

En tanto que los derechos humanos sean un concepto filosófico y abstracto, los derechos fundamentales tienen que asumir un papel totalmente opuesto, pues ineludiblemente cualquier teoría que se plantee sobre derechos humanos siempre va a finalizar con una aspiración moral, con lo que entendemos le pertenece al hombre por el hecho de ser hombre, no obstante, cualquier teoría que se plantee sobre derechos fundamentales tendría que apuntar a todo lo que (jurídicamente) esté en condiciones de aportar a la subsistencia de un sistema social, constitucional y democrático de derechos. Así como los derechos humanos presentan una exigibilidad que precisa de abstracción, los derechos fundamentales precisan (o deberían precisar) de especificación y precisión, la naturaleza propia de los derechos humanos permite realizar selecciones ontológicas que van a estar condicionadas por una gama de argumentos justificados en convicciones personales²⁴.

²⁴Esto claramente se puede observar en diciembre de 1948 cuando la sociedad internacional, decidida a no permitir que se vuelva a repetir atrocidades como las desencadenadas por Hitler, dio a luz a la Declaración Universal de Derechos Humanos, la Comisión estuvo integrada por miembros de 18 países provenientes de diferentes culturas, credos y religiones, y es de conocimiento general el reconocimiento que se le hace a Eleanor Roosevelt, quien presidía el comité de redacción, por sus esfuerzos para hacer posible un acuerdo entre los miembros con diferencias tan marcadas en ideología y política, “esa representación tenue del

Es por ello que quienes hacen énfasis en que toda protección jurídica del ser humano se deriva de la protección de su dignidad misma, es porque conciben a los derechos humanos como un triunfo, sin embargo, surge la pregunta ¿Si los derechos humanos, por naturaleza definen al hombre, persiguen (bajo el paradigma de la justicia e igualdad) todo aquello que le corresponde al hombre por el hecho de ser hombre, porque en última instancia tendrían que renunciar a proteger su primacía? Y es que claro, aun cuando son inalienables, cabe la posibilidad que se los dote (aunque sea ínfimamente) de alguna sustancia de índole político, es por ello que Habermas insiste con vehemencia (desde una perspectiva ética-individualista) “en el perfeccionamiento de los derechos humanos como tendencia universal a través de la democracia” (Cf. HABERMAS: 1997, *passim*).

Lo que pone en evidencia una vez más la disparidad de los términos usados para definir a los derechos humanos, pues si (siguiendo al profesor Habermas) no se los supone como triunfos dentro del campo de lo jurídico, se los tendría que entender estructuralmente (en su esencia) en términos políticos, por el contrario (siguiendo al profesor Ignatieff) si se resalta su esencia neutral, en última instancia, necesariamente, se tendrá que abandonar la idea de recurrir a su importe como propósito de triunfalismo a fin de obtener una concepción de práctica aplicación intersubjetiva y por ende política.

En cambio, los derechos fundamentales no son (o no deberían ser) una concepción minimizada a la sumisión de la dignidad humana, sino van más allá, donde el actor principal es todo sujeto de derechos, una sociedad no está compuesta únicamente

acuerdo al que llegaron los representantes de estos países es una muestra clara de la abstracción que presentan los derechos humanos por carecer de significación consensual” (GLENDON: 1999, p. 04)

por seres humanos que cohabitan entre ellos mismos, sino que es un cúmulo de interrelaciones entre sujetos de derechos, tal como afirma Niklas Luhmann “estamos rodeados de sistemas sociales autopoieticos, convivimos a diario con sistemas sociales autopoieticos, nos desarrollamos y limitamos nuestra actividad en virtud de sistemas sociales autopoieticos” (Cf. LUHMANN: 1998, p. 72 y ss.), “el ser humano es un sistema psíquico autopoietico de orden superior de primer grado (...) el derecho es un sistema comunicativo autopoietico de orden superior en segundo grado (...) la persona jurídica es un sistema organizativo autopoietico superior en segundo grado” (Cf. TEUBNER: 2016, *passim*).

2.8 Los derechos fundamentales como criterios objetivos de juridicidad

En la doctrina comparada (pues se debe admitir que en nuestra doctrina no se ha generado mayor discusión en el tema aquí planteado, simplemente se ha asumido lo ya escrito en el derecho comparado tradicional) se lleva acabo, cada vez con mayor vehemencia, numerosos esfuerzos por intentar estructurar los criterios interpretativos de los tribunales encargados de impartir justicia, en razón del paradigma de los derechos fundamentales, a fin de impedir que se adopten medidas que se puedan interpretar como una suerte de, siguiendo las palabras de Alexy, “compilación de *topoi* demasiado imprecisos he indeterminados que pueden ser empleados según conveniencias personales” (ALEXY: 2008, p.38) y que de alguna manera es a lo que nos lleva las teorías tradicionales (con vigencia aún hoy en día).

Pues están diseñadas con un arquetipo de difícil entendimiento, que nos obliga a realizar un esfuerzo interpretativo “que desemboca la mayoría de las veces en un círculo vicioso, donde primero se capta una parte de lo que protege la norma con el fin de elaborar una teoría, para finalmente imputar su capacidad de rendimiento con

la norma, y así corroborar las conclusiones ya halladas” (STERN: 1995, p. 239) (traducción libre).

Es por ello que, lo que aquí se pretende es superar esos *topoi* sin asumir una teoría de derechos fundamentales ya acogida, ofreciendo una reinterpretación de lo que se debería entender por estos a partir de la aceptación de un criterio específico que abarque a todo sujeto de derechos y deje de tener como protagonista principal al ser humano, en este sentido mi convicción es que a fin de tener una teoría jurídica apropiada y coherente de derechos fundamentales que permita dotar de legitimidad al derecho penal, es necesario abandonar la idea de que estos están vinculados a la noción de derechos humanos, pues lo que va a establecer la “fundamentalidad” de un determinado derecho subjetivo no va a ser su carácter de universalidad, imprescriptibilidad, irrenunciabilidad o indivisibilidad, si no va a estar determinado por la función que este cumple dentro de un ordenamiento jurídico.

Para que un derecho subjetivo sea considerado como derecho fundamental dentro de un ordenamiento jurídico, es indispensable que se les empiece a entender como criterios objetivos de juridicidad, es decir como criterios genéricos sistemáticos de validación jurídica que no solo van a operar para legisladores y operadores de justicia, sino que se circunscriben a toda dinámica de sujeción normativa. La fortaleza jurídica que estos derechos presenten (una vez sean positivizados) obedecerá a razón del cúmulo de tensiones que surjan de la dinámica diaria entre los entes encargados de la administración pública y los sujetos de derechos que conforman la sociedad; así mismo, la exigibilidad de determinados comportamientos como signo de identificación que debe reflejar toda norma que contiene un derecho fundamental y que se traducen en reglas de juridicidad no tendrían por qué estar

subordinados a las decisiones de los gobernantes políticos de turno, ni tampoco a la idea de que tiene que estar garantizado por una Constitución o instrumento supranacional, el rol que tendrían que poder cumplir es el de meta normas de validación, es así que en el momento en que determinados derechos subjetivos adquieren significación a tal punto que se convierten en reglas de necesario reconocimiento para asegurar el correcto desarrollo en sociedad de los sujetos de derechos que la integran, en ese momento es que esos derechos se transforman en derechos fundamentales.

Si algo ha sido una constante en las Constituciones modernas es que a los derechos se les ha dotado de cierta independencia en cuanto a las leyes, independencia que dimana del carácter preventivo constitucional que los revisten, y de que determinados derechos (me refiero específicamente a los derechos de primera generación) no existen por obra de la voluntad general, si no que existen por obra de los integrantes del congreso constituyente que alumbro dicha Constitución, es así que la valía de los derechos se afianza con la independencia que presentan frente a la ley, pero esta victoria del constitucionalismo contemporáneo es aún insuficiente, principalmente por la encrucijada que emerge si acudimos al paradigma de los intereses colectivos, pues esta fórmula no plantea el modo en que se puede superar la delimitación entre estos y los derechos, y más aún, tampoco resuelve la posibilidad de tutelar derechos entendiéndolos como intereses colectivos.

Estoy convencido que cualquier concepción que se asuma en cuanto a la “fundamentalidad” de derechos subjetivos, cuando menos debe acoger (además de ser compatible) la noción de intereses colectivos, pues estos son imprescindibles para el desarrollo de la dimensión social de todo sujeto de derechos, sería inaudito

asumir una posición contraria, es por ello por lo que hago énfasis en la necesidad de concebir a los derechos fundamentales como criterios objetivos de juridicidad.

Ciertamente, la idea de que los derechos puedan ser tutelados bajo la concepción de los intereses colectivos a parte de la doctrina le resultaría inadmisibles, especialmente a los seguidores de la doctrina del profesor Dworkin, quien sostenía que “medularmente los derechos son cogniciones suficientes en oposición a la ambición y codicia estatal” (DWORKIN: 1977. P. 42) (traducción libre), y es cierto también que tal interpretación beneficia a los derechos en el escenario de los sistemas jurídicos paternalistas que precisan de un contrapeso con el reconocimiento de derechos a fin de tener un sistema equilibrado, no obstante, considero que si los derechos (y sobre todo los derechos fundamentales) poseen (como sostiene unánimemente la doctrina y jurisprudencia) eficacia y validez inherente a ellos mismos (y no solo en un sentido instrumental), por lo tanto, importan para todos y nos motivan en positivo, transformándose en instrumentos de análisis y en un test de monitoreo y supervisión constante sobre la actividad estatal.

