

FACULTAD DE DERECHO
UNIDAD DE POSGRADO

**ANÁLISIS DE LOS PARADIGMAS JURÍDICOS
“POSITIVISMO” Y “POSTMODERNISMO” Y SU INFLUENCIA
EN LAS DECISIONES DE LOS MAGISTRADOS, RESPECTO
AL PRINCIPIO DE MÍNIMA INTERVENCIÓN DEL DERECHO
PENAL**



**PRESENTADA POR
WAGNER ABRAHAM TRUJILLO APONTE**

**ASESORA
DIANA GISELLA MILLA VASQUEZ**

**TESIS
PARA OPTAR EL GRADO ACADÉMICO DE MAESTRO EN DERECHO EN
CIENCIAS PENALES**

LIMA – PERÚ

2021



CC BY-NC-SA

Reconocimiento – No comercial – Compartir igual

El autor permite transformar (traducir, adaptar o compilar) a partir de esta obra con fines no comerciales, siempre y cuando se reconozca la autoría y las nuevas creaciones estén bajo una licencia con los mismos términos.

<http://creativecommons.org/licenses/by-nc-sa/4.0/>



USMP
UNIVERSIDAD DE
SAN MARTÍN DE PORRES

**FACULTAD DE DERECHO
UNIDAD DE POSGRADO**

**ANÁLISIS DE LOS PARADIGMAS JURÍDICOS “POSITIVISMO” Y
“POSMODERNISMO” Y SU INFLUENCIA EN LAS DECISIONES DE LOS
MAGISTRADOS, RESPECTO AL PRINCIPIO DE MÍNIMA INTERVENCIÓN DEL
DERECHO PENAL.**

**TESIS PARA OPTAR EL GRADO ACADÉMICO DE MAESTRO EN DERECHO
EN CIENCIAS PENALES**

Presentado por:

WAGNER ABRAHAM TRUJILLO APONTE

Asesora:

DRA. DIANA GISELLA MILLA VASQUEZ

LIMA - PERÚ

2021

DEDICATORIA

Dedico a mi padre Armando, a mi abuelo Héctor y a mi tío Mauro, por acompañarme desde lo metafísico.

AGRADECIMIENTOS

Agradezco a Dios, a mi esposa Luz y a mi hijo Niche por acompañarme en el desarrollo de mi investigación, pero de manera especial a mi asesora Dra. Diana Milla por conducirme en esta investigación.

INDICE DE CONTENIDOS

DEDICATORIA.....	ii
AGRADECIMIENTO.....	iii
ÍNDICE DE CONTENIDOS.....	iv
ÍNDICE DE TABLAS	viii
ÍNDICE DE FIGURAS	ix
RESUMEN.....	x
ABSTRACT.....	xii
INTRODUCCIÓN	1
CAPITULO I: MARCO TEÓRICO	6
1.1 Antecedentes de la Investigación.....	6
1.2 Bases Teóricas.....	14
1.2.1 Positivismo filosófico.....	14
1.2.2 Positivismo jurídico.	16
1.2.3 Posmodernismo filosófico.....	18
1.2.4 Posmodernismo jurídico.....	20
1.2.5 Principio de intervención mínima o ultima ratio del Derecho penal.....	24
1.2.6 El principio de intervención mínima en las Resoluciones del T.C. y de la Corte Suprema de Justicia a nivel Internacional y nacional.....	28

1.3 Definición de términos básicos	30
1.3.1 Principio.....	30
1.3.2 Positivismo	30
1.3.3 Positivismo legal.....	31
1.3.4 Positivismo lógico.....	31
1.3.5 Posmodernidad	31
1.3.6 Derecho posmoderno	32
1.3.7 Paradigma.....	32
1.3.8 Ultima ratio del Derecho penal	32
1.3.9 Intervención mínima	33
CAPÍTULO II: METODOLOGÍA DE LA INVESTIGACIÓN.....	34
2.1 Tipo de Investigación.....	34
2.2 Enfoque de Investigación.....	34
2.3 Diseño Metodológico.....	35
2.4 Técnicas de recolección de datos.	35
2.4.1 Análisis de textos.....	35
2.4.2 Observación de casos.....	35
2.4.3 Entrevista a expertos.	35
2.5 Aspectos éticos.....	35
CAPITLO III: RESULTADOS	36

3.1 El paradigma positivista y su influencia en las decisiones de los magistrados	36
3.2 Genealogía del poder punitivo del Estado.	37
3.2.1 Castigos en la mitología griega.	38
3.2.2 Juicio de Sócrates	40
3.2.3 Juicio de Jesucristo.....	43
3.2.4 Otros castigos.....	45
3.3 Aportes del positivismo filosófico	47
3.4 Aportes del positivismo jurídico.....	60
3.5 Posmodernidad y su influencia en las decisiones de los magistrados	81
3.6 Aportes de la filosofía posmoderna	83
3.6.1 El hombre libre como posibilidad en la temporalidad.....	84
3.6.2 Deconstrucción de la realidad imperante	88
3.6.3 Persona centro de la vida social, política y económica.....	94
3.6.4 Hermenéutica contemporánea	98
3.7 Aportes del posmodernismo jurídico	107
3.8 Derechos humanos y el principio de intervención mínima penal.....	121
3.8.1 Declaración de los Derechos del hombre y del ciudadano	121
3.8.2 Declaración universal de Derechos Humanos.	123
3.8.3 Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos.....	124
3.8.4. La Convención Americana sobre Derechos Humanos.....	128

3.9 Afectación al principio de intervención mínima penal en Código Penal.....	129
3.10 Jurisprudencia nacional y la observancia del principio de intervención mínima.....	136
3.11 Las entrevistas y encuestas	156
3.11.1 De los entrevistados y encuestados	157
3.11.2 Resultado y análisis de las entrevistas.....	158
3.11.3 Resultado y análisis de las encuestas.....	166
CAPÍTULO IV: DISCUSIÓN	180
CONCLUSIONES.....	188
RECOMENDACIONES.....	192
FUENTE DE INFORMACIÓN.....	194
ANEXO I	206
ANEXO II.....	208

ÍNDICE DE TABLAS

Tabla 1: Lista de abogados de la entrevista y encuesta.....	157
Tabla 2: Instrumento de medición Escalamiento de tipo Likert.....	166
Tabla 3: Evolución en la observancia del principio de intervención mínima del derecho penal en el positivismo y posmodernismo Perú.....	168
Tabla 4: Existe definición o conceptualización sobre el “principio de intervención mínima” o ultima ratio del derecho penal.	169
Tabla 5: Hay evolución en la observancia del “principio de intervención mínima” penal o ultima ratio entre los siglos XIX, XX y XXI.....	170
Tabla 6: Los principios de mínima intervención penal o criterios de ultima ratio están tipificados en el ordenamiento jurídico peruano.....	172
Tabla 7: Los fiscales, defensores de la legalidad, ejercitan la acción penal ponderando el “principio de intervención mínima” penal	173
Tabla 8: Los jueces imparten justicia considerando el “principio de intervención mínima” penal o ultima ratio.....	174
Tabla 9 Existe una política criminal peruana adecuada que responda a un sistema integral de defensa y protección de los bienes jurídicos.....	175
Tabla 10: Los gobiernos se preocupan por la implementación de los programas de prevención social de la violencia y del delito.....	177
Tabla 11: Los ciudadanos conocen y valoran la existencia del “principio de intervención mínima” penal.....	178

ÍNDICE DE FIGURAS

Figura 1: Evolución en la observancia del principio de intervención mínima del derecho penal en el positivismo y posmodernismo-Perú	169
Figura 2: Existe definición o conceptualización sobre el “principio de intervención mínima” o ultima ratio del derecho penal.....	170
Figura 3: Hay evolución en la observancia del “principio de intervención mínima” penal o ultima ratio entre los siglos XIX, XX y XXI.....	171
Figura 4: Los principios de mínima intervención penal o criterios de ultima ratio están tipificados en el ordenamiento jurídico peruano	172
Figura 5: Los fiscales, defensores de la legalidad, ejercitan la acción penal ponderando el “principio de intervención mínima” penal	173
Figura 6: Los jueces imparten justicia considerando el “principio de intervención mínima” penal o ultima ratio.....	175
Figura 7: Existe una política criminal peruana adecuada que responda a un sistema integral de defensa y protección de los bienes jurídicos.....	176
Figura 8: Los gobiernos se preocupan por la implementación de los programas de prevención social de la violencia y del delito	177
Figura 9: Los ciudadanos conocen y valoran la existencia del “principio de intervención mínima” penal.....	179

RESUMEN

La investigación consistió en analizar, examinar y debatir con mayor objetividad los aportes que presentan los paradigmas jurídicos “positivismo” y “posmodernismo” y su influencia que ha generado y sigue generando en las decisiones de los Magistrados, en atención al “principio de intervención mínima” o *ultima ratio* del Derecho Penal. Es decir, las causas de las decisiones de los magistrados se han buscado explicar desde dos teorías iusfilosóficas desarrolladas en los últimos siglos.

En la investigación se empleó un diseño metodológico fundamentado en el procedimiento sistemático cualitativo para generar el entendimiento y comprensión del fenómeno social, jurídico, filosófico y político; es así los paradigmas jurídicos positivismo y posmodernismo se ha analizado a través de las fuentes filosóficas y jurídicas. En efecto, el soporte teórico de la investigación han sido las fuentes más importantes y vinculantes con el tema, las mismas que validan la consistencia general de los argumentos expuestos.

El debate sobre la naturaleza, utilidad y alcances teóricos de los dos enfoques ha permitido abrir un análisis interdisciplinario, multisectorial y sistemático sobre los límites del Derecho penal; evidentemente, la explicación de la praxis del derecho penal de nuestros días responde a cuestiones puramente normativas de carácter coactiva (positivismo), y también a cuestiones normativas, políticas, morales, éticas, etc. (posmodernismo).

La investigación se ha consolidado fusionando dialécticamente la parte teórica (teorías, enfoques, y corrientes) con la dimensión fáctica (hechos, acciones y decisiones). Es así, la investigación no sólo ha quedado en la teorización sobre cuestiones filosóficas o jurídicas, sino que también se ha abocado analizar las distintas resoluciones judiciales, los Acuerdos del Pleno Jurisdiccional Nacional y

las últimas modificatorias realizadas al Código Penal sobre la afectación al principio de mínima intervención penal. Se tiene como pregunta central de la investigación ¿Hasta qué punto los paradigmas jurídicos positivismo y posmodernismo influyen en las decisiones de los magistrados, respecto al principio de mínima intervención del Derecho penal?

Palabras claves: Paradigma, positivismo, posmodernismo, principio de intervención mínima, ultima ratio y filosofía del derecho.

ABSTRACT

The research consisted of analyzing, examining and debating with greater objectivity the contributions presented by the legal paradigms "positivism" and "postmodernism" and their influence that it has generated and continues to generate in the decisions of the Magistrates, in attention to the "principle of minimum intervention" or last ratio of Criminal Law. That is, the causes of the decisions of the magistrates have been sought to explain from two iusphilosophical theories developed in recent centuries.

The research used a methodological design based on the qualitative systematic procedure to generate the understanding and comprehension of the social, legal, philosophical and political phenomenon; Thus, the legal paradigms positivism and postmodernism have been analyzed through philosophical and legal sources. In effect, the theoretical support of the research has been the most important and binding sources on the subject, the same ones that validate the general consistency of the arguments presented.

The debate on the nature, usefulness and theoretical scope of the two approaches has allowed to open an interdisciplinary, multisectoral and systematic analysis on the limits of criminal law; Obviously, the explanation of the practice of criminal law today responds to purely normative questions of a coercive nature (positivism), and also to normative, political, moral, ethical questions, etc. (postmodernism).

The research has been consolidated by dialectically fusing the theoretical part (theories, approaches, and currents) with the factual dimension (facts, actions and decisions). Thus, the investigation has not only remained in theorizing on philosophical or legal issues, but it has also focused on analyzing the different

judicial decisions, the Agreements of the National Jurisdictional Plenary and the latest amendments made to the Criminal Code on the affectation of the principle of minimal criminal intervention. The central question of the research is to what extent do the positivism and postmodernism legal paradigms influence the decisions of the magistrates, regarding the principle of minimum intervention of criminal law?

Keywords: *Paradigm, positivism, postmodernism, principle of minimal intervention, ultima ratio and philosophy of law.*

INTRODUCCIÓN

El siglo XX se ha caracterizado por los avances de la ciencia y de la tecnología. Los logros conseguidos responden a la racionalización iniciada en el renacimiento; por ende, el descubrimiento de la informática y sus aplicaciones extraordinarias responden al desarrollo dialéctico e histórico del saber humano. Las diversas culturas han influido en la búsqueda y examen de los conocimientos personales y compartidos, pero también la realidad se presenta con una esencia dinámica y abierta en la construcción del conocimiento, esto supone que, los humanos en la actualidad tenemos desafíos y oportunidades en el gran itinerario de la historia. Es así que, la visión de la sociedad posmoderna implica una participación global que conlleva abordar comunitariamente los retos primordiales del siglo XXI. Evidentemente, ciencias del Derecho se encuentra en la médula misma de la búsqueda y producción del conocimiento, en la que se esfuerza con brindar a cada uno de los pueblos seguridad jurídica y una verdadera justicia.

En la dialéctica de la historia encontramos diferentes paradigmas que tratan de explicar los principios, alcances y fines del derecho, ya que la búsqueda y la producción de conocimiento en ciencias jurídicas no se ha paralizado, más al contrario, se ha ampliado su estudio por razones que los hechos jurídicos se encuentra en permanente cambio, además, la ciencia jurídica produce conocimientos en consonancia con otras disciplinas como son: la filosofía, la psicología, la medicina, la sociología, la educación, la epistemología, entre otras disciplinas de las ciencias humanas.

En el ámbito de la doctrina y en la jurisprudencia “el principio penal de intervención mínima” también es conocido como el principio de *ultima ratio*; evidentemente, es un principio que hace referencia a los saberes del Derecho

penal, el cual ha ido desarrollándose paulatinamente desde los siglos XVIII y XIX hasta nuestra actualidad. Pero no por eso los magistrados en sus decisiones han atendido adecuadamente, y esto en razón que, los magistrados atienden a los enfoques meramente normativistas.

El “principio de intervención mínima” se encuentra tipificado en el Derecho Internacional de los Derecho Humanos como en la “Declaración de los derechos del hombre y del ciudadano de 1789”, en “Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos”, y en el “Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales”, y también invoca el Código Penal en los artículos IV y VII del Título Preliminar la aplicación del “principio de intervención mínima”. Por su parte, el Tribunal Constitucional también ha abordado en varias sentencias el tema.

En los mencionados instrumentos internacionales se encuentran los deberes del Estado Peruano para aplicar el principio de intervención mínima del derecho penal o *ultima ratio*, pero la tendencia actual de los Operadores de la Justicia a nivel Internacional y Nacional es resolver los conflictos y violencias con la aplicación omnisciente del derecho penal. De esta forma, algunos magistrados recurren como la primera opción (*prima ratio*) al Derecho penal para resolver cualquier conducta reprochable, sin analizar previamente su grave afectación en algunas circunstancias, como manifiesta el maestro Muñoz Conde (2014) “ya no queda nada por criminalizar”. Por ello, se plantea en la presente investigación como problema general: ¿Hasta qué punto los paradigmas jurídicos positivismo y posmodernismo influyen en las decisiones de los magistrados, respecto al principio de mínima intervención del Derecho penal?; y los problemas específicos: ¿Hasta qué punto existe aportes de los paradigmas jurídicos positivismo y posmodernismo en relación al principio de intervención mínima penal?, ¿Los jueces y fiscales en

sus decisiones observan el principio de intervención mínima penal? ¿Existe en las normas sustantivas del Código Penal la afectación al principio de intervención mínima penal? y ¿Existe impacto de los paradigmas jurídicos positivismo y posmodernismo en las decisiones de los magistrados, respecto al principio de mínima intervención del Derecho Penal?

En efecto, la vigencia del “principio de intervención mínima” del Derecho Penal o *ultima ratio*, se hace necesaria e indispensable en el Sistema de Justicia y en la política criminal, como forma de controlar o resistir el Poder Punitivo Estatal que consagra la necesidad de la actuación penal. En efecto, en un Estado de Derecho como lo nuestro nadie podrá ser privado de libertad sin el debido proceso judicial por más que los medios de comunicación declaren culpable u *omnis populus acclamat* propongan la sanción más drástica para el imputado. Es por ello, en esta investigación se plantea como objetivo general de la investigación: Analizar los paradigmas jurídicos positivismo y posmodernismo y su influencia en las decisiones de los magistrados, respecto al principio de mínima intervención del Derecho Penal. Así teniendo, como objetivos específicos: Analizar los aportes de los paradigmas jurídicos positivismo y posmodernismo en relación al principio de intervención mínima penal; evaluar las decisiones de los magistrados en cuanto la observancia del principio de intervención mínima penal; analizar las normas sustantivas del Código Penal que afectan al principio de intervención mínima Penal; y Determinar el nivel de impacto de los paradigmas jurídicos positivismo y posmodernismo en las decisiones de los magistrados, respecto al principio de mínima intervención del Derecho Penal.

La investigación es de suma importancia porque se aborda desde un enfoque jurídico, filosófico y desde las políticas públicas al estudio de los derechos

de las personas, y específicamente el principio de intervención mínima del Derecho Penal. Tiene relevancia universal en cuanto se analiza la obligación que tiene el Estado Peruano con los Tratados Internacionales en la materia de aplicación del “principio de intervención mínima” o *ultima ratio* del derecho penal, también se ejecutará la interpretación en marco de dos paradigmas históricas del Derecho Penal, “positivismo jurídico” y “posmodernismo jurídico”, evidentemente, estas dos corrientes nos permite entender el desarrollo dialéctico y expansivo del Derecho Penal y las contribuciones efectuadas en las decisiones de los Magistrados en los últimos tiempos. Pero también señalar que en la investigación se ha tenido algunas limitaciones, entre ellas está, la escasa bibliografía sobre el tema de investigación en relación al posmodernismo jurídico y también limitaciones en el acceso a las Sentencias de la Corte Suprema por tema de la pandemia.