Doctrinarios como la profesora Amartya Kumar Sen manifiestan que “no existe ningún impedimento lógico que evite armonizar y concordar la noción de derechos con la noción de intereses colectivos, como en el caso del derecho a la igualdad, que es un fin al que se aspira en sociedad, y que converge con noción ética de revestir de derechos a los que se encuentran en una situación de vulnerabilidad frente a terceros, con la finalidad de que obtengan un mejor trato en sociedad” (Cf. SEN: 2010, p. 342 y ss.), la “conveniencia de entender a los derechos como fines radica en el impedimento de entenderlos como meros límites a la actividad colectiva, al contrario, permite definirlos como metas universales para los sujetos de derechos

en sociedad (...) es así que los derechos que sean considerados como fundamentales importan un valor intrínseco que los hace presentarse como fines” (Cf. SEN: 2004, p. 326) (traducción libre).

De esta manera habiendo establecido que los derechos fundamentales deben ser entendidos en virtud a la función que desempeñan como criterios objetivos de juridicidad, es menester señalar que esta noción ofrece una mayor capacidad de rendimiento jurídico y sobre todo de compatibilidad con una teoría del derecho basada en el respeto de derechos subjetivos de imprescindible reconocimiento en todo proceso (sobre todo el proceso penal) al que es sometido un sujeto de derechos, en cambio la noción de “derechos humanos” expresa un significado jurídico longevo que se dificulta en su utilización. Cuando nos encontramos, como con frecuencia sucede, frente a derechos del ser humano, evidentemente ambos enunciados pueden llegar a coincidir, por lo que los derechos humanos en su mayoría de veces van a concordar con los derechos fundamentales, pero eso no significa que los derechos fundamentales tengan siempre que coincidir con la concepción de derechos humanos, sostener lo contrario implicaría aceptar que el uso de la expresión “fundamental” tenga que perder su singularidad y que no aporte nada al concepto comúnmente atribuido a los intangibles derechos humanos.

Los cuales, usualmente se han manifestado en las constituciones de los diversos ordenamientos jurídicos como custodios de juicios de valor cuando se hace alusión a derechos subjetivos universales, lo que hace, si se pretende ser coherente bajo la tónica de este discurso, que no sea posible hablar de derechos humanos intrínsecos a un ordenamiento jurídico en específico, sino únicamente de derechos del ser humano en virtud a una tensión deontológica-axiológica que va a prevalecer sobre

toda restricción normativa contingente. Lo que no sucede para los derechos fundamentales, pues bajo la concepción que aquí se propone, es perfectamente posible sostener que los derechos fundamentales, como juicios valorativos, están referidos a aquellos derechos puntualizados específicamente y validados jurídicamente bajo el derecho objetivo de cada ordenamiento jurídico.

Indudablemente, el derecho es perceptible de detracciones y valoración en términos ético-políticos, es por ello que la concepción que aquí se propone responde a entender a los derechos fundamentales como un dogma unitario donde el título de “fundamentalidad” este circunscrito, en función relacional, a los derechos subjetivos que sean entendidos como criterios objetivos de juridicidad dentro del seno de un ámbito específico.

Por lo tanto, si algo ha de ser considerado como fundamental va a obedecer a criterios eminentemente jurídicos, no a criterios filosóficos que articulamos en relación a lo que consideramos le pertenecen intrínsecamente al hombre y que, erróneamente, hoy en día se hacen extensivos, conceptualmente hablando, hacia entes colectivos que han sido creados por estos con el propósito de alcanzar fines que individualmente no podrían hacerlo, aun cuando estos entes jurídicamente estén dotados de existencia autónoma a la de los individuos que los componen.

CAPÍTULO III: EL DERECHO PENAL Y LEGITIMIDAD: UNA INTERPRETACIÓN JUSTIFICADA EN LOS DERECHOS FUNDAMENTALES

Habiéndose tomado postura sobre una reinterpretación de los derechos fundamentales, corresponde a este capítulo enfocar dicha perspectiva desde el derecho penal, para ello es necesario primero poner en relieve que desde la perspectiva del derecho, que un sistema jurídico tenga contemplados un cúmulo de mecanismos cuya función sea proteger aquellos derechos esenciales que se le reconoce (constitucionalmente) a todo sujeto de derechos en el marco de un Estado Constitucional, Social y Democrático de Derechos denota que este sistema funciona bien.

No obstante, en nuestro país, y en Latinoamérica en general, sucede algo muy particular, con frecuencia se suele confundir el adecuado funcionamiento de un determinado ordenamiento jurídico con la eficacia que este presenta frente a brindar soluciones a los problemas en los que tiene que intervenir el derecho. Si bien es cierto, para aseverar que un sistema jurídico es eficaz implica que se lo tenga que dotar de normas que determinan de comportamientos para todo sujeto en sociedad, y que dichas normas a su vez deben tener en su esencia noción de justiciabilidad, también lo es que a dichas normas no se las puede interpretar restrictivamente.

Pues, la funcionalidad de un sistema no obedece únicamente a consideraciones de índole “jurídico”, sino que dependen también del grado de eficacia que éste presenta en la praxis y de las circunstancias de la dinámica propia que ofrece la sociedad como sistema social para hacer viables o no la aplicación de estas normas positivizadas dentro de un ordenamiento jurídico.

Y ello en razón a que ninguna rama del derecho funciona aisladamente, y sobre todo si hablamos del derecho penal, por ser la máxima expresión del poder punitivo estatal, no puede ser interpretado ni ejecutado autónomamente, un sistema jurídico-penal no es un sistema comunicativo autorreferencial de segundo grado como sostenía Luhmann, por el contrario, es un sistema comunicativo heteroreferencial, toda vez que, con el fin de comprender la problemática que se le confía solucionar, en su real magnitud, precisa de las otras ramas de la ciencia necesariamente, y ello hará que la respuesta que se brinde ante dicha problemática, sea una respuesta dotada de científicidad.

Hacer alusión a “una exigencia de legitimación al momento de la intervención penal, es elevar la valoración jurídica-penal a un nivel en el que la delimitación de la relevancia penal de una conducta se conecta estrechamente con la delimitación de las esferas de libertades personales, que no es una operación exclusiva de lo penal, si no, y ante todo, también de lo constitucional, por tratarse de una intromisión estatal sobre un derecho fundamental” (JESTAEDT, citado por CARO JOHN Y HUAMÁN CASTELLARES: 2014, p. 27), por lo tanto como primer referente de este capítulo quiero dejar establecido que acudir al paradigma constitucional hace que se tenga un mejor entendimiento sobre si la intervención penal resulta legítima o no; sin embargo, ello no siempre es así, más aún cuando se está frente a otra clases de sujetos de derechos que son sometidos a un proceso penal, y que de por si el propio Tribunal Constitucional restringe su capacidad al momento de determinar si son pasibles o no de reconocérseles determinados derechos fundamentales, conforme se ha señalado ya en páginas anteriores del presente trabajo de investigación

3.1 La ilegítima funcionalidad del derecho penal

Conforme se ha explicado al inicio de la presente tesis, las premisas funcionalistas no están en capacidad de hacer frente a la criminalidad que va evolucionando día a día y que no tiene ya como actor principal al ser humano, sino que se valen de otros sujetos de derecho para cometer hechos punibles, pues les resulta más rentable incluso de mayor alcance para su plan criminal. Un claro ejemplo de ello es el caso de la empresa Odebrecht. Por ello, es de concordar (parcialmente) con la profesora Laura Zuñiga cuando manifiesta que una posible solución fructífera parte desde la perspectiva de los derechos fundamentales “Pues cuando la ciencia penal está orientada a valores, se requieren unos valores universales que posean el mayor consenso posible y oponible a los poderes que intentan socavar los cimientos de nuestra civilización. Sin duda, el imperio de la ley y los derechos humanos constituyen la base de la democracia y del humanismo occidental, como uno de los mejores modelos sociales que concentra las luchas emancipadoras para ganar libertades frente a los poderes arbitrarios. En una sociedad que ha relativizado los valores, es preciso admitir algunas certezas, como no puede ser más que asistir a la reafirmación de unos valores-límite irrenunciables como los derechos humanos, oponibles tanto a los gobernantes, así como a los propios Estados” (ZUÑIGA: 2018, pg. 65-66); sin embargo se debe precisar que desde la perspectiva aquí defendida, no se trata de reafirmar a los derechos humanos como valores-límite oponibles al Estado, sino de contar con criterios objetivos de validación que hagan legítima la intervención del poder punitivo estatal cuando un imputable lesiona o pone en peligro los bienes jurídicamente protegidos de mayor valía de nuestro ordenamiento jurídico. Así las cosas, cabe preguntarse ¿Y cómo se enfoca la prevención dentro

de lo hasta aquí expuesto?, pues tal como señala el profesor Lorenzo Morillas Cueva “la función preventiva es el *modus operandi* que el derecho penal tiene para cumplir la misión de protección” (MORILLAS, citado por ALEJOS: 2016, pg. 01), de ello se ocupa este estudio a continuación.

3.2. La función preventiva de un derecho penal integrador

Como se ha expuesto en el primer capítulo existe una tendencia en los últimos años hacia el retribucionismo, antes de tomar postura sobre ello, considero necesario hacer referencia a las propuestas brindadas por cuatro autores en concreto, el profesor Santiago Nino manifiesta que “concebir a la pena bajo una óptica puramente preventiva, otorgaría motivos suficientes para su imposición, a fin de salvaguardar los intereses sociales de aquellos males superiores a los que penar compromete, empero ello precisa de una escases de un principio distributivo que acredite la imposición de pena a determinados sujetos, y si asumimos la postura contraria, es decir una postura retribucionista, caeríamos en deficiencias a la inversa, pues no encontraríamos razones suficientes para imponer penas generales” (NINO: 2007, p. 454-455), en consecuencia éste jurista propone una posición eclética donde la protección del bienestar social va a estar justificado en la medida que se impongan penas bajo juicios distributivos, cuyo origen estén en la dignidad humana, encontrando el respaldo para afirmar ello en el consentimiento, afirmando que “la persona que voluntariamente perpetra un delito, es porque se encuentra consiente sobre las consecuencias que acarrearán dicho comportamiento” (NINO: 2007, p. 296).

En una línea similar el profesor Paul Robinson establece que “puede justificarse la institución de la pena, y se podrá justificar una u otra distribución de la misma en razón de que se incorporen distribuciones de responsabilidad, de forma tal que la sociedad la perciba como justa, pudiéndose de esta manera plantear o utilizar cualquiera de las justificaciones o fines de la pena como principio distributivo. Esto es: las reglas de responsabilidad y de distribución de la pena se podrían establecer de forma que por ejemplo se maximizara la disuasión eficiente, la rehabilitación, o la realización de la justicia” (Cf. ROBINSON: 2008, p. 31-36), planteando así que “el merecimiento de pena es una concepción puramente empírica y no deontológica, las premisas preventivas y retribucionistas no tienen por qué ser necesariamente antagónicas” (Cf. ROBINSON: 2008, p. 54-60).

Por su parte el profesor Mir Puig sostiene que “La pena, de por sí es una figura de aplicación limitada en cuanto a su efecto preventivo, pues va a estar supeditada a garantías que son inalienables dentro de un Estado de Derechos” (MIR PUIG: 2010, p. 128), tomando este planteamiento fundamental, se puede llegar a una primera conclusión: cual quiera sea el sistema que se asuma para obtener una respuesta de porque penar, y cualquier razonamiento que se haga sobre dichas razones siempre va a estar limitado en razón de los principios constitucionales de un Estado de Derechos, de igual manera la profesora Ingeborg Puppe ha manifestado, en similares líneas a las ya expuestas, que “a fin de encontrar una justificación válida a la imposición de una pena, ésta debe ser justa y eficaz, pues que exista justicia sin eficacia es tan inoficioso como que penar sea eficaz, pero sin justicia, lo cual, evidentemente, contraviene la dignidad que posee toda persona” (Cf. PUPPE: 2014, p. 118-119).

Estando a las posiciones doctrinales expuestas, considero que, a fin de dar una respuesta satisfactoria, en la mayor medida posible, a las interrogantes de ¿Se debe buscar penar a todo sujeto de derechos que pone en peligro o lesiona un bien jurídico penalmente protegido? y ¿Cuándo dicha punición es legítima o deviene en ilegítima? (No solo pensando en el ser humano como receptor de la sanción penal, sino también en la persona jurídica).

Considero que se debe ir más allá de lo planteado por los juristas antes mencionados, abordando el problema desde dos perspectivas analíticas, primero desde una perspectiva de la necesidad de justificar deontológicamente la pena y segundo desde una perspectiva sobre los efectos producidos por estas, la idea no es proponer una posición eclética, sino la idea es justificar legítimamente la intervención del derecho penal como expresión del poder punitivo estatal ante todo sujeto de derechos que cohabita en sociedad.

Desde la primera perspectiva planteada, la pena tiene la necesidad de justificarse deontológicamente, es decir se va a tener que justificar, necesariamente, frente a quien sea pasible de su imposición (refiriéndome a todo sujeto de derechos), respetando sus cualidades y rasgos propios por naturaleza, ello implica renunciar a la ortodoxia más intensa y de mayor aceptación, esto es: que únicamente las cualidades y rasgos propios del ser humano, de los cuales se derivan su dignidad, cuentan al momento de valorar jurídicamente la imposición de una determinada sanción; para dar paso a una valoración jurídica de imposición de penas en base a los criterios objetivos de juridicidad establecidos dentro de un sistema jurídico.

En consecuencia, el límite a toda sanción impuesta dentro de un proceso penal, siempre será (o debería de ser) la culpabilidad del sujeto al que se le imputa la comisión de un delito, si bien es cierto ontológicamente se ha cuestionado que otros sujetos de derechos diferentes al ser humano, como las personas jurídicas, no tienen capacidad de acción y culpabilidad, también lo es que, dado el estado actual de dicha discusión en la dogmática comparada, ésta se ha visto superada, he incluso se han propuesto nuevos modelos de atribución de responsabilidad penal, donde encajan las personas jurídicas.

La necesidad de analizar esta problemática desde más de una perspectiva ha sido exhibida ya por el profesor Joachim Hruschka, quien manifestaba, en términos de la segunda perspectiva a la que hice referencia líneas arriba, que “independientemente de la posición teórica que se asuma sobre la pena, lo cierto es que hay cuatro elementos insustituibles que limitan su probable imposición: no se puede penar si no se han cometido hechos antecedentes por los cuales se merezca ser penado, no se puede penar si no hay ley vigente al momento de cometido el hecho ilícito, no se puede penar si no existe un hecho antijurídico y no se puede penar si no existe certeza de la culpabilidad del sujeto” (Cf. HRUSCHKA: 2009, p. 339).

Argumento que ofrece una barrera de contención para la teoría de la pena, pues este jurista señala que “en virtud de los elementos que se han ofrecido anteriormente, se podría aseverar que si se opta por una noción retribucionista, cabría imponer una pena bajo cualquier sustento causalista de un resultado lesivo, por el contrario si se asume una noción de prevención general, nada evitaría que la pena que merece ser impuesta al sujeto que cometió el hecho punible, recaiga sobre algún miembro de su familia, y si una noción de prevención especial se tendría que

excluir las conductas ilícitas que haya materializado el sujeto activo anterior al hecho por el que se le está juzgado,” (Cf. HRUSCHKA: 2009, p. 339-341).

Entonces, desde la perspectiva del efecto que produce penar a todo sujeto de derechos, considero, al igual que el profesor Sánchez Málaga “que la mejor opción a tomar es la de una interpretación restrictiva de la concepción de la prevención general positiva, puesto que no se ve influenciada desfavorablemente por los parámetros limitativos propios de la necesidad de justificar deontológicamente la imposición de penas, por el contrario, podría resultar positivo y beneficioso” (SÁNCHEZ MÁLAGA: 2107, p. 96 y ss.), además que podría significar un impulso para el ejercicio del poder punitivo estatal.

Para exponer mejor ello, el profesor Sánchez parte de lo argumentado por el profesor Claus Roxin, quien manifiesta que “la pena tiene como fines concretos: la pacificidad social, confiar en el derecho y el aprendizaje” (ROXIN: 2014, p. 91), en consecuencia, la justificación de la pena residiría, porque genera confianza en la sociedad, en que el sistema jurídico no solo funciona, si no que funciona bien, y ello a su vez traería como resultado pacificidad social, es menester señalar que cuando se hace referencia a la “confianza” no se hace referencia a la seguridad o confianza subjetiva, sino todo lo contrario, se hace referencia al elemento objetivo, es decir que todo sujeto de derechos que coexiste en una sociedad tendría que ver plasmado en el sistema jurídico los principios de un estado de derechos y que éstos no se van a ver mermados en el momento en que el Estado (a través de sus representantes) ejerza su facultad punitiva; como manifiesta el profesor Rafael Alcacer “partir desde la prevención general positiva implica partir de la premisa que únicamente la pena

sujeta a la culpabilidad puede ser admitida por la sociedad, y llevar a cabo su fin de generar confianza social” (ALCACER: 2002, p. 148).

De lo expuesto hasta el momento, se podría entender que el razonamiento utilizado va por el mismo camino que el razonamiento que utiliza el profesor Gunter Jakobs, quien concluye que un modelo de prevención general positiva genera fidelidad al derecho penal y por ende se debe sancionar a quien quebrante dicha fidelidad a fin de restituir el estado de la norma; sobre ello me adhiero a lo manifestado por el profesor José Peralta, citado por el profesor Sánchez Málaga, quien manifiesta que “al imponer una sanción, aunque no sea el impacto que se busque, igualmente se va a generar un resultado aleccionador, y por ende de aprendizaje, indirectamente; empero aun cuando éste resultado sea ineludible, no puede ser empleado jamás como justificante para la imposición de una pena” (Cf. SÁNCHEZ MÁLAGA: 2017, p. 99 y ss).

Concordando con la postura de dicho profesor, en cuanto a que la prevención general positiva debería ser enfocada desde una reflexión integradora, toda vez que el modelo preventivo educacional al que ha hecho referencia el profesor Peralta, propone que el Estado, por medio de la pena, va a buscar que los integrantes de una sociedad aprendan determinadas cosas, en consecuencia “la pena, en cuanto a todo individuo, puede promover una casualidad con el valor implícito en la norma o puede infundir el valor autónomo de la norma, toda vez que al ser un sistema normativo un sistema comunicativo, ésta contiene un valor autosuficiente y liberado de los sujetos que la crearon y para los sujetos que la crearon (...) lo que se pretende a través de ello es instruir a cada individuo que compone la sociedad, en lo que ya implícitamente a consentido la obediencia al sistema normativo” (Cf. PERALTA:

2008, p. 15-26) extrapolando dicho concepto no solo al individuo, sino a todo sujeto de derechos.

Para afirmar ello el profesor Peralta se sustenta en dos presupuestos, la primera es que “la pena como comunicación del valor que tiene la norma, va a encontrar su razón de ser en la intervención de cada integrante de la sociedad en la producción de dicha norma” (cf. PERALTA: 2008, p. 12-22), no obstante, ello resulta siendo una falacia, pues tal como ha manifestado el profesor Jürgen Habermas “una gran mayoría de los sectores poblacionales no intervienen durante el proceso comunicativo de producción de normas” (cf. HABERMAS: 2018, p. 324-326), en consecuencia, sería una postura errada que el Estado procurara exigir un proceso de educación normativa a individuos que no han tenido la ocasión de intervenir en su producción, y el segundo presupuesto en que basa su afirmación es que existe un nexo intrínseco entre la norma (con la pena como consecuencia) y los individuos que integran la sociedad, lo cual evidentemente en la realidad tampoco se da.