La presente investigación se encuentra dividida en 4 capítulos. El Capítulo I se denomina Marco teórico, donde abordamos los antecedentes de la investigación, las bases teóricas del “principio de intervención mínima” penal o *ultima ratio* del derecho penal y la definición de términos básicos. En Capítulo II que referencia sobre la Metodología de la investigación; se conserva en su contenido los siguientes temas: tipo de investigación, enfoque de investigación, diseño de investigación, diseño muestral y técnicas de recolección de datos. El Capítulo III que se denomina Resultados, analizamos los siguientes temas: el positivismo y su influencia en las decisiones de los magistrados, genealogía del poder punitivo del Estado, aportes del positivismo filosófico, aportes del positivismo jurídico, posmodernidad y su influencia en las decisiones de los magistrados, aporte de la filosofía posmoderna, aportes del posmodernismo jurídico, Derechos humanos y el principio de intervención mínima penal, afectación al principio de intervención

mínima en Código penal, jurisprudencia nacional y la observancia del principio de intervención mínima, y por último examina los resultados de las entrevistas y encuestas; lo cual, incluye en su contenido los siguientes temas: Cuestiones preliminares, de los entrevistados y encuestas, resultado y análisis de las entrevistas y por último resultado y análisis de las encuestas. El capítulo IV denominado Discusión.

CAPITULO I

MARCO TEÓRICO

Nuestra investigación teóricamente se encuentra ubicada en sector del Derecho y filosofía, y más específicamente en el Derecho Penal con una base filosófica; dentro de este contexto nos limitamos analizar la influencia de los enfoques positivismo y posmodernismo en las decisiones de los magistrados, en atención al “principio de intervención mínima” o *ultima ratio* del derecho penal. El tema por su importancia social, política y jurídica ha sido motivo de investigación y debate a lo largo de la historia contemporánea, lo cual nos sirven de precedentes a nuestra investigación, que a continuación indicamos los más trascendentales.

1.1 Antecedentes de la Investigación

Se ha podido identificar los siguientes antecedentes a la investigación propuesta:

- Magaña Luna (2016) en la tesis doctoral denominada: “*Entre iusnaturalismo y positivismo: John Finnis*”, inicia planteándose unas interrogantes y dudas sobre el origen y fundamentos de los derechos “¿Es la ley la que los otorga y constituye; o simplemente los reconoce?”, esta pregunta lleva plantearse dos posibles afirmaciones: “Si fuera lo primero, los derechos sólo existirían por la ley. Si fuera lo segundo, los derechos existirían aunque no estuvieran en una ley positiva y no hubiera declaración alguna de derechos del hombre o del ciudadano” (p. 23). Pero, también generan otros interrogantes ¿todos los derechos reconocidos son absolutos o pueden ser limitados? Y ¿cuándo, cómo y por qué se pueden limitar? Después del desarrollo, el investigador llega a la siguiente afirmación, “la ley positiva es el analogado principal”; por ende, los elementos que conforman a la ley positiva son: “(i) disposición autoritativa; (ii)

emanada de un órgano con facultades para hacerlo; (iii) con el fin de resolver un problema de coordinación entre los miembros de una sociedad completa; y (iv) en vista del bien común”. Pero también hace una simetría con la tradición iusnaturalista, “sin la fundamentación en la racionalidad, en la moral, los derechos naturales serían exigencias irracionales si el titular de los mismos los reclamara en forma absoluta, aun a costa de violentar los derechos de los demás, del orden social” (p. 508).

- Peña (2016) en su tesis denominada *“De la situación moderna a la situación posmoderna y ¿cómo se configura el derecho en la Posmodernidad?”* donde se plantea como objetivo general: “Analizar los rasgos fundamentales de la transformación del derecho a partir del análisis de la situación social moderna confrontada con la situación posmoderna” (p. 9), empleando el enfoque metodológico documental en base al análisis de textos filosóficos, económicos y sociológicos en torno a la modernidad y la posmodernidad. La investigación a llega a la siguiente conclusión:

El Derecho moderno acoge los principios de la racionalidad que se proponen durante la modernidad y se ordena con base en reglas generales y en el análisis de sus estructuras internas y de la organización segmentada y jerarquizada de sus discursos, lo que lo convierte en una estructura fácilmente predictiva y benéfica para el proyecto moderno. Además, cumple un papel determinante en la organización de la realidad social e individual con base en la concreción del modelo Estado – nación, que a su vez se ajusta a las formas propuestas por las ciencias administrativas, económicas y políticas que sirven de sustento al proyecto moderno de organización societaria. El Derecho se estructura bajo los parámetros modernos, sin

embargo, esa organización se aleja notablemente de su tarea. El derecho en la modernidad se dirige a una cientifización excesiva, mientras se aleja de su objetivo que fue servir a las personas. (p. 70).

En cuanto al posmodernismo el investigador concluye afirmando:

La posmodernidad cambia el concepto del Derecho radicalmente, superando sus análisis internos basados en la estructura disciplinar, para abordar la comprensión de su papel en la sociedad y de esta forma llegar hasta ámbitos de la vida que antes no habían sido contemplados. Para ello, ha superado las barreras dogmáticas en su producción y en la construcción de sus disertaciones, tomando y aceptando estructuras discursivas que antes eran tenidas como ajenas y distantes. (p. 72).

- Milanese (2017) en la investigación denominada "*El moderno derecho penal y la quiebra del principio de intervención mínima*" plantea como objetivo central de analizar el "principio de intervención mínima" o *ultima ratio* en un contexto denominado Moderno Derecho penal, con la finalidad de fijar una posible afectación de este principio en el forjamiento de un nuevo enfoque del Derecho penal. Efectivamente, llega a las siguientes conclusiones en que "el Derecho penal moderno hay evidente quiebra del principio de intervención mínima lo que es inadmisibles en el Estado Social y Democrático de Derecho, así que, o se elimina una parte (o incluso toda) de esa modernidad" (p. 21), evidentemente, se encamina en el riesgo de transformar el Derecho penal en una percepción simbólico, así perdiendo su significado principal de instrumento de coacción jurídica y de control social. En esta línea, "por más que el Derecho penal clásico necesite de transformaciones, a fin de atender las nuevas necesidades sociales, el núcleo de esos cambios no puede representar, de manera alguna,

la infracción de los principios que sustentan el Estado de Derecho” (p. 21). Es así, el autor de la investigación, está de acuerdo con una perspectiva dirigida a disminuir el accionar del Derecho penal, considerando así los criterios de subsidiariedad y fragmentariedad, que son elementos naturales del “principio de intervención mínima”, y también conservando las garantías logradas desde el liberalismo.

- Del Rosal Blasco (2009) en la investigación denominada “*¿hacia el derecho penal de la postmodernidad?*” Llegó a la siguiente conclusión, “las estrategias de intervención penal deberían orientarse hacia la rehabilitación terapéutica del delincuente, de forma que tanto la ciencia como las instituciones penitenciarias, deberían de invertir sus esfuerzos en acertar con las estrategias rehabilitadoras más adecuadas para cada delincuente individual” (p.58). Es así, la disertación moderna se central en el individuo, tanto en sus objetivos como en sus técnicas, con el objetivo de brindar responsabilidades y construir una adecuada técnica de rehabilitación para reforma a los delincuentes. El modelo penal que se desarrolla en la época moderna es, por consiguiente, “el modelo de la confianza en la razón de la ciencia y en el conocimiento de los expertos, pues son ellos los que deben diseñar los programas y las estrategias de intervención” (p. 58), aunque puede haber aclamaciones y convicciones del populum.
- Ballesteros Ballesteros y Pesantes Heredia (2014) en la tesis de maestría denominada: “*La aplicación del principio de intervención mínima penal en la punibilidad de los actos contra los derechos de la naturaleza reconocidos en la Constitución*”, planteó como objetivo de investigación demostrar que la aplicación del “principio de intervención mínima” penal en la sanción a infracciones ambientales, es un medio eficaz para la protección de los derechos

de la naturaleza reconocidos en la Constitución. La investigación está justificada por razones que adquiere y presenta relevancia jurídica y social; por ser una preocupación de actualidad; constitucionalmente la naturaleza adquirió derechos con categoría de bienes jurídicos tutelados; analizar la protección debe ser desde el campo del derecho penal o desde el derecho administrativo; tomando en cuenta al “principio de intervención mínima” penal. Después del proceso de investigación deriva a la siguiente conclusión que, bajo el “principio de intervención mínima” penal, tenemos la noción del derecho penal como *ultima ratio* en oposición al derecho penal de “prima ratio”, por lo que bajo la perspectiva de los enfoques de protección penal de los bienes jurídicos reconocidas en las Constitución, como son los derechos de la physis “naturaleza”, se convierte de mayor importancia, explicar si las normas penales que establecen sobre la protección de los medios ambientales están cumpliendo su rol de protección del bien jurídico natural; efectivamente, en la investigación emprendida, se ha podido establecer que no concurren sentencias condenatorias con una dimensión proporcional a los daños causadas a la naturaleza “physis”.

- Limaico Limaico (2015) en la tesis denominada *“El cumplimiento del principio de intervención mínima penal en el juzgamiento del delito de hurto y sus efectos jurídicos”* se planteó como objetivo general en diseñar el cumplimiento real del principio de la intervención mínima penal en el tratamiento del delito de hurto; es así, para garantizar y responde los derechos del enjuiciado y la investigación lo justifica manifestando, que si el Estado se responsabiliza de forjar su propio sistema jurídico ajustado en la ley positiva, entonces el mismo tendrá la facultad de brindar base y consistencia a los nuevos intereses que van instaurándose

dentro de la sociedad moderna; el neo-constitucionalismo, es un método jurídico fundado por el Estado Constitucional de derechos, principios y justicia, bajo ese criterio, “ya no es la ley, sino la aplicación de los valores y principios constitucionales”; además Limaico complementa: “los administradores de justicia son los responsables de hacer uso de la justicia para brindar soporte a las sentencias y resoluciones de las personas jurídicas procesadas” (p. 3). Después de la investigación, llega el autor, a las siguientes conclusiones, primero: “el principio de intervención mínima significa que la actuación del Derecho Penal debe reducirse al mínimo posible; es lo que se ha llamado también minimización de la respuesta jurídica violenta frente al delito” (p. 67), y como segundo punto: “el carácter de *ultima ratio* hace referencia a la protección de los bienes jurídicos” (p. 68), es posible de aplicar frente a los ataques muy graves.

- Ozafrain (2016) en la tesis de maestría denominada “*El principio de ultima ratio. Fundamentos en el Derecho Internacional de los Derechos Humanos para una política criminal minimalista*” planteó la pregunta de investigación: “¿Puede, entonces, afirmarse que existe una obligación de respeto al principio de ultima ratio que emane del Derecho Internacional de los Derechos Humanos?”, a raíz de este interrogante, se plantea los siguientes objetivos: analizar el concepto *ultima ratio* en el avance histórico y en el Derecho Internacional de los Derechos Humanos; y explorar algunas de estas derivaciones delimitadas del principio de *ultima ratio* en lenguaje de Política Criminal los Estados necesariamente deberán tener en consideración con fines de no cometer en desacato internacional. Después de la investigación analítica se llevó a la siguiente conclusión, “la política criminal debe ajustarse a estrictos estándares de diseño,

ejecución, monitoreo y evaluación que le vienen dados por el denominado enfoque de derechos, cuyo incumplimiento supone la violación por parte de los Estados de las obligaciones asumidas internacionalmente” (p.174). Es así, el investigador considera que, al margen de la vigencia de otros factores, que pueden influir, “la política criminal debe evaluarse bajo la vara del estándar de estricta necesidad que constituye el núcleo del principio de *ultima ratio*”. En efecto, se proceden de este principio mencionado una serie de resultados, entre ellas son: “la obligación de explicitar objetivos, plazos e indicadores en el plan político-criminal previo a requerir la habilitación parlamentaria de poder penal” (p.174); también “la necesidad de verdadera participación democrática en la preparación de las normas penales; la caracterización de la inflación penal como categoría sospechosa”; y también en esa línea afirma el autor que, “la obligación de abandonar o modificar los planes político-criminales manifiestamente ineficaces; el empleo generoso y sometido a criterios claros de selección de los denominados medios alternativos de resolución de conflictos”; y la valoración de los derechos de la víctima; y por último, “el refuerzo de los sistemas de justicia de los pueblos indígenas” (p.174).

- Paytan Arias (2018) en la Tesis denominada “*Vulneración del principio de ultima ratio, en las sentencias, en delitos de cohecho pasivo impropio de mínima cuantía- Corte Superior de Justicia de Huancavelica –2016*” tiene como objetivo conocer la vulneración del principio penal de *ultima ratio*, en los dictámenes, “en delitos de cohecho pasivo impropio de mínima cuantía”, en la Corte Superior de Justicia de Huancavelica. La investigación se justifica en razón que, se observa cómo es que los Magistrados del Poder Judicial y del Ministerio Público tienen las dificultades de acusar y decidir en sus fallos finales la sanción

a los procesados o inculcados. En la investigación se deriva a la siguiente conclusión, una excesiva intrusión del Derecho Penal en la vida social comportaría una reducción en gran medida del ámbito de libertad individual, por ende, es “necesario humanizar el sistema penal garantizar el respeto de los derechos humanos y limitar al máximo la utilización de las medidas cautelares privativas de libertad, medidas utilizadas como supuesta solución, que hasta ahora se ha comprobado que nada han solucionado” (p. 123). Por esta razón en la política criminal moderna se postula que el derecho penal debería ser la *ultima ratio* en su aplicación.

- Cuenca Quiroz (2019) en su tesis de maestría: *“La vulneración del principio de mínima intervención del derecho penal y el de igualdad de la constitución por parte de la política criminal estatal al incorporar el delito de feminicidio en el código penal”*, se plantea como objetivo principal determinar la manera que la política criminal afecta y vulnera el principio de intervención mínima del Derecho Penal y la igualdad de la Constitución Política al haber tipificado el delito de feminicidio en el Código Penal. El investigador, deriva a las siguientes conclusiones: primero, el Derecho Penal es un instrumento de control social secundario que colabora en la paz social y la vida comunitaria, pero lo hace de manera residual, en razón que los principales responsables de luchar contra la criminalidad son las instituciones educativas, familias y sociedad civil. En efecto, el Derecho Penal interviene cuando haya fallado el control social primario. Segundo, el principio de mínima intervención del Derecho Penal no supone una aplicación técnica de la disciplina penal, sino que se halla relacionada de manera intrínseca al principio de proporcionalidad, idoneidad y necesidad.

- Abril Paredes (2018) en su tesis de maestría: *“Trascendencia de la cuantía en el delito de peculado y su incidencia en el principio de mínima intervención”*, se plantea como problema principal en la política criminal un gran número de recursos normativos incorporados al Código Penal que tiene el propósito de sancionar y además de evitar actos de corrupción en seno de la administración pública. Esto se ha evidenciado a través de las reformas normativas, con la imposibilidad de imponer una pena suspendida en algunos delitos, sin duda, nos situamos en juicios de apropiaciones ínfimas y sin mayor relevancia en el marco del delito de peculado. La investigación conduce a las siguientes conclusiones: primero, Derecho Penal y la Constitución se da una estrecha relación, por consiguiente, la interpretación de los distintos dispositivos normativos en nuestra legislación penal debe atender los parámetros del Estado de Derecho; Segundo, cuando los conflictos sociales no puedan ser solucionados por medidas menos lesivas y la afección tiene trascendencia, se deben recurrir al Derecho Penal; y la doctrina ha desarrollado tres parámetros para la adecuada aplicación del principio de mínima intervención: subsidiariedad, fragmentaria y última ratio.

1.2 Bases Teóricas

1.2.1 Positivismos filosófico

La existencia de la corriente positivista- jurídico fue gestándose paulatinamente en el campo de la filosofía a finales del siglo XVIII y todo el siglo XIX. La corriente filosófica que está más vinculada en la producción del positivismo jurídico es la corriente empirista por su objeto de estudio, por estar ubicada en el campo de las ciencias naturales; es decir, el método científico que se emplea para el

estudio de las ciencias naturales, también se inicia utilizar en la praxis de las ciencias jurídicas. En efecto, en la construcción del positivismo jurídico encontramos científicos y filósofos, entre los filósofos tenemos muchos que han aportado, pero en este apartado de la investigación sólo haremos mención a los que están próximos en el tiempo histórico, tenemos entre ellos: David Hume, Immanuel Kant y Augusto Comte. Cada uno de ellos, nos presentan una perspectiva del positivismo.

El positivismo tiene como objeto de estudio la realidad, los hechos y la relación que guarda entre ellas; es decir, realiza el estudio a través del método científico, así siendo como conocimiento válido y confiable todo lo que se haya experimentado. En esta línea de conocimiento después de Hume, tenemos a Kant que consideraba que los juicios sintéticos a posteriori responden al conocimiento confiable, en razón que comprueban su validez a través del método científico, y también por su lado Comte (1934) expresa que “las leyes de los fenómenos son en lo que consiste realmente, la ciencia, a la cual los hechos propiamente dichos, por exactos y numerosos que puedan ser, nunca procuran otra cosa que materiales indispensables” (p. 14). En efecto, Comte siguiendo los pasos de Bacon y Descartes considera que la ciencia es la que dará al hombre el dominio sobre la naturaleza, control sobre los problemas sociales de la vida práctica.

Para los filósofos positivista es posible establecer, mediante la percepción sensorial, la imaginación y la razón, las leyes de los fenómenos sociales, del mismo modo que la física que establece las leyes que guían los fenómenos físicos o naturales.