Es por ello que, partiendo del modelo de Estado Constitucional, Social y Democrático de derechos que asume nuestra Constitución, considero que el objetivo de la sanción penal debería ser comprendido bajo la óptica de una prevención general positiva integradora, a fin de que éste modelo prevención tenga como marco limitador los estándares de legitimidad de la actividad punitiva estatal en el sentido en que se han expuesto a lo largo de la presente investigación, sin que ello signifique, bajo ningún caso, que la razón de imponer sanciones penales sea por el quebrantamiento a la vigencia de la norma, pues el derecho penal debe estar funcionalizado hacia la protección de bienes jurídicos sin quebrantar los derechos fundamentales, tal como lo explicare seguidamente; ello justificaría que la

imposición de una pena (desde la perspectiva del efecto ocasionado) sea solamente el sostener un estándar objetivo de confianza de los sujetos que integran la sociedad en que el sistema penal funciona y funciona adecuadamente.

3.3. Un derecho penal legítimamente funcionalizado hacia la responsabilidad penal de personas jurídicas

Es evidente que el sistema penal, no solamente peruano, si no el sistema penal hispanoamericano en general, ha sido estructurado para el ser humano como actor principal y único receptor de reproche penal, y en función del cual gira la mayoría de las construcciones dogmáticas y jurisprudencia, ello me lleva a afirmar que el derecho penal se encuentra funcionalización (desde el enfoque del sujeto) hacia el ser humano.

Sin embargo, hace algunos años ha quedado demostrado que otros sujetos de derechos, y me refiero específicamente a las personas jurídicas, pueden lesionar con la misma magnitud que el individuo, he incluso mayor, a bienes jurídicos que se encuentran protegidos, un claro ejemplo de ello es el estremecimiento que ha generado el actuar de la empresa brasilera Odebrecht en todo Latinoamérica, que no solo ha sacudido a la clase política, sino que ha traído a discusión instituciones que por mucho tiempo se han encontrado operando sin un mayor cuestionamiento férreo, tal es el caso de la prisión preventiva, o la imputación penal a personas jurídicas, para los fines de la presente tesis me referiré concretamente a este último.

En la jurisprudencia comparada se han establecido, dos modelos de imputación penal para personas jurídicas: el modelo de heterorresponsabilidad, en virtud del

cual la reprochabilidad penal que se le haga a la persona jurídica, no va a ser una reprochabilidad autónoma, pues será trasladada automáticamente a este sujeto de derechos en tanto se determine la culpabilidad de los individuos que cometieron el ilícito penal en su seno (es el modelo que asume el artículo 105° del Código Penal vigente), y el modelo de autorresponsabilidad, en virtud del cual la persona jurídica va a responder autónomamente de los individuos que cometieron el hecho punible en su seno, en razón de los criminógenos defectos de organización que ésta presente y que hayan facilitado la comisión de dicho hecho punible (es el modelo que asume el artículo 105-A del Código Penal vigente, así como el acuerdo plenario N° 07-2009), no voy a entrar a la discusión sobre cual modelo a asumir es el más idóneo, lo que me interesa al manifestar esto, es simplemente poner en relieve que las personas jurídicas si pueden responder ante el derecho penal y deben hacerlo en la medida que su actuar como sujeto autónomo de derechos y obligaciones haya importado un desvalor a un injusto penal.

El problema sobreviene cuando se pretende aplicar las concepciones de corte tradicional que rigen en el derecho penal, y que fueron pensadas para el ser humano, hacia otros sujetos de derechos, como las personas jurídicas, pues muchas veces éstas devienen en excesos y generan una grave violación a los derechos fundamentales (entendidos como criterios objetivos de juridicidad conforme se ha expuesto en el segundo capítulo) a los que todo sujeto de derechos tiene (o mejor dicho debería tener) dentro de un Estado Constitucional Social y Democrático de Derechos, lo cual hace que la intervención penal devenga en ilegítima, el profesor Claus Roxin manifestaba que “en un Estado de Derecho debe protegerse al individuo no solo mediante el derecho penal, sino también del derecho penal” (ROXIN: 2014, *passim*), hoy en día cabría afirmar que en un Estado de

Derecho debe protegerse a todo sujeto de derechos no solo mediante el derecho penal, sino también del derecho penal.

Y ello tendría que partir desde la concepción de nuevas teorías jurídicas, principalmente reinterpretar lo que líneas atrás manifestaba que se asume mayoritariamente por la dogmática y la jurisprudencia: el derecho penal esta funcionalizado hacia la protección de bienes jurídicamente protegidos, convirtiendo a cualquier otra función que se le asigne en ilegítima, de ahí que en nuestra jurisprudencia se hayan emitido resolución jurisdiccionales, donde en virtud de la aplicación de ésta “función legítima del derecho penal” se hayan condenado a muerte a personas jurídicas a pesar de ser un sujeto de derechos y obligación reconocido jurídicamente, así tenemos la sentencia dictada contra la empresa Business Track:

“la empresa Business Track SAC, fue utilizada como empresa de fachada por los encausados, donde si bien realizaron trabajos lícitos como brindar servicios de auditoría de redes, protección de la información, barridos electrónicos y análisis de información, entre otros; también ha quedado acreditado que los acusados han penetrado la privacidad de los agraviados obteniendo sus números telefónicos y lograr su objetivo final que son las escuchas ilegales (...) no interesa si toda o sólo una parte de la organización de la persona jurídica se dedica a favorecer o encubrir el delito. La ley sólo requiere el empleo de la organización con dichos fines. No es importante, para establecer responsabilidad en la persona jurídica, si el favorecimiento o encubrimiento del delito es la actividad principal de la empresa o si sólo se ha producido ocasionalmente (...) debemos tener presente que más allá del

*carácter sancionatorio de la institución, pues no se puede considerar de otro modo la liquidación, suspensión o clausura temporal del funcionamiento de una persona jurídica, por su origen penal y derivado de la actividad que realizan quienes integran dicha persona jurídica o en torno de ella, se puede considerar como una prevención o advertencia general que ejerce la norma penal para el adecuado concurso y desenvolvimiento de las personas jurídicas (...) resolviendo la disolución de la empresa Business Track Sociedad Anónima Cerrada*²⁵

De igual manera en el requerimiento acusatorio presentado por el Ministerio Público contra el partido nacionalista:

“Se atribuye a la persona jurídica Partido Nacionalista Peruano: El hecho de haber sido instrumentalizado por sus líderes y fundadores políticos Ollanta Moisés Humala Tasso y Nadine Heredia Alarcón, para convertir (colocar y mutar) dinero utilizado en el financiamiento de la campaña electoral 2011, que postulaba a Ollanta Moisés Humala Tasso a la Presidencia de la República del Perú. Acción realizada por los líderes en mención, utilizando la tesorería legal del partido político conformada por personas de su estricta confianza, tesorero legal: Mario Julio Torres Aliaga y tesorero legal de facto: Han Paúl Heredia Alarcón), de donde se procedió a simular aportaciones dinerarias (falsos aportantes) para dar apariencia de legalidad al dinero que finalmente ingresaba al tráfico económico peruano, a través de las acciones comerciales y financieras que realizaba el mencionado partido político

²⁵ Sentencia recaída en el expediente N° 99-09 (527-09), emitida por la Segunda Sala Especializada en lo Penal para Procesos con Reos en Cárcel.

durante la campaña, activos proveniente de: 1) Los actos de corrupción realizados por la empresa brasileña OAS, manejados en su contabilidad paralela y 2) El fondo pecuniario corrupto sostenido por funcionarios públicos de la República Federativa de Brasil (pertenecientes al Partido de los Trabajadores) con el grupo Odebrecht, pagado desde la división de operaciones estructuradas de esta empresa privada (...) el partido no cuenta con información en detalle sobre los gastos que se actuaron para organizar y llevar a cabo las actividades de financiamiento proselitista. el partido ha indicado que la no obtención de dicha información se debió " a una falta de previsión en la tesorería" y que "definitivamente no está en condiciones de obtenerla (...) el partido ha reconocido las deficiencias de control de su manejo, al no haber previsto la exigencia de la documentación sustentatoria a las personas encargadas de administrar y efectuar tales gastos (...) debe considerarse que de conformidad a lo previsto en el segundo párrafo del artículo 1° de la Ley N° 28094, los partidos políticos son "asociaciones de ciudadanos que constituyen personas jurídicas de derecho privado cuyo objeto es participar por medios lícitos, democráticamente, en los asuntos públicos del país dentro del marco de la Constitución Política del Estado De este modo, al otorgarle la Ley especial el carácter de asociación civil de carácter privado, es perfectamente subsumible a los efectos del artículo 105° del Código Penal, al respecto, es menester considerar que la imputación ejercida contra esta persona jurídica es precisamente su instrumentalización no solo para recabar dinero maculado, sino también para dar apariencia de legalidad a dichos activos a través de la tesorería partidaria legalmente constituida. En este sentido, si bien este partido político ha sido constituido formalmente en términos de legalidad, no es

menos cierto que (en la clandestinidad) dicho partido político ha servido para que el grupo familiar, compuesto por Ollanta Humala Tasso y Nadine Heredia Alarcón, no solo participara en contiendas electorales en términos de desigualdad (tras agenciarse de dinero de origen ilícito), con ocasión de lograr la máxima magistratura del país, sino también acrecentar su lucro personal, evidenciándose una operación habitual para recabar y encubrir acciones de lavado de dinero, incluso desde tiempo anterior que esta agrupación política alcance el nivel de partido (toda vez que incluso en calidad de movimiento político se logró operar desde el Partido Unión por el Perú, durante el desarrollo de la campaña electoral 2006). Siendo así, estando a su instrumentalización delictiva desde sus albores, es que corresponde la disolución y liquidación de este partido político, de conformidad a lo previsto en el artículo 105°, primer párrafo, numeral 2 del Código Penal vigente”²⁶

Estos pronunciamientos, en el estado actual en que se encuentra el derecho penal, de ordinario no infringen ningún precepto jurídico, toda vez que es el propio Tribunal Constitucional, como máximo intérprete de la Constitución que ha establecido, entendiendo a los derechos humanos como un concepto análogo al de derechos fundamentales, que las personas jurídicas únicamente serán pasibles del reconocimiento de derechos fundamentales en la medida en que su naturaleza se los permita, conforme ha sido señalado en las primeras páginas del presente trabajo, bajo esta perspectiva a las personas jurídicas no se les puede reconocer derecho como: derecho a la vida, derecho a la identidad, derecho al libre desarrollo y

²⁶ Requerimiento de acusación mixto, emitido por la Fiscalía Corporativa Supraprovincial Especializada en delitos de Corrupción de Funcionarios, Equipo Especial, Tercer Despacho, apartados: imputación y decisión.

bienestar, entre otros por no ser acorde con su naturaleza, es más, el Tribunal Constitucional va más allá cuando establece que:

“la demanda es manifiestamente improcedente por dos razones: la primera, porque una persona de derecho público (El Estado) no se encuentra legitimada para accionar mediante amparo en todo caso en el que se encuentre comprometido el acervo patrimonial del Estado valiéndose de la etiqueta que dice que se trata del Estado. Es necesario pues resaltar que sólo y excepcionalmente puede accionar el Estado cuando se encuentren afectadas, prima facie, las garantías que componen el debido proceso u otros bienes de interés social como por ejemplo los señalados en el artículo 40° del Código Procesal Constitucional (derecho al medio ambiente u otros derechos difusos que gocen de reconocimiento constitucional). En el caso de autos, el recurrente denuncia la imposición de una sanción por la interposición del recurso de casación, lo que no implica la vulneración de algún derecho fundamental que tenga como titular a una persona de derecho público (...) El Estado no tiene derechos fundamentales sino competencia y atribuciones (Cfr. Exp. N.º 0007-2003-AI/TC, fundamento 4), de modo que, si una determinada ley le manda hacer algo o no le establece una prohibición, no puede interpretarse como que la inexistencia del mandato o de la prohibición le permite hacer el más amplio uso del proceso constitucional tal como sí lo podrían hacer las personas naturales. Por ello las competencias y atribuciones del Estado establecidas en la Constitución siempre deben interpretarse en sentido restrictivo y, por el contrario, los derechos fundamentales deben ser siempre interpretados en

sentido extensivo, en el que se materialice la dignidad de la persona y se posibilite en todos los casos el libre desarrollo de la personalidad”,

En el fundamento de voto del magistrado Eto Cruz se señala que *“hay que tener presente que la teoría de los derechos fundamentales ha estado siempre ligada, desde su génesis, a la protección exclusiva de los intereses subjetivos de la persona humana individualmente considerada. En efecto, producto de su entronque histórico con el individualismo filosófico, los derechos eran entendidos a la manera de derechos públicos subjetivos cuya eficacia negativa era oponible sólo frente al Estado. Pero, conforme se fue abandonando la concepción simplemente política de la Constitución –y comenzaba a sobresalir, a su vez, su parte dogmática–, los derechos fundamentales en ella reconocidos empezaron a ser concebidos también como libertades positivas que generaban obligaciones de hacer para el Estado. Con igual ánimo expansivo, la eficacia de los derechos comenzó a irradiar las relaciones privadas, ello en el entendido de que una Constitución realmente vigente había de ser cumplida en todos los ámbitos de la vida social, y no sólo en las limitadas relaciones Estado-ciudadano. Por lo demás, no menos cierto era que algunos poderes privados terminaban por afectar derechos en igual o mayor medida que el propio Estado, (...) por eso, bien puede afirmarse que la protección de los derechos fundamentales alcanza siempre a los seres humanos, tanto cuando estos actúan de manera individual, como cuando deciden participar de actividades que involucran la necesaria intervención de otros seres humanos (...) la tesis de la titularidad de derechos por parte de personas jurídicas en modo alguno puede ser postulada de forma general o indiscriminada. Y es que, al contrario de lo que*

sucede con las personas físicas, la atribución de derechos fundamentales a dichos entes ha de obedecer a dos consideraciones o límites: i) la específica característica del derecho de que se trate; y ii) la naturaleza de la persona jurídica involucrada (a saber, si es de derecho privado o de derecho público)²⁷.

Restringiendo de ésta manera la capacidad para ser portador de determinados derechos fundamentales únicamente a las personas jurídicas de derecho privado, puesto que proscribiera dicho reconocimiento a las personas jurídicas de derecho público, salvo algunos determinados derechos como el derecho al debido proceso, sin embargo, cuando sustentan el porqué de dicho “reconocimiento excepcional” da la impresión que no lo sustentan como si se tratase de un derecho fundamental a ser reconocido, sino más como un principio objetivo procedimental (en la misma línea que lo sustenta el Tribunal Constitucional Español).

Por tanto, mi convicción es que percibir una concepción de los derechos fundamentales acorde con la realidad actual, implica que en lugar de realizar una extrapolación absoluta al ámbito subjetivo, abstracto, individualista y deontológico (tal como se exige para los derechos humanos), se debe dotar al concepto de derechos fundamentales de especificación y precisión, de tal forma que apunten a todo aquello que esté en condiciones de aportar a la subsistencia de un sistema social, constitucional y democrático de derechos.

²⁷STC, expediente N° 00898-2008-PA/TC, fundamento 02.

En este sentido, se podría afirmar la existencia de dos concepciones de lo que se entiende por “derechos fundamentales”: una concepción extensiva, en virtud de la cual un determinado derecho subjetivo será considerado fundamental, en tanto y en cuanto su aplicación esté circunscripta a todos los individuos, y en el caso de personas jurídicas, siempre y cuando pueda hacerse extensible dichos derechos de acuerdo a su naturaleza, posición que ha asumido tajantemente nuestro Tribunal Constitucional y sistema de justicia en general, y que a criterio personal me parece una concepción selectiva y determinista, pues ante dichas características de esta concepción, los derechos de ese sistema no deberían ser calificados comprometedoramente como fundamentales, y una concepción funcional, la cual se ha intentado estructurar en el presente trabajo.

La cual parte de entender a la acepción de derecho fundamental en sentido de la funcionalidad que presenten los derechos subjetivos invocados, reservando dicho término únicamente para aquellos derechos en virtud de los cuales no se vulnere el libre desarrollo de todo sujeto de derechos en sociedad, y en consecuencia se convierten en una condición objetiva de juridicidad, tal como se propone aquí, así eludiríamos la incertidumbre generada en cuanto a una posible intervención ilegítima del poder punitivo estatal, en consecuencia, la gama de derechos fundamentales que se le reconoce a todo sujeto de derechos se vería en gran medida homogenizada e incrementada su capacidad de contenido, haciendo factible que a sujetos de derechos como las personas jurídicas se les pueda reconocer por ejemplo el derecho fundamental a la vida, lo cual haría que se tenga que reformular, necesariamente, las consecuencias accesorias establecidas en el artículo 105° del Código Penal vigente y cuestionaría las

resoluciones antes mencionadas por violar derechos fundamentales, pues solo de esta manera se podría tener un sistema de imputación penal a personas jurídicas que resulte de legítima aplicación.

Además de ello, es importante recalcar que son dos las reglas básicas de atribución de significados de reglas sociales en el marco del derecho penal, esto es: la imputación y la valoración, y teniendo las deficiencias propias del sistema funcionalista explicado en las primeras páginas del presente trabajo, considero que lo más adecuado, a fin de hacer analítica-filosófica de manera ordenada al momento de determinar si un sujeto de derechos ha cometido o no un delito, es partir desde las premisas del esquema de la doctrina de la imputación pura de Kant, analizando en primera instancia al sujeto a quien se va a pretender someter a un proceso penal, a fin de determinar si puede responder o no penalmente, pues tal como ha sido establecido por parte de la doctrina española, entre los que destaca el profesor Carlos Gómez – Jara Diez, citando al profesor Gunther Tuebner, no toda persona jurídica va a responder penalmente, “pues una persona jurídica responderá penalmente en la medida que se produzca una vinculación hipercíclica entre los caracteres autorreferenciales del sistema organizativo, expresado de otra manera: a lo largo del tiempo se produce una acumulación de círculos autorreferenciales en el ámbito empresarial hasta llegar al encadenamiento hipercíclico de los mismos, momento en el cual emerge verdaderamente el actor corporativo” (GOMEZ-JARA: 2010, pg. 456).

Una vez determinado si el sujeto puede responder penalmente el juicio a realizar se debería hacer en una doble vertiente a la par, empezando por el juicio de imputación donde se va a buscar determinar si el hecho presuntamente ilícito le

puede ser atribuible al sujeto presuntamente culpable, y el factor determinante aquí va a ser si el sujeto tenía conocimiento y control sobre el hecho imputado, pues solo así se podrá determinar que el sujeto imputable poseía la libertad suficiente como para evitar realizar el hecho punible, para luego valorar objetivamente si la conducta ha puesto en peligro o a lesionado un bien jurídico penalmente protegido y valorar la conducta conforme lo que la norma infringida pretendía evitar, para finalmente determinar el grado de reprochabilidad del sujeto de acuerdo a las reglas de la lógica social, cada punto a analizar debe circunscribirse (y esta es la segunda vertiente presente en cada punto de análisis) dentro del marco del irrestricto respeto a los criterios objetivos de juridicidad, y dada que una investigación penal por esencia es dinámica, este análisis no se debería realizar únicamente al inicio y final de una investigación, sino en cada disposición, requerimiento o resolución emitida de acuerdo al grado de sospecha requerido para cada estadio del proceso penal.

Solo así se podría tener una imputación penal dotada de legitimidad, para todo sujeto de derechos que pone en peligro o lesiona un bien jurídico penalmente protegido.