1.2.2 Positivismo Jurídico

El positivismo Jurídico es el resultado del desarrollo de la filosofía positivista, es así, las corrientes jurídicas se han desarrollado con el soporte e iluminación de la filosofía, entre los positivismos jurídicos tenemos a Thomas Hobbes, Jeremy Bentham, Hans Kelsen y H.L.A. Hart. Cada uno de ellos emplea la metodología científica en el desarrollo de las leyes jurídicas.

Después de observar y analizar los fenómenos sociales y el Estado natural del individuo, el autor de Leviatán, Hobbes (1980) afirma que, “mediante el arte se construye gran Leviatán que se denomina una república o Estado, y que no es sino un hombre artificial, aunque de talla y fuerza es superior a las del natural, para cuyo amparo y resguardo fue pensado”. Es así, el Imperio Estatal es “un alma artificial” que da potencia y dinamismo al cuerpo en los miembros en su totalidad; “los jueces y otros funcionarios de judicatura y ejecución son las articulaciones; el estímulo y el castigo hacen las funciones de los nervios en el cuerpo natural, atando al trono de la soberanía cada articulación y cada órgano” (p. 117); esto hace que cada uno de los miembros del Estado cumpla la tarea asignada, en caso de no hacerlo se manejará a través de la fuerza y castigo; “los consejeros, gracias a los cuales le son sugeridas todas cuantas cosas precisa saber, son la memoria; la equidad y las leyes son una razón y una voluntad artificial; la concordia, salud, la sedición, enfermedad, y la guerra civil, muerte” (p. 117).

Para el otro positivista jurídico, Jeremy Bentham (1839) hay dos modos de combatir los delitos: primero directamente con las penas, y el segundo a través de los medios que los previenen. En el primero el legislador declara explícitamente la guerra al enemigo (persigue, combate y condena); en el

segundo “no manifiesta sus proyectos, obra, abre minas, procura adquirir inteligencias, y trabaja por frustrar los planes hostiles, y conservar en su alianza a los que hubieran tenido intenciones secretas contra él” (p.73). El autor toma las medidas de acuerdo al fenómeno social y plantea medidas normativas utilitarias para su tratamiento.

El autor de “Teoría pura del derecho”, también subraya que, “desde el punto de vista de una teoría del derecho positivo, no hay hecho alguno que, en sí y de por sí, es decir, sin consideración de la consecuencia que estatuye para él el orden jurídico, sea un acto ilícito” (p. 127). Es así, “no hay mala in se, sino solamente mala prohibida. Se trata, por lo demás, de no más que una consecuencia del principio generalmente reconocido en el derecho penal *nullum crimen sine lege, nulla poena sine lege*” (p.127); evidentemente, este principio tiene su vigencia más allá de las ciencias penales, para todo tipo de sanciones. El pensamiento de Kelsen tiene carácter positivo, en razón que, desarrolla empleando el método científico sobre los hechos de la realidad “de lo que es y no de lo que podría ser”. El positivismo normativista tiene el carácter de objetividad, generalidad y fiabilidad en el desarrollo de las ciencias jurídicas.

Para Hart (1980) el derecho penal es “algo que obedecemos o desobedecemos; lo que sus reglas exigen es calificado de deber. Si desobedecemos; se dice que ha habido una trasgresión al derecho y que lo que hecho es jurídicamente incorrecto, la infracción de un deber” (p. 33). Para el autor, la ley penal desempeña la función de tipificar específicamente algunas conductas ya para su omisión o ejecución. Por consiguiente, para el autor “la pena o sanción que las normas imputan a las infracciones o violaciones del derecho penal busca crear un motivo para que los hombres se abstengan de

esas actividades”. Por las características que configura existe “una analogía entre el derecho penal y sus sanciones, por un lado, y las órdenes generales respaldadas por amenazas de nuestro modelo, por el otro” (p. 33).

1.2.3 Posmodernismo filosófico

En línea del posmodernismo contamos con muchos filósofos de diferentes contextos sociales, cada uno de ellos, brindan un aporte necesario en la comprensión de la filosofía posmoderna, y de manera específica en la filosofía del derecho.

Desde de la filosofía política liberal Rawls (2006) manifiesta que, en una “sociedad” que tiene regulación no se presentará la necesidad de la existencia del derecho penal, salvo en algunas circunstancias que amerita la sociedad. “El problema de la justicia penal corresponde, en su mayor medida, a la teoría de la obediencia parcial, mientras que la cuenta de las porciones distributivas corresponde a la teoría de la obediencia estricta” (p. 291); es decir la atención del estado sobre acciones distributivas es muy diferente que las acciones penales. También el autor, complementa que “la justicia distributiva y la justicia retributiva son opuestas la una a la otra es completamente erróneo, y sugiere una diferente justificación para las porciones distributivas de la que en realidad tienen”. (p.291)

Ante la crisis teológica, metafísica y positivismo jurídico; el filósofo Habermas (s.f.) propone la teoría de la acción comunicativa, subrayando que “únicamente los imperativos morales (y las normas jurídicas que, como por ejemplo los derechos humanos, sólo se fundamentan moralmente) pretenden, como las afirmaciones, validez absoluta, es decir, reconocimiento universal”. Esto significa la vigencia e

importancia del pensamiento ilustrado de Kant en cuanto a la concepción de los imperativos morales que tienen la posibilidad de deben ser «universalizables» desde los juicios a priori. “Las normas morales deben poder encontrar el reconocimiento racionalmente motivado de todos los sujetos capaces de lenguaje y de acción por encima de los límites históricos y culturales de cada particular mundo social” (p. 103). Es decir, se hace necesario reconocer a la moral como fundamentos de la ley jurídica, pero a través del reconocimiento racional.

En una reflexión sobre facticidad y validez de acciones jurídicas Habermas (2005) desde el enfoque de “la teoría de la acción comunicativa” indica que, “el sistema de acción Derecho pertenece, como un orden legítimo que se ha vuelto reflexivo, a la componente social del mundo de la vida. Y así como ésta, a una con la cultura y con las estructuras de la personalidad” (p. 146); pero esto tiene un causante para su realización fáctica, el autor postula por la corriente “acción comunicativa”, y de igual forma, “las acciones jurídicas constituyen el medio a través del cual se reproducen las instituciones jurídicas simultáneamente con las tradiciones jurídicas intersubjetivamente compartidas y las capacidades subjetivas de interpretación y observancia de las reglas jurídicas”. Como parte de dicha componente social del mundo de la vida estas reglas jurídicas constituyen órdenes legítimos del nivel superior; pero simultáneamente, como simbolismo jurídico y como competencias adquiridas en el propio proceso de socialización en el contexto de derecho. (p. 146).

Desde una perspectiva hermenéutica Gadamer (1993) da unas pinceladas sobre la dialéctica del derecho ya que “la hermenéutica consiste en operar la concreción del derecho que, nuestro conocimiento del derecho y las costumbres se ve siempre complementado e incluso determinado productivamente desde los

casos individuales”. El juez no sólo aplica el derecho concreto, sino que con “la emisión de la sentencia favorece por sí mismo al progreso del derecho (jurisprudencia). E igual que el derecho, las costumbres se desarrollan también continuamente por la fuerza de la productividad de cada caso individual”. (p. 29).

Desde un enfoque particular la filósofa Arendt (1995) describe que, “una ley es algo, que une a los hombres entre sí y que tiene lugar no mediante una acción violenta o un dictado sino a través de un acuerdo y un convenio mutuos” (p.111). Desde esta perspectiva, la promulgación de una ley se encuentra en la médula del acto político, que tiene su vigencia en la guerra y en toda comunicación humana. Por consiguiente, para la filósofa, la ley es algo que instaure y estable las relaciones entre los seres humanos ya que no es un producto del derecho natural; en razón que, “no todos los humanos son reconocidos por naturaleza, por una voz de la conciencia ‘recta conciencia’ lo que es bueno y malo, que mandan desde fuera a todos los hombres por igual, sino las del pacto entre contrayentes”. (p. 112).

2.2.4 Posmodernismo Jurídico

En el desarrollo de la hermenéutica jurídica posmoderna tenemos a muchos juristas, tenemos entre ellos: Beccaria, Dworkin, Alexy, Ferrajoli, Mir Puig, Atienza, Zaffaroni, Muñoz Conde, Silva Sánchez, Felipe Villavicencio, etc. Cada uno de ellos reflexionan sobre la naturaleza del Derecho penal y los deberes que se asigna a los magistrados en el razonamiento y las decisiones.

Beccaria (2015) sobre la prevención de los delitos, sostenía: “No solo es interés común que no se comenten delitos, sino que sean menos frecuentes en proporción

al mal que causan en la sociedad”. Es así, deben ser más enérgicos las razones que “retraigan los hombres de las infracciones a medida que son contrarios al bien público ‘bienestar social’, y a medida de los estímulos que los inducen a cometerlos. Debe por esto haber una proporción entre los delitos y las penas” (p. 25).

En líneas posteriores Beccaria (2015) sentencia que “el fin de las penas no es atormentar, preocupar ni afligir un ser sensible, ni deshacer un delito ya cometido”. En esta lógica, surge el interrogante “¿Se podrá en un cuerpo político que, bien lejos de obrar con pasión, es el tranquilo moderador de las pasiones particulares, se podrá, repito, abrigar esta crueldad inútil, instrumento del furor y del fanatismo o de los flacos tiranos?” (p.34), también a esto podemos complementar ¿hasta qué punto la aclamación de piedad podría resarcir los daños? Para el autor la finalidad de la pena, no es otro que “impedir al reo causar nuevos daños a sus ciudadanos y retraer a los demás de la comisión de otros iguales”. Pero siempre teniendo en consideración la proporcionalidad, no hay circunstancias que modifiquen este criterio, es así, “deberán ser seleccionadas aquellas penas y aquella regla de imponerlas que, guardada la proporción, hagan una impresión más eficaz y más durable sobre los ánimos de hombres, y la menos dolorosa sobre el cuerpo del reo”. (pp. 34- 35). En efecto, analizar sobre el principio de proporcionalidad amerita considerar contenidos que van más allá del marco normativo.

Uno de los críticos del positivismo fue Dworkin (2007) subraya que, “la legalidad es mucho más sensible que la libertad, la igualdad o la democracia a la historia y a las prácticas vigentes de la comunidad que tratan de respetar este valor” (p.202). Esto es así porque una comunidad política “legislación” expresa

legalidad, entre otros requerimientos, cuando conserva de ciertas formas la seguridad en su pasado. Es primordial para carácter de la legalidad que las decisiones ejecutivas de un régimen estén justificadas y comprendidas por estándares previos o anteriores en vez de estándares nuevos creados ex post facto, y estos estándares deben contener no sólo normas sustantivas sino también “los estándares institucionales que dotan de autoridad institucional para crear, implementar y adjudicar tales estándares en el futuro”. La revolución puede ser consistente con la libertad, la igualdad o la democracia. Puede, y a menudo lo ha sido, necesaria para alcanzar al menos un nivel decente de esos valores. (p. 202).

Por su parte Alexy (1993) busca dar solución la disputa de los principios. “Cuando dos principios entran en colisión, tal como es el caso cuando según un principio algo está prohibido y, según otro principio, está permitido –uno de los principios tiene que ceder ante el otro” (p. 89). Pero esta lógica no conlleva afirmar la invalidez del principio apartado, sino que “el principio desplazado tendrá que introducirse una cláusula de excepción”. Esto significa en un sentido espacio-temporal que, “bajo ciertas circunstancias uno de los principios precede al otro”. Y en otras situaciones, “la cuestión de la precedencia puede ser solucionada de manera diversa. Esto es lo que quiere expresar cuando se afirma que en los casos concretos los principios tienen diferente peso y que prima el principio con mayor peso”. (p. 89).

Las reglas y los principios, en el pensamiento de Alexy, “son razones de tipo diferente. Los principios serán razones “*prima facie*”; las reglas, a menos que se haya establecido una excepción, razones definitivas”.

Desde el Garantismo Jurídico Ferrajoli (2001) señala que, “lo relevante del desarrollo de Welfare State sobre las formas institucionales de los estados de

capitalismo avanzado ha sido, sin duda, la crisis del modelo liberal clásico del Estado de Derecho” (p. 65). El autor reformula la concepción alemana del “Estado de Derecho” buscando trascender los parámetros de la legalidad “Estado legal”, así llevando a un “el sentido más significativo ‘principios constitucionales’, propio del uso italiano-francés, de un modelo de organización política caracterizado, esquemáticamente, por tres principios que conviene recordar: a) el principio de legalidad, b) el principio de publicidad y c) la sujeción a control” (pp. 65-66).

En su reflexión sobre el Derecho Atienza (2005) expresa que, “la nueva concepción del derecho estaría caracterizada por la importancia atribuida a los principios generales del derecho y a los lugares específicos del derecho (los tópicos jurídicos)” (p.64). En así, el razonamiento jurídico no es ya ni “una simple deducción silogística”, ni tampoco “la simple búsqueda de una solución equitativa”, sino “la búsqueda de una síntesis en la que se tenga en cuenta a la vez el valor de la solución y su conformidad con el derecho”. Expresando de otra manera, “la conciliación de los valores de equidad y seguridad jurídica, la búsqueda de una solución que sea no sólo conforme con la ley, sino también equitativa, razonable y aceptable” (p. 64)

Por su parte Zaffaroni afirma que, “las cárceles en América Latina (hacinadas, con violencia institucional estructural y constante) reproducen el horror que dicen venir a limitar y reordenar, no rehabilitan a nadie, no mejoran ni educan; por eso en rigor el concepto de Pena” (p. 84), por su parte el pragmatismo no busca desarrollar una concepción teórica de la pena sino sólo una acción práctica casi innecesaria por falta de compatibilidad con la naturaleza del derecho; por ende, la situación actual del siglo XXI se caracteriza por conservar o forjar una nueva cultura. Es así, para el autor, la cultura es “una nueva cultura legal y esto tiene

alcance al penalismo. En la medida en que la pena –en la práctica– siempre contraviene al derecho, conculca y violenta la dignidad humana, la pena y el Derecho se contraponen”. (p. 84)

1.2.5 Principio de intervención mínima o *ultima ratio* del Derecho Penal.

El origen del “principio de intervención mínima” se debe al origen del Liberalismo, siendo esto “una doctrina política nacida en la segundan mitad del siglo XVIII, principalmente en Francia y el Reino Unido, caracterizada por la reivindicación de un importante espacio de libertad en el ámbito personal, religioso, literario y económico” (Milanese, 2005, p.2). Es así, el liberalismo surge como expresión de la libertad en temas de carácter económica, propiedad y subjetividad individual, sin duda, es un sistema adverso a la estructura Estatal o monarquía absoluta. En el desarrollo del liberalismo tenemos aportes de John Locke y Adam Smith afirmando que la soberanía del Estado no debe intervenir afectando el desenvolvimiento libre del individuo (derecho a la vida, derecho a la libertad) y en la producción económica; más bien el Estado como resultado del contrato social tiene como fin principal de velar por los derechos del hombre (bienestar, libertad, propiedad, etc.). Por consiguiente, desde la perspectiva del liberalismo la existencia de los Poderes del Estado son manifestaciones libres de los derechos naturales de las personas (estado natural).

El Derecho penal atribuido como *ultima ratio* significa “que sólo debe intervenir en la defensa de los bienes jurídicos cuando se revelen como inservibles o incapaz para ese cometido todos los demás medios de reacción y tutela con que cuenta el ordenamiento jurídico”. (Guzmán, 1993, 133).

Evidentemente, este principio no está reconocida taxativamente en la nuestra Constitución Política Peruana, pero sí tiene reconocimiento a nivel doctrinario y jurisprudencial por su carácter fragmento del Derecho Penal. Entonces su legitimación está marcado por el condicionamiento estricto de situacional, que sólo en casos que otras medidas judiciales o extrajudiciales no puedan salvaguardar los bienes jurídicos.

Por su parte Hurtado Pozo (1987) indica que, el uso restringido del castigo penal por parte del Estado, es reclamado, igualmente, por la grave afectación de los derechos fundamentales de la persona que comporta la sanción. “Sólo debe acudir a este instrumento cuando sea totalmente necesario; cuando el amparo de los bienes jurídicos y la afirmación de ciertos diseños de conducta no sean alcanzables mediante otras previsiones normativas” (p. 14). Desde esa perspectiva se razona del sistema penal como *ultima ratio*. Evidentemente, no tener en consideración este principio fundamental se correrá en el peligro de seguir incrementando las leyes penales y se consolide el poder punitivo del Estado.

En un contexto jurídico al Derecho Penal le incumbe el trabajo más desnaturalizada y espantoso, como es la imposición del castigar con las leyes más peligrosas a los incumplimientos de los bienes jurídicos más significativos en la sociedad; en esa línea, los maestros Muñoz Conde y García Arán (2010) manifiestan que, “la naturaleza del Derecho penal debe ser subsidiario del resto de las normas del Ordenamiento jurídico, por cuanto en ello se expresa su carácter de *ultima ratio*” (p. 74); por ende, cuando la agresión no es tan peligroso o el bien jurídico no sea sumamente trascendental pueda ser remediado con recursos menos gravosos que las acciones penales.

Para Martos Núñez (1991) “la intervención penal sólo está justificada cuando así lo reclame la peculiar estructura normativa del Estado democrático de Derecho, basado en el principio de la necesidad de la intervención” (pp. 221-222); por ende, no será como el resultado lógico de un derecho del Estado a penar, sino dentro del principio de la legalidad "*nullum crimen nulla poena sine lege*, sin duda, legitiman la actuación del Estado los principios que garantizan el debido proceso. En esta línea, el Derecho Penal ha de creer como *ultima ratio*, esto es, sólo debe apelar a él cuando han fracasado los demás controles formales o informales del Estado.