Conclusiones

1. el derecho penal en su estado actual no está en condiciones de brindar respuestas que resulten satisfactorias en cuanto a las razones que legitiman su intervención cuando se trata de sujetos de derechos diferentes al ser humano.
2. La legitimación del derecho penal debería partir desde una concepción integral de derechos fundamentales, que permita funcionalizarlo no solo hacia la protección de bienes jurídicos, sino también hacia la inquebrantabilidad de aquellos derechos que asisten a todo sujeto de derechos en sociedad.
3. Para ello la concepción que se debe utilizar de derechos fundamentales debe ser conceptualizada desde un punto de partida diferente a los derechos humanos, todo vez que éstos, por su naturaleza misma, ya que son conceptos que presentan una exigibilidad que precisan abstracción, en cambio los derechos fundamentales deberían precisar especificación y precisión, la naturaleza propia de los derechos humanos permite realizar selecciones ontológicas, los derechos fundamentales deberían ser criterios objetivos de juridicidad.

BIBLIOGRAFÍA

1. ADULNANTE, E. (2008) *Derechos Fundamentales*, Santiago de Chile: Editorial Legal publishing.
2. ALEXY, R. (2004) *El concepto y la validez del derecho*, Barcelona: Editorial Gedisa, Colección: Cla.De.Ma.
3. ALEXY, R. (2008) *Teoría de los derechos fundamentales*, Madrid: Editorial Centro de estudios políticos y constitucionales, 2º edición, Colección: el derecho y la justicia.
4. AMBOS, K. MALARINO, E. y PASTOR, D. (2017) *Prevención e imputación, acerca de la influencia de las teorías de la pena en el derecho penal y procesal penal*, Argentina: Editorial Hammurabi.
5. ATIENZA, M. y RUIZ MANERO, J. (2007) *Las piezas del derecho, teoría de los enunciados jurídicos*, Barcelona: Editorial Marcial Pons, 4º edición.
6. BACIGALUPO, E. (1999) *Principios constitucionales del derecho penal*, Buenos Aires: Editorial Hammurabi.
7. BARATTA, A. (1993) *Criminología crítica y crítica del derecho penal*, México: Editorial S. XXI.
8. BARATTA, A. (1991) *Funciones instrumentales y simbólicas del derecho penal, una discusión desde la criminología crítica*, España: Dialnet N° 01, ISSN1666-7778.
9. BAJO FERNANDEZ, M. (1996) *La responsabilidad penal de las personas jurídicas en el derecho administrativo español*, Madrid: Revista Responsabilidad Penal de las empresas y sus órganos y responsabilidad por el producto.

10. BECCARIA C., traducido por DE LAS CASAS, J. (1982) *De los delitos y de las penas, tratado de derecho penal*, Madrid: Editorial Alianza, 3° Edición.
11. BRAMONT- ARIAS, L. (2001). *Código penal comentado*, Lima: Editorial San Marcos.
12. CARBONELL, M. (2010) *Una historia de los derechos fundamentales*, México: Editorial Porrúa.
13. CARO CORIA, D. (2001). *La responsabilidad de la propia persona jurídica en el derecho penal peruano e iberoamericano*, Lima: Revista Themis N° 54.
14. CARO JOHN, J. y HUAMÁN, D. (2014) *El sistema penal en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional*, Lima: Editores del Centro E.I.R.L
15. COHEN, M. (1985) *Ronald Dworkin and contemporary jurisprudence*, Londres: Editorial Rowman & Littlefield, colección Philosophy and Society.
16. COHEN, S. (1985) *Visions of social control: crime, punishment and classification*, U.S.A: Editorial Polity Press.
17. CRUZ VILLALÓN, P. (1992) *Dos cuestiones de titularidad de los derechos: las personas jurídicas y los extranjeros*, España: Revista española de derecho constitucional, N° 55.
18. DE CASTRO, B. (2004) *Manual de teoría del derecho*, Madrid: Editorial Universitas.
19. DUGUIT, L. (1975) traducido por POSADA, R. y JAÉN, R. *Las transformaciones del derecho público y privado*, Buenos Aires: Editorial Heliasta.
20. DWORKIN, R. (2012) *Los derechos en serio*, Barcelona: Editorial Ariel, colección: Ariel derecho.

21. DWORKIN, R. (2013) *Una cuestión de principios*, Bogotá: Editorial Sigo XXI.
22. DWORKIN, R. (2014) *La filosofía del derecho*, México: Fondo Editorial de Cultura Económica.
23. DWORKIN, R. (1977) *The philosophy of law*, Oxford: Fondo editorial de la Universidad de Oxford.
24. FERNANDEZ, E (1994) *Teoría de la justicia y derechos humanos*, Madrid: E & F.
25. FERNANDEZ, A. (1993) *Introducción a la filosofía del derecho*, Madrid: Editorial Tecnos.
26. FERRAJOLI, L. (2014) *Derechos y garantías: la ley del más débil*, España: Editorial Trotta.
27. FERRAJOLI, L. (2017), traducido por IBAÑES, A. *La lógica del derecho, diez aporías en la obra de Hans Kelsen*, España: Editorial Trotta, Colección: Estructuras y Procesos.
28. FERRAJOLI, L. (2016), traducido por REVUELTA, J. *Los derechos y sus garantías, conversación con Mauro Barberis*, España: Editorial Trotta, Colección: Estructuras y Procesos.
29. FERRAJOLI, L. (2009) *Los fundamentos de los derechos fundamentales*, España: Editorial Trotta.
30. FERRAJOLI, L. (2009) *Diritto e ragione. Teoría del garantismopenale*, Italia: Editorial Laterza, Edición N° 11.
31. FERRAJOLI, L. (2012) *Un debate sobre el constitucionalismo*, España: Editorial Marcial Pons.

32. FERRAJOLI, L. (2010) *Garantismo y la filosofía del derecho*, España: Editorial Universidad Externado de Colom.
33. FERRARA F. (2006) *Teoría de las personas jurídicas*, Granada Editorial Comares.
34. FEIJOO SÁNCHEZ, B. (2012) *Tratado de responsabilidad penal de las personas jurídicas*, España: Civitas Ediciones.
35. FRISCH, W. traducido por ROBLES PLANAS, R. (2006) *Desvalorar e imputar*, España: Editorial B y F.
36. FRISCH, W. (2015) *Imputación objetiva del resultado*, España: Editorial Atelier.
37. FRISCH, W., ROXIN, C, JAKOBS, G., SHÜNEMANN, B., KÖHLER, M. (2016) *Sobre el estado de la teoría del delito*, España: Editorial Aranzadi.
38. FRISTER, H. traducido por SANCINETTI, M. (2016) *Derecho penal parte general*, Argentina: Editorial Hammurabi.
39. GALGANO, F. (2000) *Atlas de derecho privado comparado*, Madrid: Editorial Fundación cultural del notariado.
40. GARCIA ARAN, M. (2008) *Delincuencia, inseguridad y pena en el discurso mediático*, en libro *Problemas actuales del derecho penal y de la criminología, estudios penales en memoria de la profesora Dra. María del Mar Díaz Pita*, Valencia: Editorial Tirant lo Blanch.
41. GARRIDO, M (2005) *Derechos fundamentales y Estado social y democrático de derechos*, Madrid: Editorial Dilex.
42. GOLDSCHMIDT, J. citado por MONTERO, J. (2008) *Proceso penal y libertad, ensayo polémico sobre el nuevo proceso penal*, España: Editorial Thomson, 1º edición.

43. GIMBERNAT, E. (2008) *¿Tiene un futuro la dogmática jurídico penal?*, Lima: Ediciones Ara.
44. GOMEZ JARA-DIEZ, C. (2005) *En relación a la responsabilidad penal de las personas jurídicas*, Barcelona: Editorial Marcial Pons.
45. GÓMEZ TOMILLO, M. (2010) *Introducción a la responsabilidad de personas jurídicas en el sistema español*, España: Editorial Lex Nova.
46. GÓMEZ JARA-DIEZ, C. (2010) *Fundamentos modernos de la responsabilidad de las personas jurídicas*, España: Edit. B de F.
47. GÓMEZ JARA-DIEZ, C. (1996) *La responsabilidad criminal de las personas jurídicas, una Perspectiva Comparada*, España: Editorial Tirant lo Blanch.
48. GRACIA MARTIN, L. (1986) *Responsabilidad de directivos, órganos y representantes de una persona jurídica*, España: Editorial Bosch.
49. GULMINELLI, L. (1997) *Responsabilidad por abuso de la personalidad jurídica*, Buenos Aires: Editorial De Palma.
50. GUASTINI, R. (2014) *Interpretar y argumentar*, Madrid: Editorial Centro de estudios políticos y constitucionales, colección: el derecho y la justicia.
51. GUASTINI, R. (2008) *Teoría e ideología de la interpretación constitucional*, España: Editorial Trotta.
52. HABERMAS, J. (2010) *Facticidad y validez, sobre el derecho y el estado democrático de derecho en términos de teoría del discurso*, Madrid: Editorial Trotta, 6° edición.
53. HABERMAS, J. (2011) *Verdad y justificación*, Madrid: Editorial Trotta.