En sus reflexiones el profesor Baratta (1980) manifiesta que, el Derecho penal “no protege todos los bienes jurídicos, sólo los bienes fundamentales en los cuales está equivalentemente interesado el conjunto de los ciudadanos, y cuando castiga los agravios a los bienes principales lo hace con ímpetu heterogéneo y de modo defectuoso” (p. 29).

Zaffaroni y Croxatto (s.f.) indican que la contestación penal será siempre una respuesta de carácter de *ultima ratio*, que “se emplea cuando, para los adultos que cometen delitos, todas las otras alternativas reparatorias fracasan” (p.99). Esta lógica de praxis del Derecho penal será aplicado sólo para los ciudadanos adultos y estarán exceptuados los adolescentes, en razón que estos requieren “inserción”, “resocialización” y “educación”, sin duda, todo lo inverso de lo que supone la vida en la celda de un centro penitenciario. Entonces, en la línea de pensamiento de Zaffaroni la aplicación del principio de *ultima ratio* también considera la edad cronológica de la persona.

Según Monroy Rodríguez (2013) “el principio de intervención mínima es un límite al ius puniendi estatal que consagra la necesidad de fragmentar la acción penal, valorar los bienes jurídicos por proteger, dirigir el poder sancionador hacia los daños graves a importantes bienes jurídicos” (p. 28); por consiguiente, la doctrina consagra al Derecho Penal como la posibilidad de actuar sólo en situaciones excepcionales y con carácter de utilidad en que, otros mecanismos a imponerse no hayan actuado de manera eficaz y positiva. Son diversas las tipologías del principio estudiado, a saber: “fragmentariedad”, “subsidiaridad” y “proporcionalidad”.

Para García, el Derecho Penal es un ‘derecho de mínimos’, esto significa, “que debe meterse allí donde no haya más remedio u otra opción, cuando la ausencia de alternativas sancionatorias más poderosas se revele como la única respuesta posible frente a conductas reprochables que afecten tremendamente a los bienes jurídicos más preciados”. (como se citó en Limaico, 2015, p. 05).

La Política criminal que encamina o busca hacer cambio de las penas menores por las acciones penales diferentes de menos gravosa o preventivas se basa principalmente en una concepción del Derecho penal como *ultima ratio*. El penalista español Muñoz Conde (2010) manifiesta que, “en el caso español puede encontrar un válido apoyo en la proclamación constitucional de la libertad como valor superior del Ordenamiento jurídico (art. 1 CE)” (p. 568); en esta línea, se puede aseverar que la limitación total de la libertad personal conlleva al sistema penitenciario tomar decisiones sobre “casos menos agresivos en la prevención de los delitos”. (Muñoz Conde y García Arán, 2010, p.568). Sin embargo, esta reflexión del maestro Muñoz Conde y otros juristas nacionales e internacionales se ha omitido por muchos años hasta que llegó la pandemia del

COVID-2019, donde el gobierno promulgó el Decreto Legislativo N° 1459 “con fines de optimizar la aplicación de la conversión automática de la pena para personas condenadas por el delito de omisión de asistencia familiar, a fin de reducir el hacinamiento penitenciario y evitar contagios de COVID-19”, y también se van tomando otras medidas excepcionales para “el deshacinamiento de establecimientos penitenciarios y centros juveniles por riesgo de contagio de virus covid-19”.

2.2.6 El principio de intervención mínima en las Resoluciones del Tribunal Constitucional y de la Corte Suprema de Justicia a nivel internacional y nacional

El Tribunal Supremo de España en la sentencia N° 434/2014 busca salvaguardar los fines del derecho penal, como *ultima ratio*, “los principios de legalidad” y de “mínima intervención”, describe:

La sanción penal no debe actuar cuando existe la posibilidad de utilizar otros medios o instrumentos jurídicos no penales para restablecer el orden jurídico. En este sentido se manifiesta por la STS. 13.10.98, que se ha dicho reiteradamente por la jurisprudencia y la doctrina, hasta el punto de convertir en dogma que la apelación al derecho penal como instrumento para resolver los conflictos, es la última razón a la que debe acudir el legislador que tiene que actuar, en todo momento, inspirado en el “principio de intervención mínima” de los instrumentos punitivos. El “principio de intervención mínima” que forma parte del principio de proporcionalidad o de prohibición del exceso, cuya exigencia descansa en el doble carácter que ofrece el derecho penal:

a) Al ser un derecho fragmentario en cuanto no se protege todos los bienes jurídicos, sino solo aquellos que son más importantes para la convivencia social, limitándose, además, esta tutela a aquellas conductas que atacan de manera más intensa a aquellos bienes. b) Al ser un derecho subsidiario que, como *ultima ratio*, la de operar únicamente cuando el orden jurídico no puede ser preservado y restaurado eficazmente mediante otras soluciones menos drásticas que la sanción penal. Reducir la intervención del derecho penal, como última "ratio", al mínimo indispensable para el control social, es un postulado razonable de política criminal que debe ser tenido en cuenta primordialmente por el legislador. (Numeral 2°).

La Corte Suprema de Justicia en el R.N. N° 3004-2012, sostiene lo siguiente:

El Derecho Penal debe representar el medio o recurso más gravoso para limitar o restringir el derecho a la libertad de las personas y, por tanto, debe reservarse para las violaciones más intolerables, en este sentido, se tiene que cuando el Derecho Penal se erige como al "*ultima ratio*" supone que la sanción penal no debe actuar cuando exista la posibilidad de utilizar otros medios o instrumentos jurídicos de control social menos severos. En esta línea argumentativa se tiene que el Derecho Penal está enmarcado en el "principio de intervención mínima", lo que supone que el ejercicio del poder de punición tiene que ser el último recurso disuasivo que puede utilizar el Estado para controlar desmanes transgresores de la vida en comunidad. (pp. 2-3).

El Tribunal Constitucional en el Pleno Jurisdiccional 0012-2006-PI/TC subraya que:

En un Estado social y democrático de derecho, el Derecho Penal debe procurar, fundamentalmente, servir a todos los ciudadanos, evitando que la pena se convierta en un fin en sí mismo, y que desconozca el interés por una convivencia armónica, el bienestar general o las garantías mínimas que la Norma Fundamental le reconoce a toda persona. Conforme a ello, el Derecho Penal debe orientar la función preventiva de la pena con arreglo a los principios de culpabilidad, de exclusiva protección de bienes jurídicos o de proporcionalidad, entre otros.

1.3 Definición de términos básicos

1.3.1 Principio.

Punto de partida de un enunciado. En la filosofía griega se tomaba en calidad de principio u origen inicial: el aire, el agua, el fuego, la tierra, ápeiron, número etc.; es así, en cada época histórica los principios tomaban un carácter o logos diferente.

1.3.2 Positivismo.

El positivismo no se apoya en “especulaciones abstractas”, sino esencialmente en “hechos positivos”. Por ende, “el rasgo característico del positivismo es la concepción idealista de la experiencia y de la ciencia, consideradas como un conjunto de sensaciones, de representaciones, de afecciones subjetivas, la negación de las leyes objetivas de la naturaleza y de la sociedad”. Desde esta perspectiva, la función de la ciencia no será explicar sino describir sobre los hechos. (Diccionario Soviético de Filosofía)

1.3.3 Positivism legal.

Es la teoría jurídica que se define bajo dos principios: “1) el que afirma la no existencia de una conexión entre ley y moral; y 2) aquel según el cual la validez legal se determina en última instancia por referencia a ciertos hechos sociales básicos”. Es así, el positivismo jurídico nace en oposición a la teoría iusnaturalista, por consiguiente, tiene carácter de soberano, coercitivo y normativo. (Diccionario Akal de Filosofía, 2004, p.776).

1.3.4 Positivism lógico.

Es una corriente filosófica que se entiende del empirismo y se desarrolla en los inicios del siglo XX. Esencialmente el positivismo lógico es considerado “como la adhesión al criterio de verificabilidad en relación al significado de los enunciados de tipo cognitivo. La aceptación de ese principio llevó a los positivistas a rechazar como claramente problemáticas a las ideas de corte religiosa, moral y metafísica”. (Diccionario Akal de Filosofía. 2004, p.777).

1.3.5 Posmodernidad

La posmodernidad resalta la existencia de una realidad social, política, cultural y económica distinta en el mundo, producto de la crisis de la modernidad y el advenimiento de una nueva época histórica (López, 1998). El postmodernismo constituye un estado de incredulidad frente a las grandes narrativas, la epistemología, la racionalidad, la metafísica, las metodologías y los sujetos de la modernidad (Lyotard, 1989; Giddens, 1999:16).

1.3.6 Derecho Posmoderno

El derecho posmoderno implica la reconfiguración del derecho mismo, dejando de lado, la concepción de un derecho basado en las reglas de la lógica formal y razón ilustrada de forma exclusiva, dada la pretensión científica racionalista del positivismo. Entonces, posmodernismo se caracteriza: multiplicidad, flexibilidad, levedad, rapidez y paradoja. (Rúa, 2020).

1.3.7 Paradigma.

Término usado por Thomas Kuhn (1962) para designar a “un conjunto de creencias científicas y metafísicas que forman un entramado teórico en el que pueden contrastarse, evaluarse y, en caso de necesidad, revisarse las teorías científicas”. Es así, la tesis de Kuhn responde al cambio, proceso y superación de una teoría científica, en la que “nuevos descubrimientos por observación o experimentación, obligan a la revisión de nuestras teorías y, así, se suman a nuestro conocimiento siempre creciente del mundo”. Por consiguiente, para el autor de los paradigmas, “el cambio científico ocurre por revoluciones en las que un paradigma antiguo es destronado y reemplazado por un entramado incompatible e incluso inconmensurable con él” (Diccionario Akal de Filosofía, 2004, p. 734).

1.3.8 Ultima ratio del derecho penal.

Es la “condición que se predica del derecho penal, que solo puede ser utilizado por el Estado como el último recurso para proteger bienes jurídicos,

cuando otros órdenes jurídicos han resultado insuficientes, al implicar su uso la razón de la fuerza”. (REA, 2019).

1.3.9 Intervención Mínima

Criterio de actuación que dispone que la aplicación del “derecho penal” debe reducirse a las infracciones más graves y con respecto a bienes jurídicos importantes. “(...) supone que la sanción penal no debe actuar cuando existe la posibilidad de utilizar otros medios o instrumentos jurídicos no penales para restablecer el orden jurídico” (STS, 2.^a, 670/2006, de 21-VI).

CAPÍTULO II

METODOLOGÍA DE LA INVESTIGACIÓN

2.1 Tipo de investigación

Según Bisquerra (1992) “la investigación pura o básica es la búsqueda de nuevos conocimientos con el objetivo de aumentar la teoría, despreocupándose de las aplicaciones prácticas que puedan derivarse de ella” (como se citó en Martínez, 2012, p. 16). Concepto que conduce al *telos* de nuestra investigación es buscar información con la finalidad de mejorar la comprensión de los paradigmas jurídicos y su influencia en la decisión de los magistrados, en atención al principio de mínima intervención penal.

2.2 Enfoque de investigación

Hernández, Fernández y Baptiste (2006) describen que, “el enfoque cualitativo se basa en métodos de recolección de datos no estandarizados. No se efectúa una medición numérica, por lo cual el análisis no es estadístico” (p. 8). Por consiguiente, “la recolección de los datos consiste en obtener las perspectivas y puntos de vista de los participantes (sus emociones, experiencias, significados y otros aspectos subjetivos” (p. 8). Por su naturaleza y alcances “el proceso de indagación es flexible y se mueve entre los eventos y su interpretación, entre las respuestas y el desarrollo de la teoría” (p. 8).

De estos conceptos se desprende este trabajo de investigación, por ende, es de enfoque cualitativo, porque se trata de analizar los paradigmas jurídicos positivismo y posmodernismo y su influencia en las decisiones de los magistrados, respecto al principio de mínima intervención del Derecho penal.

2.3 Diseño metodológico.

“El planteamiento básico del diseño de la teoría fundamentada es que las proposiciones teóricas surgen de los datos obtenidos en la investigación, más que de los estudios previos” (Hernández et al., 2006, p. 689). Por ende, la obtención de los datos será el procedimiento que se sigue para generar conocimiento sobre la materia de investigación. Es así que “el diseño de teoría fundamentada utiliza un procedimiento sistemático cualitativo para generar una teoría que explique en un nivel conceptual una acción, una interacción o un área específica”. (Hernández et al., 2006, p. 687).

2.4 Técnicas de recolección de datos.

2.4.1 Análisis de textos.

En la investigación se estudiarán libros, artículos, blogs, películas, conferencias, entre otras.

2.4.2 Observación de casos.

Se recogerá información de un total de 12 sentencias a través de una ficha de observación o rúbrica de valoración.

2.4.3 Entrevista a expertos.

Se realizarán entrevista a 25 abogados especialistas para generar datos en la materia penal con cuestionamientos abiertos.

2.5 Aspectos éticos.

En la investigación se respetarán los derechos de autor y todos los aspectos éticos necesarios que obliga la investigación.

CAPITULO III

RESULTADOS

3.1 El Paradigma Positivista y su influencia en las decisiones de los Magistrados

La primera pregunta que nos formulamos es ¿hasta qué punto el positivismo ha aportado en la aplicación de las ciencias penales, y de manera específica del “principio de intervención mínima” del Derecho Penal? Para responder este interrogante partiremos de algunas premisas o relatos históricos en general como situaciones que preceden al positivismo contemporánea.

No hay duda, forjar una reflexión iusfilosófica sobre estos contenidos subyace muchos dilemas y cuestionamientos como son: ¿Hasta qué punto ha aportado el positivismo en el desarrollo de los derechos humanos? ¿Es posible hablar del positivismo en un Estado democrático? ¿Cuáles son los principios que definen al derecho positivo? ¿El positivismo jurídico influirá en las decisiones de los magistrados? Estos interrogantes, nos permite analizar y entender los aportes que subyacen del positivismo filosófico y jurídico en el desarrollo del conocimiento universal, y de manera específica comprender la influencia del paradigma jurídica positivista en las decisiones de los jueces y fiscales en el cumplimiento de sus deberes asignadas.

Hacer iusfilosofía positivista es una manera de pensar sobre la producción y la búsqueda del conocimiento en la ciencia, así interpretar como el desarrollo del método científico en la modernidad tiene influencia en las ciencias humanas y sociales, tanto en la adquisición, desarrollo y producción del conocimiento. Pero no por eso, nos limitaremos analizar el “principio de intervención mínima penal” o

ultima ratio sólo en el contexto moderno, sino que trataremos de interpretar en un contexto más amplio para su mayor comprensión; en razón que muchas de las ideas modernas tienen raíces en la época antigua. Por consiguiente, realizar este trabajo es hacer filosofía, colocarnos frente de todo lo que nos rodea- cosas, y entrar en la penumbra del asombro.

3.2 Genealogía del poder punitivo del Estado.

¿Hasta qué punto es válido afirmar que el “poder punitivo” es el origen del principio de *ultima ratio*? Evidentemente, esto nos obliga a analizar la relación que guardan en la historia el “principio de intervención mínima” penal e *ius puniendi*, estos conceptos deben ser analizados con mayor objetividad en la historicidad jurídica más allá de la época moderna. El poder punitivo es una realidad en la sociedad que habitan los seres humanos, aunque existe la pregunta, ¿Por qué existe? ¿Cuál es su función principal? ¿Desde cuándo ha existido?, al parecer ha existido desde los inicios de la humanidad, sin duda, mucho más antes que la teorización Aristotélica sobre la naturaleza humana “la ciudad es una de las cosas más naturales, y que el hombre, por su naturaleza, es animal político o civil, y que el que no vive en la ciudad, esto es, errante y sin ley” (p. 15). El reconocimiento de la dimensión social y legal del ser humano ya estaba presente en el pensamiento de Homero, donde “el hombre sin ley, sin suerte y sin morada” era un mal hombre o era más que un hombre. Por esa razón, iniciamos analizando de manera general las diferentes manifestaciones del *ius puniendi* en la historicidad del tiempo:

3.2.1 Castigos en la Mitología Griega

El castigo de Sísifo. Sísifo mintió a Perséfone para poder regresar al mundo superior, pero no cumplió su promesa de regresar antes de que pasen tres días. Al incumplimiento de la promesa de Sísifo; Perséfone envió a Hermes para hacerle regresar por la fuerza.

En efecto, por la actitud de rebeldía se le impuso a Sísifo un castigo duro y ejemplar. Así, “los jueces de los muertos le enseñaron un enorme bloque de piedra, idéntico en su tamaño a la roca en que se había transformado Zeus, y le ordenaron que lo hiciera rodar cuesta arriba hasta la cima de un monte” (Graves, 2012, p. 81), era tan complejo por la ubicación de hacer llegar a la cima, “en cuanto está a punto de alcanzar la cumbre, se ve obligado a retroceder, por el peso de la malvada piedra, que vuelve a caer; dando saltos, hasta abajo del todo”; siempre acontece similar situación colmado por el cansancio, “la recoge y tiene que empezar de nuevo, aunque el sudor baña sus brazos y sus piernas, y una nube de polvo se alza sobre su cabeza” (Graves, 2012, p.81).

En la mitología también encontramos a Tántalo un amigo íntimo de Zeus, pero cometió algunos delitos como avisar los secretos de Zeus a los mortales, robar los alimentos divinos para compartir con los mortales y lo más grave cometió un crimen, cortar en pedazos a su hijo Pélope. Por estos crímenes Tántalo fue castigado “con la ruina de su reino”, y después de su muerte por mano de Zeus, con sufrir tormento eterno. Ahora está “suspendido de la rama de un árbol frutal que se inclina sobre un lago pantanoso, consumido perennemente por hambre y sed”. Las olas del lago le tocan la cintura, y algunas veces le llegan hasta la barbilla, pero cada vez que se inclina para

beber retroceden, y no queda nada más que el negro fango a sus pies; o, si alguna vez logra sacar un poco de agua con las manos, se le escurre entre los dedos y lo único que consigue es mojarse los agrietados labios, quedándose más sediento que nunca. El árbol está cargado de peras, manzanas relucientes, higos dulces, aceitunas maduras y granadas que cuelgan sobre sus hombros; pero cada vez que intenta alcanzar una succulenta fruta, una ráfaga de aire las pone fuera de su alcance. (Graves, 2012, p.151).

Por último, tenemos el caso de Prometeo que fue castigado por entregar el fuego a la humanidad y por otros delitos más. Zeus mandó encadenar desnudo a Prometeo, “a un pilar en las montañas, donde un ávido buitre le iba arrancando trozos del hígado durante todo el día, causándole un dolor que no tenía fin porque cada noche el hígado volvía a crecer hasta estar nuevamente entero” (Graves, 2012, p. 172).

Esta explicación tenía su vigencia antes de la civilización humana, no cabe duda, fue la cristalización de los dioses griegos. Es una forma de explicar cómo y por qué el mundo funciona como tal, con características contrarias: conexión del bien y el mal, relación entre el deseo y el odio. Por esa razón, en las tres mitologías se evidencian la existencia real de los delitos y castigos, hijo de Rea, Zeus “dios del cielo y del trueno”, dios que atiende a los humanos en lo bueno y en lo malo, manifiesta su soberanía aplicando el castigo severo para conservar el orden entre los dioses del Olimpo, sin duda, se manifiesta la aplicación del derecho sancionador, pero el control de la aplicación del derecho sancionador no existe.

Los dioses están presentes en las acciones y emociones de los griegos; es decir, la conducta humana estaba orientada por una dimensión religiosa. Las

ofensas a los dioses eran castigadas con dureza y por ellos mismos. Pero, aun así, surge el interrogante, en el desarrollo de la mitología, ¿qué determina la conducta del ser humano, el destino o libre albedrío? No cabe duda, que el destino es el poder superior más que la libertad de los mortales, tal percepción se halla casi en todas las obras literarias de los poetas trágicos, como ejemplo tenemos el crimen de Edipo que estaba predestinado. En ese contexto, no existían las garantías para los mortales y los límites para los; por consiguiente, no se puede pensar en este contexto sobre el principio de mínima intervención penal o *ultima ratio*.

3.2.2 Juicio de Sócrates

Sócrates nació en Atenas el año 470 a.C. Su madre fue comadrona y su padre era escultor, lo que hizo durante su vida era extender el oficio de su madre (mayéutica) porque su mayor interés no era el estudio de la naturaleza, sino reflexionar sobre la condición humana (formación y la autenticidad de hombres de bien).

Manifestaba, Sócrates, su preocupación aplicando el método inductivo sobre la universalidad de la verdad y del bien, ya que los sofistas de su tiempo habían creado un relativismo gnoseológico y moral (virtud, justicia y bueno). Sócrates emplea un razonamiento dialógico, que tenía dos momentos: la ironía y la mayéutica. En el primer momento, a través del diálogo, se hallaba la ignorancia y desconocimiento del Yo; y en un segundo momento, consistía hacer una búsqueda del saber universal.

Si bien es cierto, Sócrates es analizado profundamente en campo de la filosofía por su aporte particular en la construcción de la filosofía griega. Pero

tampoco, no puede ser ajeno a ser interpretado desde una perspectiva jurídica como sería desde las ciencias penales; como, por ejemplo, por un lado, analizar en la prisión y juicio la aplicación de los principios procesales tales como son: la igualdad de armas, la contradicción, la inviolabilidad del derecho de defensa, la presunción de inocencia, y por otro lado las garantías del proceso como son: la imparcialidad del juez, el debido proceso, la tutela Judicial, entre otras. Es así, la prisión de Sócrates fue prolongada, más o menos un mes, antes de ser ejecutado, los diálogos con Fedón y Criton se realizan justamente en la prisión antes de la ejecución.

Sócrates, “que se había negado a colaborar con el régimen de los Treinta Tiranos, se vio envuelto en un juicio en plena reinstauración de la democracia bajo la doble acusación de: no honrar a los dioses que honra la ciudad y corromper a la juventud” (Platón, s.f. p. 13). El procedimiento se iniciaba con la presentación formal de cargos ante el rey Arconte, quien, tras evaluar los argumentos de las partes, dictaminaba acerca de si las imputaciones tenían o no el mérito suficiente como para dar lugar a un juicio. En caso afirmativo, el caso era remitido a la corte que entendía en la materia correspondiente: en procesos por impiedad, a la corte denominada Eliaia. El tribunal era colegiado, y no unipersonal. Los jueces eran elegidos por sorteo entre los ciudadanos que se postulaban voluntariamente cada año para desempeñar el cargo. (Platón, s.f., p. 24). Por los datos que hallamos podemos inferir que había tiempo para hacer la defensa, alegato de descargo “es preciso que pase a iniciar mi defensa para intentar extirpar de vuestras mentes esa difamación que durante tanto tiempo os han alimentado, y debo hacerlo en tan poco tiempo como se me ha concedido” (Platón, s.f., p. 38), y también la defensa de los que cooperaban con

el imputado. Sin embargo, Sócrates asumió personalmente la tarea de defenderse.

Impiedad es el delito que se le imputa a Sócrates, es un proceso que se había aplicado contra los intelectuales y personas públicas de Atenas, muchas veces este caso tenía como finalidad de mandar al exilio el acusado. Si eso fue una práctica común, ¿por qué razones Sócrates fue condenado a muerte? ¿Será cierto que Sócrates optó realizar una defensa intransigente? ¿Hasta qué punto la defensa de Sócrates tiene una exhortación a una vida verdaderamente humana, en práctica de las virtudes? Evidentemente, la defensa de Sócrates tiene un fundamento metafísico y moral, la aplicación de las costumbres o leyes positivas no hace cambiar sus principios. Es así, Sócrates aclama ante una posible absolución del Tribunal:

Agradezco vuestro interés y os aprecio, atenienses, pero prefiero obedecer antes al Dios que a vosotros, y mientras tenga aliento y las fuerzas no me fallen, tened presente que no dejaré de inquietaros con mis interrogatorios y de discutir sobre todo lo que me interese, con cualquiera que me encuentre, a la usanza que ya os tengo acostumbrados. Oh tú, hombre de Atenas y buen amigo, ciudadano de la polis más grande y renombrada por su intelectualidad y su poderío, ¿no te avergüenzas de estar obsesionado por aumentar al máximo tus riquezas y, con ello, tu fama y honores, y de descuidar la sabiduría y la grandeza de tu espíritu, sin preocuparte de engrandecerlas? (Platón, p. 63).

La condena se efectúa con mayor cantidad de votos, y Sócrates se hace el interrogante, “¿qué pena tengo que sufrir por haberme empeñado en no querer una vida tranquila y cómoda, por descuidar lo que preocupa a la mayoría de las

personas bienes e intereses personales, discursos en la asamblea...por considerar que soy demasiado honrado?" (Platón, s.f., p. 80).

Por consiguiente, en el juicio de Sócrates el Tribunal elige la propuesta de Méleto que era la pena de muerte. Sócrates no admite su culpabilidad, pero acepta la pena que le impone el Tribunal en cumplimiento de las costumbres y normas positivas que regulaba la sociedad Ateniese. Sin duda, el principio de *ultima ratio* penal no se evidencia, ya que no presentan otras medidas o alternativas de resarcir los daños ocasionados. Es un caso histórico de Atenas Clásica donde se puede notar la no existencia de los principios del proceso ni tampoco de las garantías que protegen al acusado, por ende, es un juicio en imperio del poder punitivo.

3.2.3 Juicio de Jesucristo

El juicio de Jesucristo es similar al de Sócrates, hasta las causas de la imputación y condena fueron similares, pero se da en contextos diferentes. Los sumos sacerdotes y la multitud llevaron a Jesús ante Pilado indicando que, "hemos encontrado a éste alborotando a nuestro pueblo, prohibiendo pagar tributos al César y diciendo que él es Cristo, Mesías y Rey." (Lucas, Cap. 23). En efecto, el orden contra la libertad ambulatoria sale del Sanedrín por ser la máxima autoridad judía:

La flagrante orden contra su libertad ambulatoria proviene del Sanedrín de la ciudad santa. Fue este supremo cuerpo político, administrativo y judicial hebreo manipulado por su presidente el sumo sacerdote Caifás quien promueve dicho acto de fuerza. Acaso como una

respuesta inmediata a los recientes desmanes del galileo en el templo.
(Andújar, 2017, p.49)

A Cristo se le imputa por el delito de Blasfemia prevista en la Torá como una ofensa a Dios y también por la incitación a no pagar tributo a Roma. Durante la acusación había testigos que declararon que los actos que imputaban a Jesús no constituían delito, pero también Caifás presentó ante el Sanedrín la acusación recogiendo las afirmaciones de Jesús que configuraba delito. Efectivamente, la prueba testimonial tenía mucha importancia en el Derecho antiguo por falta de tecnología, como afirma Andújar (2017): “Las pruebas orales gozaban de una primacía indispensable e insustituible. De un lado la testimonial y de otro la propia confesión” (p.65). Es así, la presión mediática influyó para que prefecto de Judea “Poncio Pilato” emitiera su sentencia atendiendo el Derecho Romano, además, constituía la última e inapelable instancia. Sin duda, este acto significó una serie de vicios al proceso por presentar iniquidad procesal, como por ejemplo “los procesos de pena capital debían abrirse alegando la inocencia del reo y no su culpabilidad” (p. 71)

En los dos casos, en Juicio de Sócrates y en Juicio de Jesucristo, se presentan muchas irregularidades en la investigación, tanto es así, los mínimos elementos de la teoría del delito no son tomadas en cuenta. Evidentemente, las acusaciones son motivadas desde el poder religioso y poder político, y no existe otro medio o institución que pueda controlar el poder despótico, como afirma Andújar (2017): “que por entonces el principio *_Nullum crimen sine lege_* no regía. Esto daba un amplio marco de actuación al magistrado” (p. 31) . Es así, tampoco existía las garantías del derecho a un debido proceso, más al contrario el Juez gozaba de la discrecionalidad para investigar la verdad de los

hechos, iniciar con la noticia del delito sin una acusación formal; por consiguiente, hay libertad de fondo y forma en la investigación.

Las penas en la época antigua manifiestan crueldad para los imputados, como indica Andújar (2017): “Todo el derecho antiguo y aún el moderno contienen innumerables casos de inusitada violencia desplegadas contra los ajusticiados y todas dentro de un estricto marco legal autorizado” (p. 116). En efecto, la atención al principio de mínima intervención penal es nula, recién a partir de Beccaria (1764) con su obra “De los delitos y las penas” si iniciará humanizar las penas.

3.2.4 Otros castigos

Toro de falaris. Falaris (570 a. C.) natural de Sicilia construyó el toro como un instrumento de tortura y ejecución, lo cual fue denominado como el toro de falarias. La estatua era de bronce que tenía una entrada para hacer ingresar a los que cometía el delito, después se encendía una hoguera debajo.

Aristóteles en su obra la Política expone algunos datos fundamentales, “Fálaris de Agrigento, dueño del poder en 565 a. C, se mantuvo 16 años aproximadamente. Después de la tiranía de Fálaris, más tarde sobreviene la tiranía de Terón (488-472 a. C), tan cantado por Píndaro en sus odas” (Aristóteles, s.f., p. 331).

Por consiguiente, este castigo de tortura surge en un contexto donde se evidencia la destrucción de la monarquía y el surgimiento de las tiranías. Es así, “los tiranos salen del pueblo y de la masa contra los notables, para que el pueblo no sufra ninguna injusticia por parte de aquéllos (...) Algunas tiranías se establecieron cuando las ciudades habían crecido, otras, antes de esto”

(Aristóteles, s.f., p.331); evidentemente, muchos de ellos surgían de los reyes alejados de su linaje y otros de la oligarquía por contar con todo el poder. “Todos estos procedimientos eran fáciles de aplicar con sólo querer, porque ya tenían el poder inherente en unos casos a la autoridad real y en otros a la de su cargo”. (Aristóteles, s.f., p.331).

Aplastamiento por el Elefante. En Asia “el Elefante era utilizado en las ejecuciones como símbolo del poder real, se consideraba que si el soberano era capaz de mantener bajo su autoridad..., también tenía que ser capaz de administrar la vida y la muerte a su antojo”. En mayoría de los casos el condenado terminaba despiezado y si el delito era menor se hacía patear al prisionero durante un par de horas para luego dejarle libre con desecho los huesos. (Con H de Historia, 2012).

En aquel tiempo, “las ejecuciones consistían básicamente al colocar al condenado delante del elefante, que le alzaba con la trompa y le aplastaba hasta darle muerte” (Con H de Historia, 2012). Es así, el elefante se empleaba para darle castigo que muchos de ellos terminaban muertos. También existía otras formas de castigar, que consistía “en colocar cuchillas en los colmillos del animal para que este, entrenado especialmente en esas lides, cortase poco a poco al reo, lo que acababa normalmente con una sangría descomunal” (Con H de Historia, 2012). Por último, en india uno de los castigos duros que se empleaba fue “en atar las piernas del criminal a las patas traseras del paquidermo y arrastrarle por mitad del campo hasta que todas sus articulaciones habían sido dislocadas” (Con H de Historia, 2012).

Esta práctica habitual de tortura en Asia ha durado casi 4000 años, hasta que la práctica fue suprimida por los imperios europeos que colonizaron,

aproximadamente en los siglos XVIII y XIX. Evidentemente, el elefante simbolizaba el poder real, y que esta dispensaba la vida o la muerte. Los imputados y los prisioneros no tenían ninguna garantía en la ejecución de la pena, en todos los extremos y sin límites se manifestaba la facultad sancionadora del Estado “*ius puniendi*”, una vez más observamos situaciones donde no existe el principio de mínima intervención penal o *ultima ratio*.

3.3 Aportes del Positivismo Filosófico

El empirismo es una corriente filosófica de la modernidad, que nace en contraposición a los criterios de la filosofía racionalista, y que sirve de base para el desarrollo del positivismo filosófico y jurídico del siglo XIX. Pero en síntesis ¿cuáles son las ideas centrales de la filosofía racionalista? ¿Es una corriente que desarrolla sobre la naturaleza del conocimiento?, el racionalismo es un enfoque que confía en el poder de la razón para conocer las verdades de la realidad, es así, confía en el poder y autonomía del entendimiento humano frente a los sentidos; en esa línea, los representantes de esta corriente no dudan de la capacidad suficiente de la razón para hallar la verdad. En el libro del Discurso del método Descartes manifiesta: “El sueño nos representa varios objetos del mismo modo como nos los representan los sentidos exteriores” (Descartes, 2010, p. 64), esto ¿hasta qué punto puede generar desconfianza sobre la veracidad?, “los sentidos pueden engañarnos con frecuencia durante la vigilia, como los que tienen ictericia lo ven todo amarillo, o como los astros y otros cuerpos muy lejanos nos parecen mucho más pequeños de lo que son” (Descartes, 2010, p. 65). Bajo los cuestionamientos planteados, el autor recomienda que “despiertos o dormidos, no debemos dejarnos persuadir nunca sino por la evidencia de la razón”; entonces la forma de

conocimiento que nos va permitir confianza es la razón y no otras formas de conocimiento como son: la fe, imaginación, lenguaje, percepción sensorial, etc. Evidentemente, “la razón no nos dice que lo que así vemos o imaginamos sea verdadero; pero nos dice que todas nuestras ideas o nociones deben tener algún fundamento de verdad” (Descartes, 2010, p. 65)

El racionalismo como el empirismo abordan sobre la adquisición, proceso, búsqueda y producción del conocimiento, pero cada una de ellas tiene su particularidad de entender la naturaleza del conocimiento. Es así, la existencia del empirismo se funda en el racionalismo, en razón que el empirismo nace con la finalidad de negar las verdades estructuradas por el racionalismo moderno, pero también de presentar un enfoque diferente sobre la adquisición del conocimiento. El empirismo considera que el conocimiento se genera en base a la experiencia; para esta corriente, no existe las ideas innatas, más bien considera que la mente humana es tabula rasa, que a través de la abstracción se acumula datos en la memoria. En esta línea de ideas, la experiencia será el único medio para alcanzar la verdad y la universalidad del conocimiento. En la metafísica, Aristóteles (1967) señalaba que “todos los hombres por naturaleza desean saber... Señal de ello es el amor a las sensaciones. La razón estriba en que ésta es, de las sensaciones, la que más nos hace conocer y muestra múltiples diferencias” (pp. 69-70). Por consiguiente, la reflexión sobre naturaleza de la adquisición del conocimiento tiene sus orígenes en Grecia por los filósofos. Los más relevantes de la corriente empirista en la modernidad tenemos a Thomas Hobbes (1588- 1679), Francis Bacon (1561-1626) John Lock (1632-1704) y David Hume (1711-1776), cada uno de ellos consideraban que la realidad fáctica era el origen de todo el conocimiento

humano y sólo ese proceso de conocimiento permitiría construir un conocimiento confiable.

Para el autor del libro de Leviatán, las cualidades del objeto o de materia que se abstraen por los sentidos corporales se denominan sensibles, escribe:

“La causa de la sensación es el cuerpo externo u objeto que actúa sobre el órgano propio de cada sensación, ya sea de modo inmediato, como en el gusto, el tacto, la vista, el oído y el olfato”, las acciones corporales que se efectúa a través de la percepción sensorial se conectan con parte interna del organismo, corazón y cerebro. (Hobbes, 1994, p. 7)

Por consiguiente, la memoria de la persona se enriquece con el cúmulo de experiencia y además esta facultad humana es base para el desarrollo de otra forma de conocimiento: la imaginación, razón y lenguaje. No puede darse o producir imaginación sin datos básicos en la memoria. En esta línea Hobbes (1994) también afirma:

Que la facultad de la memoria cumple su función a través de la experiencia y también la imaginación cumple su función posterior a la experiencia sensorial. La imaginación se refiere solamente a aquellas cosas que antes han sido percibidas por los sentidos, bien sea de una vez o por partes, en tiempos diversos, así ocurre cuando alguien imagina un hombre o un caballo que vio anteriormente. (p. 11).