54. HABERLE, P (2003) *El estado constitucional*, México: Fondo editorial de la Universidad Autónoma de México.
55. HABERMAS, J (2018) *Teoría de la acción comunicativa*, Madrid: Editorial Trotta.
56. HART, H. (2011) *El concepto de derecho*, Buenos Aires: Editorial Alberto Perrot S.A., 3° edición.
57. HEINITZ, E. (1953) *Empfehlensich die strafbarkeit der juristischen person gesetzlich vorzusehen?*, Alemania: Editorial Tübingen.
58. HERZOG, F. (1998) *Gesellschaftlicheunsicherheit und strafrechtliche daseinsvorsorge*, Alemania: Editorial Decker R. Von.
59. HIRSCH, J (1993) *La cuestión de la responsabilidad penal de las asociaciones de personas*, España: Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales.
60. HEINE, G. (2001) *La responsabilidad penal de las empresas: evolución internacional y consecuencias nacionales*, Valencia: Editorial Tirant lo Blanch.
61. HELMUT, S. (2018) *Responsabilidad penal de las personas jurídicas*, Argentina: Editorial Hammurabi.
62. HODGSON, D. (2003) *Individual duty within a human rigths discourse*, Faculty of law the university of western Australia: editorial Ashgate.
63. HÖRNLE, T. (2015) *Teorías de la pena*, Colombia: Fondo editorial de la Universidad del Externado de Colombia.
64. HÖRNLE, T. (2003) *Determinación de la pena y culpabilidad, notas sobre la teoría de la determinación de la pena en Alemania*, Buenos Aires: Editorial Fabial di Plácido.

65. HRUSCHKA, J. (2009) *¿Puede y debería ser sistémica la dogmática jurídico penal?*, España: Editorial B de F.
66. IGNATIEFF, M. (2001) *Human rights as politics and idolatry*, USA: Fondo editorial de la Universidad de Princeton.
67. IHERING, R. (2005) traducido por F. VELA *El espíritu del derecho romano*, Madrid: Marcial Pons, ediciones jurídicas y sociales, reimpresión clásicos del pensamiento jurídico.
68. JAKOBS, G. (2004) *Dogmática del derecho penal y la configuración normativa de la sociedad*, España: Editorial Civitas Thomson.
69. JAKOBS, G. (2004) *Sobre la normativización de la dogmática jurídico penal*, España: Editorial Civitas Thomson.
70. KELSEN, H. (2011) *Teoría pura del derecho*, España: Editorial Trotta, quinta edición.
71. KELSEN, H. traducido por GARZÓN VALDEZ, E. (1995) *¿Qué es la teoría pura del derecho?*, México: Biblioteca de Ética y Filosofía del derecho.
72. KINDHÄUSER, U. NEUMANN, U. PAEFFGEN U. (2017) *Strafgesetzbuch*, Argentina: editorial nomos, 5° edición.
73. LAPORTA, F (1987) *Sobre el concepto de derechos humanos*, España: Revista DOXA, número 04.
74. LAWS, J. (2003) *Más allá de los derechos*, Inglaterra: Oxford Journal Legal Studies, N° 23.
75. LAMPE, J. (1994) *Systemunrecht und unrechtssysteme*, Alemania: EditorialGruyter.

76. LAUFER W. (2006) *La culpabilidad empresarial y los límites al derecho*, España: Revista modelos de autorresponsabilidad penal empresarial propuestas contemporáneas.
77. LOBBA, P. (2017) *Judicial dialogue on human rights, the practice of international criminal tribunals*, Holanda: Editorial Brill Nijhoff.
78. LUHMANN, N. (1998) *Sistemas sociales, lineamientos para una teoría general*, España: Editorial Anthropos.
79. LUHMANN, N. (2018) *Sistema jurídico y dogmática jurídica*, Santiago de Chile: Editorial Olejnik.
80. LUHMANN, N. (1990) *Sociedad y sistema, la ambición de la teoría*, Madrid: Editorial Paidós.
81. LUHMANN, N. (2005) *El derecho de la sociedad*, Madrid: Editorial Herder.
82. LUHMANN, N. (2003) *Soziologie des risikos*, Berlín: Editorial De Gruyter.
83. MASLOW, A. (2014) *Motivación y personalidad*, España: Editorial Diaz de Santos.
84. MALARINO, E. (2012) *Derechos humanos y derecho penal*, Bogotá: Fondo editorial de la Pontificia Universidad Javeriana.
85. MCCORMIK (2005) *Constructing legal systems, European Union in legal theory*, Oxford: Editorial Springer, segunda edición.
86. MEINI, I. (2015) *Lecciones de derecho penal - parte general teoría jurídica del delito*, Lima: Fondo Editorial Pontificia Universidad Católica del Perú.
87. MEINI, I. (1999) *La responsabilidad penal de las personas jurídicas*, Lima: Fondo Editorial de la Pontificia Universidad Católica del Perú.

88. MIR PUIG, S (2008) *Derecho penal parte general*, Barcelona: Editorial Repertor, 8° edición.
89. MIR PUIG, S. (2011) *Bases constitucionales del derecho penal*, España: Editorial Lustel.
90. MIR PUIG, S. (2010) *Derecho penal del estado social y democrático de derechos*, España: Editorial La Ley.
91. MUÑOZ CONDE, F. y GARCIA ARAN, M. (2004) *Derecho penal parte general*, España: Editorial Tirant lo Blanch, 9° Edición.
92. MUÑOZ CONDE, F. (2001) *Introducción al derecho penal*, España: Editorial Comares.
93. MUÑOZ CONDE, F. y GARCÍA ARAN, M. (2002) *Derecho penal parte general*, Valencia: Editorial Tirant lo Blanch, 5° edición.
94. MÜLLER, H. (2014) *Zurrenaissance der vergeltung*, Alemania: Editorial Impressum, revista Strafverteidiger, inhalt 3.
95. NINO, C. (2007) *Ética y derechos humanos, un ensayo de fundamentación*, Argentina: Editorial Astrea.
96. ORDOÑES, P. (2018) *Medios de prueba en el proceso penal*, Argwntina: Editorial Hammurabi.
97. PANIAGUA J. (2015) *Historia del pensamiento jurídico, siglos XIX y XX*, Madrid: Editorial Biblioteca Nueva.
98. PECES BARBA, G. (1999) *Curso de derechos fundamentales*, Madrid: Imprenta Nacional del Boletín del Estado.

99. PAWLIK, M (2010) *La libertad institucionalizada, estudios de filosofía jurídica y derecho penal*, Madrid: Editorial Marcial Pons, colección: Estudios jurídicos.
100. PEREZ LUÑO, A. (1997) *Teoría del derecho: una concepción de la experiencia jurídica*, España: Editorial trottal.
101. PUPPE, I. traducido por PARTOR N. (2014) *El derecho penal como ciencia*, España: Editorial B de F.]
102. RAWLS, J. (1999) *The law of peoples*, USA: Fondo editorial de la Universidad de Harvard.
103. RAINER, Z. (2011) *Die notwendigkeitssystematischen strafrechts zugleich zum begriff, fragmentarisches Strafrecht* Alemania: en revista *Zeitschrift für die gesamte strafrechtswissenschaft*, Editorial: De Gruyter, volumen 123, issue 4 (Diciembre).
104. ROBINSON, P. traducido por CANCIO, M. y ORTIZ, I. (2008) *Principios distributivos del derecho penal*, España: Editorial Marcial Pons.
105. ROCHE, S. (1993) *Le sentiment d'insécurité*, París: Editorial: Universitate de France, colección: Sociologie d'aujourd'hui.
106. ROXIN, C. (2013) *Sistema del hecho punible*, Argentina: Editorial Hammurabi.
107. ROXIN, C. (2008) *Fundamentos políticos – criminales del derecho penal*, Argentina: Editorial Hammurabi.
108. ROXIN, C. (2014) *Derecho penal, parte general*, España: Editorial Civitas.
109. SÁNCHEZ MÁLAGA, A. (2017) *Concepto y delimitación del dolo, teoría de las condiciones para el conocimiento*, Barcelona: Tesis doctoral publicada en el repositorio de la Universidad de Barcelona.

110. SANCHÍZ L. (1981) *Los derechos fundamentales en la Constitución española de 1978*, Madrid: Fondo editorial de la Universidad Complutense.
111. SAN MARTÍN CASTRO, C. (2017) *Derecho procesal penal peruano, estudios*, Lima: Editorial Gaceta Jurídica.
112. SAN MARTÍN CASTRO, C. (2015) *Derecho procesal penal lecciones conforme al código procesal penal de 2004*, Lima: Editorial INPECCP.
113. SEN, A. (2010) *La idea de la justicia*, Barcelona: Editorial Taurus.
114. SEN, A. (2004) *Elements of a theory of human rights*, Estados Unidos: revista *Philosophy and Public Affairs*, Vol. 32 N°04.
115. SCHÜNEMANN, B. (2012) *El Sistema moderno del derecho penal, cuestiones fundamentales*, España: Editorial B de F.
116. SCHÜNEMANN, B. (2002) *Temas actuales y permanentes del derecho penal después del milenio*, España: Editorial Tecnos.
117. SCHÜNEMANN, B. (2011) *Derecho penal contemporáneo, sistema y desarrollo, peligro y límites*, Argentina: Editorial Hammurabi.
118. SCHÜNEMANN, B. (2017) *El derecho penal es la última ratio para la protección de bienes jurídicos*, Colombia: Editorial de la Universidad Externado de Colombia.
119. SILVESTRONI, M. (2018) *Teoría constitucional del delito*, Argentina: Editorial Hammurabi, 3° edición.
120. SILVA SÁNCHEZ, J. (1992) *Aproximación al derecho penal contemporáneo*, España: Editorial J.M. Bosch.

121. SILVA SÁNCHEZ, J. (2010) *La reforma del código penal: una aproximación desde el contexto*, España: Diario La Ley N° 7464.
122. SOUTO, A. (2006) *Teoría de la pena y límites al iuspuniendi desde el estado democrático*, Madrid: Editorial Dilex.
123. STERN, K. (1995) *Riflessionisull'Interpretazioneideidrittifondamentali*, Italia: Revista Diritto e Società, soomario 2/1995.
124. STRATENWERTH, G. (2016) *Derecho penal, parte general I*, Argentina: Editorial Hammurabi.
125. TEUBNER, G. (2016) *El derecho como sistema autopoietico de la sociedad global*, Santiago de Chile: Editorial Olejnik.
126. TEUBNER, G. y BOURDER, P. (2002) *La fuerza del derecho*, Bogota: Editorial Siglo del Hombre.
127. WEBER, M. (1993) *Economía y sociedad*, Madrid: Editorial S.L Fondo de Cultura Económica de España.
128. ZAFFARONI, E. (2004) *Tratado de derecho penal, parte general*, Buenos Aires: Editorial Ediar, tomo I.
129. ZAFFARONI, E. (2017) *Derecho penal humano*, Argentina: Editorial Hammurabi.
130. ZAGREVELSKY G. (2011) *El derecho dúctil, ley, derechos y justicia*, Madrid: Editorial Trotta, 10° edición.