En el pensamiento de Hobbes el tema de la libertad y contrato es fundamental, ya que el hombre utiliza estos medios para la conservación de su propia naturaleza, las facultades humanas como la razón y la imaginación son medios para lograr los objetivos. Por consiguiente, “ley de naturaleza es un precepto o norma general, establecida por la razón, en virtud de la cual se prohíbe

a un hombre hacer lo que puede destruir su vida o privarle de los medios de conservarla” (Hobbes, 1994, p. 106). A esta idea “ley de naturaleza” en líneas posteriores Hobbes (1994) complementa, “el procedimiento mediante el cual alguien renuncia o transfiere simplemente su derecho es una declaración o expresión, mediante signo voluntario y suficiente, es así, la mutua transferencia de derechos es lo que se llama contrato” (pp. 108-109). Pero en realidad, en el pensamiento contractualista de Hobbes no existe la mutua transferencia, sino que sólo una de las partes transfiere su libertad a la otra, y por siguiente la ley de naturaleza produce contratos y la justicia. Y entonces ¿qué es la injusticia en el pensamiento de Hobbes? La injusticia es el incumplimiento de los pactos contractuales o actos que son contrarias a los acuerdos establecidos en el contrato.

El filósofo inglés establece bases de la teoría contractualista, haciendo prevalecer el poder coercitivo del Estado para el cumplimiento obligatorio de los contratos, entonces, el cumplimiento de los pactos no es motivado por los beneficios que esperan sino más bien que lo hacen por el temor al castigo. Por consiguiente, bajo la perspectiva Hobbesiana los ciudadanos no tienen instituciones o garantías que defiendan del poder del soberano “Leviatan”, ya que el ciudadano se encuentra subordinado al gobernante.

Otro de los referentes del empirismo es el filósofo inglés, John Lock, que hace una dura crítica a la filosofía de Descartes en razón que su filosofía se encuentra próximas al dogmatismo, y de igual forma hace crítica a la filosofía escolástica. Pero entre estos dos autores de la modernidad hay un interés común de hacer una reflexión sobre la naturaleza de la reflexión epistemológica. En esa línea de interés, para Lock las ideas no son innatas sino son entidades reales a las que el sujeto cognoscente tiene acceso inmediato, “los hombres con el solo empleo

de sus facultades naturales, pueden alcanzar todo el conocimiento que poseen sin la ayuda de ninguna impresión innata, y pueden llegar a la certeza sin tales nociones o principios innatos". (Locke, 2005, p. 22). Es así, las ideas no están impresos naturalmente en el alma, sino es una aprehensión de la facultad humana, el alma por sí sola no percibe y no entiende, una niña no sabe que cinco más tres son igual a ocho, hasta que puede aprender a contar hasta ocho y tenga la idea de igualdad.

Nuestros sentidos tienen trato con objetos sensibles particulares, transmiten respectivas y distintas percepciones de cosa a la mente, según los variados modos en que esos objetos los afectan, y es así como llegamos a poseer esas ideas que tenemos del amarillo, del calor, de lo duro, de lo dulce, y de todas aquellas que llamamos cualidades sensibles. Los sentidos (sensación) transmiten sobre los objetos externos a la mente. (Locke, 2005, pp. 83-84).

El proceso de conocimiento que plantea Locke hace entender que el sujeto cognoscente tiene diferentes ideas, esto es debido, a que cada persona tiene un contacto particular con la realidad que es fuente del conocimiento, y además dependerá de las operaciones internas en la mente del sujeto cognoscente: duda, reflexión, razonamiento, interés, etc. Por consiguiente, la mente humana no puede producir por sí sola una idea, ni ideas simples ni complejas, todas tienen su origen en la experiencia sensible.

Para Locke los criterios de la universalidad, como los principios de la justicia, libertad, moralidad, no vienen desde cuestiones metafísicas ni teológicas, sino desde los fenómenos reales. En efecto, la mente humana en algún momento carecía de esos principios universales (causalidad, no contradicción, identidad), lo que tiene hoy en mente, sin duda, responde a la interacción dialéctica con la

realidad, se logra a través de la percepción sensorial empleando el método científico.

David Hume también es uno de los referentes de la corriente empirista, siendo para algunos filósofos, el representante de la culminación del pensamiento empirista. Su mayor preocupación del pensador fue buscar una base sólida al proceso del conocimiento, para no quedarse como Kant en un sueño dogmático o sustentar en un ser abstracto (fundamentos de la moral).

De acuerdo Hume (2001):

Todas las percepciones de la mente humana se reducen a dos géneros distintos: impresiones e ideas. Para el desarrollo de las percepciones será conveniente observar (impresiones e ideas). Las impresiones pueden ser divididas en dos géneros: las de la sensación y las de la reflexión. Una impresión nos excita a través de los sentidos y nos hace percibir calor o frío, sed o hambre, placer o dolor. De esta impresión existe una copia tomada por el espíritu y que permanece después que la impresión cesa, y a esto llamamos una idea. La memoria e imaginación conservan y dan lugar a otras ideas. (pp. 20-24).

El razonamiento se efectúa partiendo de las experiencias sensoriales, los actos humanos están posibilitados a la superación. Por ende, el proceso del conocimiento racional presenta tres grados: el conocimiento, las pruebas y la probabilidad. Es así, “el hombre tiene las ideas que le vienen de los sentidos externos y las que surgen del sentido interior (sentimientos). Sumadas, ambas constituyen el equipo del humano entendimiento” (Hume, 1779, p. 16). Es evidente, la coincidencia de Hume con la filosofía de Lock en el abordaje sobre las experiencias como elemento esencial para el desarrollo del conocimiento; en esa

lógica, Hume considera a la experiencia como fuente única del conocimiento humano, y consiguiendo con ello mostrar que no hay ideas innatas- a priori, dios y cual otro ser supremo desaparece de plano en una concepción científica (positivismo). En conclusión, los filósofos empiristas consideran que el conocimiento válido y fiable es lo que se desarrolla a través de la percepción y experimentación, siguiendo las pautas del método científico; en ese sentido, son los pensadores que crean bases sólidas para el inicio del positivismo jurídico.

Los autores mencionados en líneas arriba consideran que el modelo iusnaturalista, el *status naturae*, como una primera forma de sociedad con un tejido de las relaciones naturales basado completamente en el arbitrio de los hombres. “Los individuos naturalmente libres e iguales uno frente a otro, ninguno de los cuales reconoce en el otro un superior natural” (Bobbio y Bovero, 1986, 204). En efecto, se puede comprender que en el modelo iusnaturalismo la sociedad no tiene otra figura real más que la política, fuera de la cual propiamente no se da el vínculo social con característica de sociedad civil (Sociedad y Estado).

Sobre la transición de la sociedad civil al Estado se encuentra en el pensamiento filosófico de Hegel, donde el Espíritu es lo real que se sabe a sí mismo.

Los elementos de la triada, son:

- a) espíritu ético inmediato o natural: la familia. Esta sustancialidad pasa a la pérdida de su unidad, a la desunión y al punto de vista de lo relativo, y es así
- b) sociedad civil, unión de los miembros como individuos independientes en una universalidad, por lo tanto formal, por medio de sus necesidades y por medio de la constitución jurídica como recurso para la seguridad de las personas y de la propiedad, y por medio de un orden exterior se retrotrae y

reúne en c) la constitución del Estado, fin y realidad de la universalidad sustancial y de la vida pública consagrada a ella (Hegel, 2004, p. 236).

Esta reflexión idealista sobre el desarrollo de la generalidad dialéctica “Estado” se contradice con el pensamiento positivista; por ello, el positivismo toma como un sistema de carente de sentido, o será que los pensadores de esta corriente no entiendan contenidos del sistema del espíritu como para poder juzgar. Pero haciendo analogía entre el Estado Universal con el Poder Punitivo podemos encontrar alguna relación, pero de hecho su desarrollo no responde a un método científico sino puramente abstracto.

Por su lado, el máximo referente de la filosofía positivista, Augusto Comte, expone sobre el desarrollo del espíritu humano, y que esta transita sucesivamente por “tres estados teóricos diferentes: el estado teológico o ficticio; el estado metafísico o abstracto y el estado científico o positivismo”. Comte da un soporte teórico a cada uno de los estadios:

En el Estado teológico, el espíritu humano, dirigiendo esencialmente sus investigaciones hacia la naturaleza íntima de los seres, las causas primeras y finales de todos los efectos que lo impresionan, en una palabra, hacia los conocimientos absolutos, se representa los fenómenos como producidos por la acción directa y continua de agentes sobrenaturales más o menos numerosos. Su intervención arbitraria explica todas las anomalías aparentes del universo. En el estado metafísico, que no es en el fondo más que una simple modificación general del primero, los agentes sobrenaturales son reemplazados por fuerzas abstractas, verdaderas entidades, inherentes a los diversos seres del mundo, y concebidas como capaces de engendrar por sí mismas todos los fenómenos observados.

El Estado Positivismo, el espíritu humano, reconociendo la imposibilidad de obtener nociones absolutas, renuncia a investigar el origen y el destino del universo, y a conocer las causas íntimas de los fenómenos, para consagrarse únicamente a descubrir, por el uso bien combinado del razonamiento y de la observación, sus leyes efectivas, es decir, sus relaciones invariables de sucesión y de semejanza. La explicación de los hechos, reducida entonces a sus términos reales, no es ya en adelante más que el enlace establecido entre los diversos fenómenos particulares y algunos hechos generales, cuyo número los progresos de la ciencia tienden a disminuir unas y más. (Comte, 1875, pp. 72-73)

Positivismo es una idea que ya existía en posrevolución industrial, con el maestro san Simón (1800), su pensamiento ha sido caracterizado como socialismo utópico por “pretender una sociedad más justa”, justicia basada en un sistema industrial y con un conocimiento científico. Entonces, en sistema industrial existen el conocimiento científico que tiene la tarea de superar la religión y conceptos metafísicos. Es decir, el tema de coordinación, orden y liderazgo social les corresponde a los científicos y no los miembros de la comunidad religiosa. En este contexto posindustrial la verdad religiosa es suplantada con la verdad de la ciencia, estos serán nuevo patrón en una sociedad industrial. Esto es muestra de la evolución social, a través de los estadios: teológico (religión), metafísico (revolución francesa) y científico (sociología). En efecto, la fisiología social estudia el comportamiento de los seres humanos en la sociedad industrial y posindustrial.

Por consiguiente, la filosofía de Comte recoge la idea de los estadios. La ley de los tres estadios ayuda entender sobre el proceso de superación del conocimiento y de la humanidad en general, y también ayuda explicar la sociedad

industrial desde las leyes universales y con el método científico; por ende, al estado positivo está muy ligado el método científico.

Comte hace la valoración de las ciencias desde lo más abstracto hasta llegar a lo más concreto, la más abstracta será la matemática, luego la astronomía, física, química, biología (seres vivos). La ciencia que está más concreta es la sociología, también llamado física social, en razón que el estudio de los fenómenos sociales se rige por las leyes, entonces, hay leyes que rigen el comportamiento social, por ende, la sociología tiene carácter de una ciencia natural. Sin duda, esta razón conduce analizar la sociedad desde un método científico, iniciando desde la observación, experimentación y comparación de sociedades. La teoría positiva debe estar necesariamente estar fundada en observaciones, es igualmente sensible. (Comte, 1875, p. 76).

En el estado positivo el hombre no busca saber que son las cosas, tampoco se interesa por conocer los contenidos de la metafísica, sino a través de las experiencias y observación trata de explicar cómo se comporta, y a través de la manifestación fenoménica se intenta encontrar o hallar sus leyes naturales; a este estado, se considera como estado industrial, que generará orden y proceso. Es así, Comte (1875) manifiesta que, “el estudio de la filosofía positiva, considerando los resultados de la actividad de nuestras facultades intelectuales, nos suministra el único y verdadero medio racional de evidenciar las leyes lógicas del espíritu humano” (p. 98).

Para el positivismo la única realidad son los hechos o la realidad misma y no los conceptos abstractos; hechos sociales demuestran revolución y desorden, pero la superación se va lograr con la filosofía positiva, haciendo praxis el espíritu positivo “Orden y proceso”. La espiritualidad Comteano se ha perpetuado en

campos jurídicos y también en espacios políticos, como podemos hallar en la bandera de Brasil.

Otro de los referentes del positivismo tenemos a John Stuart Mill (1806-1873), este filósofo tomó ideas empiristas de David Hume, las ideas utilitaristas de su maestro Bentham y la teoría de la sociedad industrial de Auguste Comte; en ese sentido, Mill hace un abordaje sobre el desarrollo del conocimiento y la organización de la sociedad con un enfoque positivista y utilitaria.

Para Stuart el conocimiento inicia desde la experiencia. La experiencia es la fuente del conocimiento, y las ideas no son innatas; como lo creía el racionalismo e idealismo. Además, se considera un conocimiento verdadero es aquel conocimiento que tenga utilidad para mayor número de personas. Es así, el proceso de conocimiento debe estar seguido por un proceso mental, ya sea por una cuestión natural o presión externa.

Obtener un conocimiento positivo significa, en palabras de Stuart Mill (2010), “la posibilidad de que una opinión a la que estamos fuertemente ligados sea falsa, debemos considerar que, por verdadera que sea, nunca será una verdad viva, sino un dogma muerto, si no la podemos discutir de modo audaz, pleno y frecuente” (p. 89). Como representante del conocimiento positivo da énfasis al método que emplea, el método inductivo dará un carácter científico al conocimiento, evidentemente, teniendo como base la matemática para sus generalizaciones y comprobaciones. Y más adelante afirma “que los grados, y los demás certificados públicos de conocimientos científicos o profesionales, deberían ser concedidos a cuantos se presenten a examen y lo aprueben”. (Stuart Mill, 2010, p. 258). Efectivamente, las ciencias naturales de desarrolla a través del lenguaje de las

matemáticas y su validez dependerá del proceso o método que se sigue en la producción del conocimiento.

Stuart Mill señala conceptos fundamentales en relación a la libertad personal (esfera privada) y libertad pública (esfera pública), sin duda, es una superación dialéctica a la concepción totalizadora de Hobbes y, por ende, la libertad se entiende dependiendo la esfera:

Los deberes personales no constituyen una obligación social, a menos que las circunstancias los conviertan en deberes para con los demás. La expresión “deber para consigo mismo”, cuando significa algo más que prudencia, significa respeto de sí mismo o desenvolvimiento de sí mismo, y nadie tiene por qué dar cuenta a los demás de ninguna de estas dos cosas, pues el hacerlo no reportaría ningún bien a la humanidad (Stuart Mill, 2010, p. 190-191).

En la esfera pública es importante que las personas cumplan sus deberes comunitarios con los hijos y con el prójimo, obligar a cumplir aquella responsabilidad natural no es caer en el autoritarismo. Por ello, es razonable considerar bajo ciertas condiciones “que algunos castigos que al no perjudicar directamente más que a sus autores, no deberían ser prohibidos legalmente, pero si constituyen una violación de las buenas costumbres si son impuestos en espacios público”. (Stuart Mill, 2010, p. 235). Es así, en este ámbito público el Estado regula la conducta de los ciudadanos y los ciudadanos están obligados a cumplir, y por su lado también el castigo está justificado.

Deliberar la esfera privada y pública ha permitido a Stuart Mill analizar tendencias ideológicas en América Latina, donde temas sociales (paternalismo) se

fortalecen, pero contenidos de ámbito privado como es la libertad y autonomía de la persona se ve afectado.

Spencer también sigue las líneas del positivismo, teniendo como fundamento el enfoque empirista, es así, construye una teoría que va en contra de la dogmatización de la realidad y sobre la existencia del ser humano, planteando un enfoque evolucionista sobre la realidad y de la humanidad. Para Spencer, la ciencia social es la única disciplina que tiene la capacidad de estudiar la sociedad organizada, pero hace alusión a la sociedad industrializada, así siguiendo las líneas del positivismo. También cabe manifestar que el autor tiene adhesión con el liberalismo económico. En efecto, la individualidad personal permite adaptarse a una sociedad cambiante, y esto, hace que el progreso sea inevitable.

Spencer parte de una primera premisa, donde las partes de un cuerpo están unidas intrínsecamente, hablando aristotélicamente es una unidad hilemórfica-sustancial y no accidental. Spencer (2003) afirma:

Cada pensamiento implica todo un sistema de pensamientos, y cesa de existir desde que está separado de sus correlativos. Así como no podemos aislar un órgano de un cuerpo vivo, y tratarle como si tuviese vida independiente del resto, tampoco podemos separar del organismo de nuestros conocimientos uno de ellos, y estudiarle como si sobreviviera a la separación” (p. 72).

Es así, Spencer considera que la sociedad posee las similares funciones que los organismos de los seres vivos, “sociedad es un organismo”. De igual forma las organizaciones jerárquicas “divisiones y subdivisiones”.

En el pensamiento de Spencer, “la ciencia presenta a cada paso hechos de la misma significación. Se puede decir que la integración de los grupos de seres

semejantes y de las relaciones semejantes constituye la parte principal del progreso científico" (Spencer, 2003, 170). La sociedad de los humanos guarda alguna relación con los movimientos sociales. Sin duda, estos hechos evidentes y circunstanciales de la experiencia permiten desarrollar un conocimiento científico.

3.4 Aportes del positivismo jurídico

En la historicidad de las ciencias jurídicas podemos encontrar muchos corrientes jurídicos; entre ellos, podemos hallar el enfoque iusnaturalismo clásica, cristiana y moderna. Es así, en la ilustración moderna florece un enfoque naturalista que tiene una perspectiva particular en la filosofía y ciencias jurídicas. Entonces surgen interrogantes, ¿En qué consiste el Derecho natural? ¿Hasta qué punto la filosofía ha aportado en el desarrollo del iusnaturalismo? ¿El enfoque iusnaturalismo tiene alguna relación con el iuspositivismo? En efecto, Derecho natural (iusnaturalismo) en un sentido general alega la existencia de los principios universales, la inmutabilidad de los principios morales y eternos que regulan los fenómenos sociales.

Raúl Bonorino y Peña Ayazo (2006) afirman sobre la doctrina del derecho natural, en su versión clásica:

Existen principios de moralidad eternos y universalmente verdaderos (leyes naturales); el contenido de dichos principios es cognoscible por el hombre empleando las herramientas de la razón humana y sólo se puede considerar "derecho" (leyes positivas) al conjunto de normas dictadas por los hombres que se encuentren en concordancia con lo que establecen dichos principios. (p.20).

Desde esta perspectiva, el derecho natural sí influye al derecho positivo ya sea de manera positiva o negativa. De manera positiva estaría como una orientación para las leyes positivas que promulgan los hombres (legislativo) pero de manera negativa como una barrera en la creación libre y concertada de las normas. Por consiguiente, en esta lógica jurídica, las normas si están acorde al derecho natural son justas, y si no están acorde (contraria) son injustas.

La perspectiva clásica del derecho natural tiene otra evocación por los ilustrados modernos, ya que se funda la teoría iusnaturalista en la centralidad y autonomía de la razón, así eliminando fundamentos metafísicos y religiosos en la comprensión e interpretación de la realidad fenoménica; desde esta perspectiva el derecho positivo es la concreción de derechos naturales a través de la creación de las reglas de conducta. Esta perspectiva racionalista del derecho natural hace que las ciencias naturales sean imprescindibles en la interpretación y comprensión de la condición social. Como hemos visto los autores que abordan la naturaleza del estado natural en relación a la sociedad civil (Hobbes, Locke, Montesquieu y Rousseau) sostienen que el origen de los principios morales y sociales se encuentra en la razón humana. Por consiguiente, estos autores ilustrados dan marcha la doctrina contractualista, por ende, trazar la evolución de la doctrina iuspositivista en oposición al iusnaturalismo, sin duda en la historia el positivismo se caracteriza por oposición a todas las formas del iusnaturalismo. A raíz de estos pensadores, sólo se puede considerar derecho al conjunto de normas dictadas por los hombres (leyes positivas).

Las teorías positivistas que iniciaron separarse sistemáticamente del iusnaturalismo, aparecieron en el siglo XIX, principalmente por los autores “Jeremy Bentham”, “John Austin”, “Hans Kelsen” y “Herbert Hart”. A continuación,

expondremos doctrinas de cada uno de los autores iuspositivistas con la finalidad de entender los fundamentos iusfilosóficos del paradigma positivista.

Jeremy Bentham (1748-1832), fue un pensador inglés, fundador de la corriente utilitarista, en su doctrina considera que la finalidad de la acción humana es la felicidad, pero estas acciones están vinculadas a la realización de acciones útiles. Por ende, la utilidad será el criterio para determinar el telos de las acciones humanas.

El autor de la “Introducción a los principios de la moral y la legislación” afirma:

Por utilidad entendemos la propiedad o la tendencia de una cosa para procurar algún bien o para preservar de algún mal. Lo conforme a la utilidad de un individuo es lo que aumenta la suma total de su bienestar, y lo conforme a la utilidad pública es lo que aumenta el bienestar de los individuos de la comunidad que la componen. (Bentham, 1834, p. 19)

En esencia, lo que se pretende exponer desde la corriente utilitarista es que todo debe tener un análisis sobre la utilidad de cada acción o decisión; es decir, lo útil son los medios necesarios para tener bienestar (felicidad) y no el sufrimiento ni dolor. Además, cabe indicar según Bentham los placeres (lo bueno) y dolores (lo malo) son medibles en razón a su intensidad, duración, certeza, proximidad, fecundidad, pureza, extensión y también según la cantidad de personas afectadas. Por ende, el ejercicio de la legislación será una operación aritmética.

La reflexión de Bentham tiene sentido, en razón que el objetivo del legislador es dar felicidad a la comunidad; pero este deseo de generar una utilidad general debe estar fundada en el razonamiento lógico y científico. Es decir, según el autor, los medios que procuran aquella felicidad constituyen en la ciencia. Los principios que se utilizan deben ser evidentes para que todos convengan en él y en su

aplicación, y será como los axiomas de matemáticas que no se prueban directamente (Bentham, 1834, pp. 18-19). Evidentemente, es una afirmación moderna con ponderación a la razón científica.

La pena o el placer, que se aplican en la observancia de una ley, se llama sanción de la ley. Estos bienes o males pueden dividirse en cuatro clases: físicos, políticos, morales y religiosos. En esta línea, las penas o los placeres que aplican los magistrados son llamados sanción legal. De acuerdo a Bentham (1834):

El fin de las leyes es dirigir la conducta de los súbditos, y para que esto se realice son necesario dos cosas. Primero que la Ley sea clara, esto es, que presente al entendimiento una idea que exprese exactamente la voluntad del legislador. Segundo que la Ley sea concisa para que se fije fácilmente en la memoria. Claridad y brevedad, son pues las dos dotes esenciales de la ley. Todo lo que contribuye a la brevedad contribuye también a la claridad. (p. 194).

En la línea de Bentham, la ley de ninguna manera representa proposiciones abstractas e ininteligibles. La prueba de ella está, que una vez promulgada la ley se debe presentar al conocimiento de los que deben gobernarse por ella, y no tengan ninguna duda de su vigencia. Evidentemente es una reflexión en un contexto industrializado donde los burgueses tienen dominio sobre la clase trabajadora.

Para Bentham la imposición de la pena o recompensa debe estar orientada al fin, bien del Estado. Ya que la pena es un instrumento necesario en el mecanismo del gobierno, y la recompensa es un medio accesorio, un auxiliar útil o agradable. La pena es la guardia de todas las leyes, y la recompensa solo puede aplicarse a servicios que salen de la esfera común (Bentham, p. III, 1826). Para lograr los fines

de la ley es necesario en la aplicación de las penas tener un sentido racional, esto significa que la ley debe tener consideración algunos criterios sociales y humanos, tales como: la edad, sexo, riqueza, educación, entre otros.

Por su parte Mill (1997) complementa a las ideas planteadas por Bentham, indicando, “que la utilidad recomendará que las leyes y organizaciones sociales armonicen en lo posible la felicidad o los intereses de cada individuo con los intereses del conjunto” (p. 62). Es así, en la doctrina utilitarista hay un interés en la corrección de las acciones humanas, pero con un enfoque diferente de la ética aristotélica “hombre virtuoso” y cristiana “amar al prójimo como a ti mismo”. Es así, Mill igual que su maestro funda sus conocimientos en las ciencias positivas en el método inductivo, esto se puede evidenciar, en una de sus obras maestra “Sobre la libertad”, afirma:

Para impedir que por ese medio el Estado ejerza una influencia nociva sobre la opinión, los conocimientos que se exigieran para aprobar un examen – además de esas partes instrumentales del saber que son las lenguas y su uso-, del grado más elevado incluso, deberían limitarse exclusivamente a los hechos y a las ciencias positivas. Los exámenes sobre religión, política o cualquier otra materia de discusión, no versarían sobre la verdad o falsedad de las opiniones, sino sobre el hecho de que tal o cual opinión se profesa por tales motivos, por tales autores, por tales escuelas o por tales iglesias. (Mill, 2010, pp. 256-257).

En la línea de la doctrina utilitarista también tenemos a John Austin (1790-1859); no hay duda, que es uno de los grandes exponentes del utilitarismo y del positivismo jurídico, en razón que concibe a “las normas jurídicas como un mandato general del soberano dirigido a los súbditos en una determinada sociedad”, en

cambio, la moral positiva no tiene ningún imperativo en su aplicación. Es así, para el autor:

Toda norma jurídica es un mandato. El mandato se distingue de otras manifestaciones de deseo, no por la forma en que el deseo se manifiesta sino por el poder y el propósito de la parte que manda de infligir un daño o pena, en caso de que el mandato no sea atendida...un mandato se distingue de otras significaciones de deseo por esta peculiaridad: que la parte a quién el mandato se encuentra dirigida está expuesta a un mal por parte de la otra, en caso que no se conforme al deseo. (Tamayo y Salmoran, 1986, pp.37-38)

Es así, Austin considera que la obligación está contenida intrínsecamente en la Ley. Pero, surgen más dudas e interrogantes jurídicas, tales como: ¿qué es la ley? ¿Cuál es la esencia de la Ley? ¿Cuál es la causa final de la Ley? ¿Por qué las leyes son lo que son? ¿Cuáles son los límites de la Ley?. El profesor Austin con un criterio jurisprudencial trata de responder a los interrogantes que nos hemos planteado.

El autor hace una simetría entre la obligación y el deber, “mandato y deber son términos correlativos: el significado denotado por cada uno se encuentra implicado por el otro. Donde sea que un deber exista, un mandato ha sido expresado; y donde sea que un mandato es expresado, un deber es impuesto” (Tamayo y Salmoran, 1986, p. 38). Por consiguiente, la Ley “mandato” estable o produce los deberes, y el ejercicio de los deberes es la manifestación plena de la ley.

Cuando los mandatos se incumplen, se aplicará la sanción “castigo” (exigiendo su cumplimiento por la fuerza) de manera adecuada. En la imposición

del castigo siempre se hará presente el mandato y el deber, por ende, siempre estarán unidas, el mandato, el deber y el castigo. Efectivamente, Austin no comparte sobre la recompensa con Bentham ni con Mill, en razón que la recompensa no corresponde sólo a la sanción, sino que también al deber.

En relación al concepto de existencia de la Ley, Austin fundamenta: “la norma jurídica es un mandato que obliga a una o a varias personas. Pero, a diferencia a los mandatos ocasionales o particulares, una norma jurídica es un mandato que obliga... generalmente: actos u omisiones de cierta clase”. (Citado por Tamayo y Salmoran, 1986, p. 41). Por consiguiente, la norma jurídica “mandato” se caracteriza por la generalidad o universalidad, y que está dirigido a la población en general y no a un grupo específico.

En cuanto al origen del mandato “normas jurídicas positivas” se manifiesta que emanan de los superiores del poder “soberano” y los inferiores están obligados a obedecer, Austin explica:

Las disposiciones jurídicas y demás mandatos, se dice que provienen de los superiores y que vinculan u obligan a los inferiores. Superioridad es frecuentemente sinónimo de precedentes o excelencia. Hablamos de superiores de rango..., en bienestar..., en virtud. Pero tomado en el sentido que aquí la entiendo, el término superioridad significa poder: el poder de afectar otros con un mal o un daño y de forzarlos, mediante el miedo a este daño, a conformar su conducta a los deseos de uno. (Citado por Tamayo y Salmoran, 1986, p. 42)

Por consiguiente, la fuente de las normas jurídicas es el soberano o un cuerpo soberano de la comunidad política (Ejecutivo, Legislativo y Judicial) y los súbditos conforman la sociedad en general. En esta línea de ideas, las leyes

positivas son órdenes y es la expresión de los deberes imperativos; en relación a este punto Austin suscribe:

Toda norma jurídica que efectivamente confiera un derecho impone, expresa o tácitamente, un deber relativo o un deber correlativo al derecho. Si especifica el recurso que habrá de otorgarse, en caso que el derecho sea violado, impone el deber relativo de forma expresa. Toda norma jurídica que efectivamente confiere un derecho es, por tanto, imperativo. (Citado por Tamayo y Salmoran, 1986, p. 47)

Otro de los juristas y filósofos importantes del siglo XX es Hans Kelsen (1881-1973) que desarrolla sobre la teoría pura del derecho con una perspectiva iuspositivista, así apartándose totalmente de la teoría iusnaturalista. Evidentemente, Kelsen pretende responder a los interrogantes ¿De qué sea el derecho? ¿cómo sea el derecho? ¿Qué es la justicia? Enunciar “pura” sobre el derecho, lo hace porque quiere abordar todo perteneciente hacia el derecho y excluir todo lo que no corresponde a lo jurídico, es decir, quiere “liberar a la ciencia jurídica de todos los elementos que le son extraños (psicología, sociología, ética, teoría política)”; en efecto, para Kelsen desarrollar el conocimiento jurídico con un enfoque interdisciplinaria hace perder la esencia de la ciencia jurídica.

Nace un interrogante “¿la ciencia jurídica es una ciencia natural o una ciencia social?”. En las palabras de Kelsen (1982), “la sociedad entendida como la convivencia fáctica de los seres humanos, puede ser pensada como una parte de la vida en general, y, por ello, como una parte integrante de la naturaleza” (p. 16). Por consiguiente, todos los acontecimientos externos (actos humanos) que se desarrollan en el tiempo y espacio son parte de la naturaleza; por ende, están determinada por las leyes causales. En esta línea de ideas, surge otro interrogante

¿el acto conforme al derecho reside en su facticidad en el tiempo y espacio?, la respuesta es no, en razón que “la norma funciona como un esquema de explicitación jurídico”. Es decir, “el enunciado de que un acto de conducta humana situado en el tiempo y el espacio es un acto de derecho (o, un acto contrario a derecho) es el resultado de una explicitación normativa” (Kelsen, 1982, p. 17).

El derecho es una organización normativa o “sistema de normas que regulan el comportamiento humano”, alude a que “el hombre deba comportarse de determinada manera” en lo que está permitido y facultado (autorizado). Es así, “la obligación no es otra cosa que una norma jurídica positiva, que ordena la conducta de ese individuo, al enlazar con el comportamiento contrario una sanción” (Kelsen, 1982, p.130). En cuanto a la producción de las normas jurídicas pueden estar como origen de ellas las costumbres, siempre en cuanto, la constitución así lo establece. Como indica Kelsen (1982) “las leyes jurídicas que se formulan son instauradas por un legislador o por la costumbre” (p. 104). Desde esta perspectiva de teoría pura del derecho la persona debe comportarse según como la constitución lo prescribe. Según Kelsen (1982) “La constitución fundamenta la validez objetiva de un orden jurídico positivo” (p. 210).

Las características fundamentales de la norma jurídica es su validez y su eficacia, las dos siempre tienen que armonizar para su vigencia, la norma jurídica que no tiene efectividad deja de ser válido, como dice el autor, “La eficacia es condición de la validez en aquella medida en que la eficacia debe aparecer en la imposición de la norma jurídica, para que no pierda su validez” (Kelsen, 1982, p. 25). La validez de las normas se desarrolla en marco del espacio-temporal, por ende, el dinamismo de las normas responde a la dialéctica de los fenómenos espaciales y temporales.

El ordenamiento jurídico establece las diversas condiciones y situaciones que bajo las cuales la imposición del castigo deberá ser efectuada; brindar protección a la ciudadanía es garantizar la seguridad colectiva, por ende, es hacer imperar el orden jurídico. Como indica Kelsen (1982) se puede “hablar de la seguridad colectiva sólo cuando el monopolio de la coacción por parte de la comunidad jurídica ha alcanzado un mínimo de centralización” (p. 51). Por consiguiente, los Tribunales deben contar con un órgano central para empleará los medios de coacción que permita la seguridad colectiva. En esta línea de ideas, “la paz del derecho sólo es una paz relativa, no absoluta, puesto que el derecho no excluye el recurso a la fuerza, es decir, la coacción física del hombre por el hombre” (Kelsen, 1982, p. 51). En esencia y praxis el derecho responde a un orden de coacción, no puede existir seguridad ni paz en la sociedad sin la coacción del orden jurídico. Desde esta perspectiva, todo delito o acto antijurídico deben ser sancionados.

Para Kelsen la definición del derecho no incorpora un elemento moral, pero tampoco “la validez de las normas jurídicas positivas” dependen de su “correspondencia con el orden moral”, en un sentido propio, “la norma puede ser válida aun cuando contradiga al orden moral”, en razón que las normas tienen un orden lógico diverso a lo moral. Es así, “la exigencia de distinguir el derecho de la moral, el derecho de la justicia, significa que la validez de un orden jurídico positivo es independiente de la validez de esa única moral absoluta” (Kelsen, 1982, p. 79). En esta línea de ideas, analizando validez de las distintas normas, se puede inferir que “la validez de una norma positiva sólo puede hallar en la validez de otra norma”. Evidentemente, la norma que sirve de base tendrá carácter de superioridad en la validez por ser referente y fundamento.