BIBLIOGRAFÍA ELECTRÓNICA

1. AUSTIN, J. (1832) *The province of jurisprudence determined*, London: Cambridge, visto por última vez el 28 de Mayo del 2018 a las 09:40 horas, disponible en el siguiente link: http://www.koeblergerhard.de/Fontes/AustinJohnTheprovinceofjurisprudence_determined1832.pdf.
2. ALCACER, R. (2002) *Prevención y garantías, conflicto y síntesis*, España: Revista DOXA, visto por última vez el 07 de mayo del 2019 a las 18:20 horas disponible en el siguiente link: https://rua.ua.es/dspace/bitstream/10045/10140/1/doxa25_04.pdf
3. BECK, U. (1998) *La sociedad del riesgo, hacia una nueva modernidad*, Barcelona: Editorial Paidós, visto por última vez el 14 de enero del 2019 a las 00:42 horas, disponible en el siguiente link: <https://davidhuerta.typepad.com/files/beck-ulrich-la-sociedad-del-riesgo-hacia-una-nueva-modernidad.pdf>.
4. CARO CORIA, C. (2006) *Las garantías constitucionales del proceso penal*, México Revista: Anuario de Derecho Constitucional Latinoamericano, visto por última vez el 04 de enero del 2019 a las 16:04 horas, disponible en el siguiente link: <https://revistas-colaboracion.juridicas.unam.mx/index.php/anuario-derecho-constitucional/article/viewFile/30342/27388>
5. FEIJOO SÁNCHEZ, B. (2007) *Individualización de la pena y teoría de la pena proporcional al delito*, España: revista para el análisis del derecho (INDRET), visto por última vez el 18 de enero del 2019 a las 11:19 horas, disponible en el siguiente link: http://www.indret.com/pdf/403_es_1.pdf.
6. FERRAJOLI, L. (1995) *El derecho penal mínimo*, Chile: Editorial jurídica Cono Sur, visto por última vez el 04 de abril del 2019 a las 15:04 minutos, disponible en

el siguiente link: <https://es.scribd.com/document/71833002/Ferrajoli-El-Derecho-Penal-Minimo>.

7. FERRAJOLI, L. (2006) *Las garantías constitucionales de los derechos fundamentales*, Alicante: Revista Doxa N° 29, ISSN 0214-88-76, visto por última vez el 04 de Junio del 2018 a las 13:07 horas, disponible en el siguiente link: https://rua.ua.es/dspace/bitstream/10045/9954/1/Doxa_29_01.pdf.
8. FRISCH, W. (2014) *Pena, delito y sistema del delito en transformación*, Barcelona: revista para el análisis del derecho (INDRET) 03/2014, visto por última vez el 12 de enero del 2019 a las 11:01 horas, disponible en el siguiente link: <http://www.indret.com/pdf/1065.pdf>.
9. GLENDON, M. (1999) *Foundations of human rights: the unfinished business*, U.S.A: Harvard University, revista internacional American Journal of Jurisprudence, Vol. 44, Issue 01 visto por última vez el 13 de Junio del 2018 a las 00:05 horas, disponible en el siguiente link: <http://nrs.harvard.edu/urn-3:HUL.InstRepos:12990517>.
10. HABERMAS, J. (1997) *La lucha por el reconocimiento en el estado democrático de derecho*, España: Daimon revista internacional de filosofía, N° 15, visto por última vez el 18 de Julio del 2018 a las 13:21 horas, disponible en el siguiente link: <http://revistas.um.es/daimon/article/view/9401>.
11. HART, H. (1955) *Are there any natural rights?*, Nueva York: The philosophical review, Vol. 64, N° 02, pg. 175-191, visto por última vez el 21 de Julio del 2018 a las 11:36 horas, disponible en el siguiente link: <https://es.scribd.com/document/358947897/Hart-Are-there-any-natural-rights-pdf>.
12. HASSEMER, W. (1992) *Rasgos y crisis del derecho penal moderno*, España: revista jurídica DIALNET, visto por última vez el 04 de abril del 219 a las 11:21 horas, disponible en el siguiente link:

<file:///C:/Users/alexander/Downloads/Dialnet-RasgosYCrisisDelDerechoPenalModerno-46402.pdf>.

13. KUNZ, L. (2002) *Die kriminalpolitik der spatmoderne*, Alemania: Journal of Criminal Law, Vol. 41., visto por última vez el 02 de febrero del 2019 a las 14:21 horas, disponible en el siguiente link: [https://www.researchgate.net/publication/315471584 Die Kriminalpolitik der Spatmoderne](https://www.researchgate.net/publication/315471584_Die_Kriminalpolitik_der_Spatmoderne).
14. ORESTANO, R. (1960) *Dirittisoggettivi e dirittisenzasoggetto (linee di una vicendaconcettuale)* Italia: Revista Jus N° XI, visto por última vez el 01 de Agosto del 2018 a las 08:40 horas, disponible en el siguiente link: [https://www.academia.edu/31024428/Riccardo Orestano Diritti soggettivi e diritti senza soggetto Linee di una vicenda concettuale 1960](https://www.academia.edu/31024428/Riccardo_Orestano_Diritti_soggettivi_e_diritti_senza_soggetto_Linee_di_una_vicenda_concettuale_1960).
15. PAWLIK, M. (2011) *¿Pena o combate de peligro? Los principios del derecho internacional penal alemán ante el foro de la teoría de la pena*, Barcelona: revista para el análisis del derecho (INDRET) 04/2011, visto por última vez el 18 de enero del 2019 a las 15:45 horas, disponible en el siguiente link: http://www.indret.com/pdf/849_1.pdf.
16. PERALTA, M. (2008) *Prevención general positiva como respeto por el orden jurídico*, revista para el análisis del derecho INDRET, visto por última vez el 07 de mayo del 2019, a las 10:40 horas, disponible en el siguiente link <https://www.raco.cat/index.php/InDret/article/view/124253/172226>.
17. PRITTWITZ, C. (1993) *Strafrechtundrisiko*, Frankfurt: editorial Vittorio klostermann, visto por última vez el 04 de abril del 2019 a las 09:01 horas, disponible en el siguiente link: [http://www.jura.uni-frankfurt.de/66163894/C Prittwitz Strafrecht und Risiko 1993.pdf](http://www.jura.uni-frankfurt.de/66163894/C_Prittwitz_Strafrecht_und_Risiko_1993.pdf).
18. TERRADILLOS, J. citado por VILLAVICENCIO, F. (2003) *Límites a la función punitiva estatal*, revista Derecho & Sociedad, Fondo Editorial Pontificia Universidad Católica del Perú, visto por última vez el 04 de enero del 2019 a

las 11:32 horas, disponible en el siguiente link:
<http://revistas.pucp.edu.pe/index.php/derechoysociedad/article/view/17355/17641>

19. VÉLEZ, G. (2008) *la imputación objetiva: fundamento y consecuencias dogmáticas a partir de las concepciones funcionalistas de Roxin y Jakobs*, visto por última vez el 02 de septiembre del 2020, disponible en el siguiente link: http://perso.unifr.ch/derechopenal/assets/files/articulos/a_20080527_35.pdf
20. WEST, R. (2001) *Rights*, Inglaterra: The international library of essays in law & legal theory, visto por última vez el 09 de Agosto del 2018 a las 15:56 horas, disponible en el siguiente link: https://books.google.com.pe/books?id=8OhADgAAQBAJ&pg=PT12&lpg=PT12&dq=WEST+Introduction:+Revitalizing+Rights&source=bl&ots=nvFsQ8Dw4m&sig=1piKeQKlorwWN4zsA_Oa9ufsqZ0&hl=es&sa=X&ved=2ahUKEwi4scuwhtTdAhWFtIMKHYYWCCDQQ6AEwAnoECAgQAQ#v=onepage&q=WEST%20Introduction%3A%20Revitalizing%20Rights&f=false
21. WINDSCHEID, B. (1904) *Dirittodellepandette*, Torino: Unione tipografico editrice, visto por última vez el 09 de Agosto del 2018 a las 23:07 horas, disponible en el siguiente link <https://ia802205.us.archive.org/1/items/dirittodellepan02windgoog/dirittodellepan02windgoog.pdf>.
22. ZAGREBELSKY, G. (2003) *Ronald Dworkin's principle based constitutionalism: an italian point of view*, revista International Journal of Constitutional Law, volumen I, Issue 4 visto por última vez el 15 de Agosto del 2018 a las 01:10 horas, disponible en el siguiente link <https://doi.org/10.1093/icon/1.4.621>.
23. ZOLO, D. (2005) *El fundamentalismo humanitario y los derechos humanos*, Mexico: revista de investigación social, número 1, visto por última vez el 11 de Septiembre del 2018 a las 14:21 horas, disponible en el siguiente link <http://ru.iis.sociales.unam.mx:8080/bitstream/IIS/5258/1/07zolo.pdf>.

24. ZUÑIGA RODRIGUEZ, L. (2018) *Dogmática funcionalista y política criminal: una propuesta fundada en los derechos humanos*, Lima: revista de la Facultad de Derecho de la Pontificia Universidad Católica del Perú, N° 81, visto por última vez el 25 de enero del 2019 a las 10:01 horas, disponible en el siguiente link:
<http://revistas.pucp.edu.pe/index.php/derechopucp/article/view/20430/20346>.