Por consiguiente, desde el enfoque Kelseniano “la ciencia del derecho” o “teoría pura del derecho” no se desarrolla con un valor metajurídico o con fuentes emotivas sino en aplicación del método jurídico positivo (realidad y leyes), es así, “la ciencia del derecho tiene como objeto normas jurídicas y, por ende los valores jurídicos que éstas constituyen; los enunciados jurídicos que formulan son, como las leyes naturales de las ciencias naturales, una descripción axiológicamente adífora de su objeto”. (Kelsen, 1982, p. 94). En esencia, el sistema normativo tiene un carácter dinámico, y su validez tiene carácter de “norma fundante” como es la Constitución Política y Derecho Internacional:

Una norma del derecho internacional general faculta a un individuo, o a un grupo de individuos, con fundamento en una constitución eficaz, a producir y aplicar un orden coactivo normativo, en tanto gobierno legítimo; esa norma legitima así al orden coactivo, para el dominio territorial en que cuenta con fáctica eficacia, como orden jurídico válido, y a la comunidad constituida mediante ese orden coactivo, como un Estado en el sentido del derecho internacional... El fundamento de validez de los órdenes jurídicos estatales particulares es reconocido en una norma positiva del derecho internacional, en su aplicación a la constitución del Estado..., el problema de la norma fundante básica queda desplazado. (Kelsen, 1982, p. 226)

Kelsen plantea el principio de imputación, esto se conceptualiza, “cuando se da A, B”; sin duda, es una explicación diversa al “principio de causalidad”. Por consiguiente, el término “deber” es utilizado como sinónimo de la “obligación”, evidentemente el planteamiento de Kelsen es una perspectiva diferente al Kantiano; es así, para Kelsen (1982) “la obligación jurídica se refiere exclusivamente a un orden jurídico positivo y no tiene ninguna implicación moral (deber)” (p. 131). En

efecto, las sanciones que impone el Estado será un acto coactivo constitutivo del deber jurídico (imperativo hipotético administrado por el magistrado), así sucediera la reparación del daño no permitirá evitar la sanción, verdaderamente, la esencia de lo jurídico se identifica con el castigo.

Actuar de acuerdo al “deber” es obrar en mérito al derecho positivo. Por consiguiente, en un marco del enfoque jurídico formalista, la justicia para Kelsen es “aquello bajo cuya protección puede florecer la ciencia y, junto con la ciencia, la verdad y la sinceridad. Es la justicia de la libertad, la justicia de la paz, la justicia de la democracia, la justicia de la tolerancia”. (p.83). Es una reflexión diferente a los conceptos planteados por los filósofos griegos y medievales, en razón que atribuye al factor objetivo - la ciencia, como único medio para alcanzar la justicia, la paz y la verdad.

Ingo Müller, el estudioso del derecho y de la historia alemana, describe la administración de justicia alemana en Tercer Reich, donde la justicia nazista estaba sometido a la voluntad del caudillo. En este contexto Nacionalsocialista la justicia se administraba bajo el imperio de la ley, pero también, no ser miembro del partido oficialista o ser opositor del régimen hitleriano era un crimen acusado por los fiscales y penado por los jueces. Estos hechos hacen surgir naturalmente formularse algunos interrogantes: ¿Por qué se llegó a esta situación aberrante? ¿Qué corriente filosófica influyó en la justicia nazista? ¿Por qué el gobierno nacionalsocialista se valía del “sistema judicial” para perseguir a los opositores? ¿Hasta qué punto la administración de justicia estaba desligada de la política?, a continuación, iremos abordando.

En su libro, los Juristas del horror, Müller (2007), manifiesta la función preponderante que cumplía la corriente positivista para el fortalecimiento de la política nacionalsocialista:

El pensamiento jurídico en los días del imperio estaba dominado por una teoría de positivismo rígido...Sus principales proponentes tenían pleno conocimiento del significado político de su teoría cuando hacían advertencias contra las ideas democráticas y propagaron un sistema de dogmas jurídicos "libre de valores" Detrás de la máscara neutral del Positivismo es obvio que se halla la posición partidista en pro del orden estatal existente del sistema monárquico-constitucional, opinó el historiador Heinrich Heffter, puesto que con su formalismo y su estricta limitación del orden vigente hizo crecer la dependencia del juez del Estado imperial. (p. 14)

También nos hace evidenciar, la dependencia política de los operadores de justicia, en razón que había un manejo expreso del gobierno Nacionalsocialista en el nombramiento de los jueces y fiscales, ya que sólo sobrevivían eran los leales y complaciente al gobierno, el que no seguía las líneas del régimen eran inmediatamente separados o pasados al retiro. Es así, "los funcionarios líderes de la judicatura expresaron su malestar de que la política está arruinando a la administración de justicia, y que la argumentación lógica ... no es útil en los parlamentos" (p.14). Es así, la justicia en el Tercer Reich estaba dominado por la política nacionalista, es decir, la filosofía del derecho se deslinda del esfuerzo humanitario del derecho penal y de los fundamentos constitucionales como el principio de culpabilidad, el principio de intervención mínima, principio de humanidad, etc., en cambio el principio de legalidad estaría justificado con la promulgación de las Leyes de Nuremberg el 15 de septiembre de 1935. Por

consiguiente, en el régimen Nazi fueron descartados todos los principios procesales que controlaban el poder del Estado.

Durante el Tercer Reich todas las aplicaciones de los principios jurídicos fundamentales fueron desechadas rápidamente. Se hizo posible imponer penas retroactivamente con la Ley sobre la Imposición e Implementación de la Pena de Muerte, conocida como Ley Vander Lubbe, y más de veinte otras leyes y otros decretos de la era Nazi que también contenían normas sobre aplicación de penas retroactivamente. La posibilidad de infligir penas no dictadas por los tribunales penales fue creada a través de la institución de la "detención preventiva," sobre la cual sólo la policía tenía control. Finalmente, la posibilidad de determinar que una acción no era punible por analogía se eliminó en 1935 cuando se modificó el texto del párrafo 2 del Código Penal: Será castigado quien cometa una acción que la ley declare punible o que merezca castigo de acuerdo con el principio fundamental de una ley penal o de la sana opinión popular. (Müller, 2007, p. 97)

La tipificación legal sobre la analogía fue creada con el único fin de enviar a la cárcel a todos los opositores al régimen; es así, en esta línea Schmitt manifiesta que "el objeto primordial del derecho penal era proteger a la comunidad del pueblo de los delincuentes, y esa función protectora suplantaba lo que había sido el principio fundamental del Estado de Derecho". (como se citó en Müller,2007, p.98), pero en esencia, ¿hasta qué punto el derecho penal estaba concebido para proteger el derechos de los ciudadanos y no para proteger al Estado contra los individuos? . En efecto, el "principio de intervención mínima" del derecho penal y otros principios de seguridad jurídica en el régimen Nazi no es tomado en cuenta,

en razón, que “la protección de los derechos de los individuos fueron dejados de lado para proteger la justicia material” (Müller, 2007, 98)

Otro punto que es necesario subrayar es la fuente de la legalidad o de la ilegalidad, que ya no se hallaba sólo en la ley, sino que también en la doctrina nacionalsocialismo, en esta línea de lógica jurisprudencial, cabe afirmar, lo que no estaba permitido en el régimen estaba prohibido. En razón que los juristas y los magistrados en el tercer Reich estaban influenciado por el positivismo jurídico, esto obligaba a que se apeguen estrictamente a la ley y que también declaren su lealtad al Führer, sin duda, esta actitud condujo a los juristas y magistrados a cometer delitos contra la justicia, como expresa:

Ningún grupo profesional salió de la era nazi con tan buena conciencia como el de los juristas. Comenzaron negando categóricamente que los jueces alemanes hubiesen participado en forma alguna en todas las injusticias de la dictadura de Hitler. Hubert Schorn, adscribe toda la culpa a los legisladores; y observa que los juristas seguían la legislación existente como resultado de su "entrenamiento positivista." Es cierto que el positivismo jurídico, con su exigencia de que los juristas se apeguen estrictamente a la ley, había sido la doctrina indiscutida del Estado autoritario bajo el Kaiser. (Müller, 2007, 297)

En la línea que estamos abordando, el Profesor Armando Nieto Vélez de la PUCP realiza unos apuntes sobre el positivismo jurídico, con fines de reflexionar sobre los fundamentos últimos del ordenamiento jurídico del régimen Nazi y del pensamiento de Kelsen, y esto en correspondencia real con el primer artículo de la Constitución Política del Perú (1993), “la defensa de la persona humana y el respecto de su dignidad son el fin supremo de la sociedad y del Estado”. Es así, la

discusión sobre la preeminencia del Estado sobre la persona o en viceversa corresponde a un determinado corriente iusfilosófico y no a factores míticas. Profesor Nieto Vélez, manifiesta sobre el positivismo jurídico:

El lenguaje del positivismo jurídico rehúye el planteamiento de los contenidos axiológicos y permanece en el terreno de la pura normativa, es decir, en la problemática de índole técnico-lógica. De esa manera, resulta insuficiente para calificar ordenamientos legales que atropellan y vulneran bienes que todos sentimos como fundamentales e inalienables: los de la persona humana. La insuficiencia del positivismo jurídico para realizar esa función primordial se mostró clarísima y trágicamente en el proceso de los llamados criminales de guerra nazis (p.4)

Herbert Lionel Adolphus Hart (1907 – 1992) es uno de los pensadores importantes del siglo XX, su reflexión se centra en reconstruir el enfoque positivista tras la segunda guerra mundial. Es un positivista con matices, pero ello no exime de separar el derecho de la moral. Hart en su libro “el concepto del derecho” responde a las preguntas iniciales ¿qué es derecho? ¿cuál es la naturaleza o esencia del derecho?, para responder estos interrogantes se distancia de las teorías imperativas de Austin y de Kelsen.

Para Hart no todas las normas responden al rango imperativo o prohibitivo, como podría ser leyes penales, normas que confieren potestades (normas civiles) y las normas originas en la costumbre. El derecho penal no son las normas primarias que establece la sanción, tampoco tiene como finalidad de hacer imperar el castigo, es decir la característica esencial del derecho no es la sanción. Según Hart (1961) “no hay norma jurídica que prohíba el homicidio: sólo hay una norma jurídica que prescribe que los funcionarios apliquen ciertas sanciones en ciertas

circunstancias a aquellos que cometan homicidio” (p. 45). La perspectiva de Hart tiene una conexión directa con lo que está establecido en nuestro Código Penal Peruana como por ejemplo, en los delitos contra: la vida, el cuerpo y la salud, queda tipificado en el artículo 106° del Código Penal Peruano, “el que mata a otro será reprimido con pena privativa de libertad no menor de seis ni mayor de veinte años” y también en los delitos contra el patrimonio de igual forma podemos encontrar en el artículo 188° del Código Penal, “el que se apodera ilegítimamente de un bien mueble total o parcialmente ajeno, ... empleando violencia contra la persona o amenazándola con un peligro inminente para su vida o integridad física será reprimido con pena privativa de libertad ...” (Hart, 1961, 45). En esta línea de ideas el derecho penal establece un comportamiento, por ende, no son imperativos ni prohibitivos, no dicen que tú estás obligado a matar ni estás obligado a robar, tampoco dicen que tú estás prohibido a matar ni estas prohibido a robar, por ende, las leyes penales tienen como finalidad de guiar la conducta de los ciudadanos y a los que administran justicia ordena aplicar ciertas sanciones si se da determinadas condiciones. Para los que administran justicia tiene esta fórmula “Si se hace, omite u ocurre algo del género X, entonces aplique una sanción del género Y” (Hart, 1961, 45).

Hart (1961) pretende revelar la naturaleza en sí del derecho en un contexto divergente sobre el origen y fines del derecho, y manifiesta:

Las principales funciones del derecho como medio de control social no han de ser vistas en los litigios privados o en las causas penales, que representan provisiones vitales, pero no obstante ello accesorias, para las fallas del sistema. Han de ser vistas en las diversas formas en que el derecho es usado para controlar, guiar y planeas la vida fuera de los tribunales. (pp. 50-51)

Para entender la concepción del derecho en el pensamiento de Hart es necesario distinguir dos tipos de reglas y la relación que guardan entre ellas, describe:

Las reglas del primer tipo imponen deberes; las del segundo tipo confieren potestades, públicas o privadas. Las reglas del primer tipo se refieren a acciones que implican movimiento o cambios físicos; las del segundo tipo prevén actos que conducen no simplemente a movimiento o cambio físico, sino a la creación o modificación de deberes u obligaciones. (Hart, 1961, p. 101).

En Hart el derecho se desarrolla en conexión de reglas “primarias” y “secundarias”, es así, “las reglas primarias se ocupan de las acciones que los individuos deben o no hacer” (tú individuo que debes hacer o no debes hacer), evidentemente esta regla tiene relación al pensamiento de Austin “orden coactivo”, y esto, obliga a Hart complementar otras reglas, él lo denomina las reglas secundarias. Entonces, ¿cuál es la función que cumple las reglas secundarias en el derecho?, en palabra de Hart, “las reglas secundarias se ocupan de las reglas primarias”, entre ellas tenemos: reconocimiento, cambio y adjudicación. La regla de reconocimiento es aquella que identifica qué normas forman parte de los sistemas jurídicos y cuáles no, y que tengan un validez y efecto universal; regla de cambio es aquella potestad que tienen los funcionarios o legislativo para crear, modificar, derogar las leyes de acuerdo al cambio temporal. La regla de adjudicación responde al procedimiento que establecen los funcionarios en los supuestos casos se infringen las normas, aplicación de las sanciones. Por consiguiente, el desarrollo de las reglas secundarias ha permitido superar las reglas primarias establecidas por Austin: falta de certeza, carácter estático y difusa presión social. Es así, la

justicia existirá cuando se unen las reglas primarias y secundarias, y la obediencia a las reglas será por motivo de beneficio o conveniencia social (aspecto externo) y los funcionarios están obligados imponer sanción (aspecto interno)

Para Hart la identidad o la regla de reconocimiento está en la Ley Positiva, es decir, en la Constitución, Legislatura y Precedentes Vinculantes, donde las normas establecen claramente los criterios para la creación de la ley y la determinación de las leyes. El criterio de Estructura hace referencia a la relación del sistema jurídico, es decir, la conexión que guardan entre las reglas primarias y secundarias, y por último contenido hace referencia a la solución de los problemas: Vulnerabilidad humana (prohibido la violencia), igualdad aproximada (nadie debe ser propiedad del otro), altruismo limitado, recursos limitados (igualdad de material mínima-subsidio) y comprensión y fuerza de voluntad limitada. Por consiguiente, para Hart todo sistema jurídico debe tener normas que prohíban uso de la violencia contra el otro ser humano, es decir, en el pensamiento de Hart se hace presente en menor medida el principio de "*ultima ratio*" penal, en razón que el ser humano o la sociedad en general no debe actuar por amenazas del soberano ni tampoco el Estado debe priorizar la sanción para lograr el orden social.

Hart no comparte con la concepción del derecho penal como "órdenes respaldadas" por las amenazas "haga esto, lo quiera o no". Ya que el derecho penal es algo que se obedece y también que se puede desobedecer. Por ende, las reglas penales exigen responsabilidad con el "deber" y también busca que los hombres se abstengan de hacer las actividades contrarias al deber.

Al inicio de este capítulo hemos presentado al positivismo jurídico como una corriente opuesta al derecho natural-iusnaturalismo, evidentemente, el positivismo jurídico ha predominado entre los juristas y magistrados del siglo XIX y XX, pero

también se ha extendido su atención hasta nuestros días, en las manifestaciones del poder del soberano (Estado) y la atención predominante al marco normativo coercitiva. En efecto, este proceso histórico del Derecho tiene varias apreciaciones como positivas y negativas, y uno de los ilustres juristas del S. XX, Norberto Bobbio, analiza ventajas y desventajas del positivismo jurídico en relación al iusnaturalismo.

A pesar de la crítica antiusnaturalista, las proclamaciones de los derechos del hombre y del ciudadano no sólo no han disminuido en la era del positivismo jurídico, sino que se han enriquecido cada vez más con nuevas exigencias hasta comprender los llamados derechos sociales, y hasta desmenuzar al hombre abstracto en todas sus posibles especificaciones, de hombre y mujer, de niño y viejo, de sano y enfermo, dando lugar a una proliferación de cartas de derechos que presentan como estrecha y del todo inadecuada la afirmación de los cuatro derechos de la Declaración del 89 (Bobbio, 1991, p. 171)

En conclusión, el positivismo filosófico considera que “no existe otro conocimiento que el que proviene de hechos reales verificados a través de la experiencia”, es decir, este paradigma considera a la realidad de manera empírica y objetiva. Efectivamente, el paradigma filosófico también influyó en el desarrollo del paradigma jurídico positivista, y esta consideró como un método de investigación sistemático, riguroso y verificable, al margen de las dogmas, ética y cuestiones metafísicas; y también, a la ley jurídica da la superioridad sobre las restantes fuentes del derecho. Sin duda, la esencia del positivismo jurídico está deslindada de las consideraciones valorativas que van al margen de la estructura formal de la ley, por ejemplo, las argumentaciones o interpretaciones de los magistrados sería meramente cuestiones especulativas, pero no demostrables, por

consiguiente, rechazable. Es así, desde la perspectiva positivista los magistrados deben atender fielmente a las leyes promulgadas por el legislador, aunque la validez de las leyes puede ser injustas; el decir, los magistrados deben aplicar sin deliberar sobre su contenido, ya que el derecho positivo es justo solo por el hecho de ser, “legitimado”. Bajo esta línea “los jueces aplican derecho (leyes) , pero no crean derecho (justicia)”.

La escuela de la exégesis, apareció en Francia después de la promulgación Código Civil (1804) y llegó a su apogeo a mediados del siglo. La tarea de los juristas se concentraba en el estudio y exposición del citado texto legal. La enseñanza del Derecho se limitaba a la enseñanza y exégesis de los Códigos. Los profesores no eran profesores de derecho sino de leyes. La tesis de que el Código o la ley es la principal fuente del derecho que conduce a admitir la omnipotencia del Estado, creador de la legislación. (Guamán, Hernández y Lloay, 2020).

El aporte del positivismo jurídico está en que el derecho sea universal, inmutable y accesible a la razón humana, por esa razón, los criterios éticos y morales son subjetivos y no hay la posibilidad de demostrar su validez. Pero también eso conlleva admitir la omnipotencia del Estado como fuente del Derecho y desatender parcialmente los derechos de las personas, por consiguiente, del “principio de intervención mínima penal”, de hecho, este principio nace para contener el poder punitivo del Estado, pero si hay mayor atención y respeto al Estado, los principios con facilidad serán vulnerables o no considerados por parte de los magistrados en sus decisiones.

3.5 Postmodernidad y su influencia en las decisiones de los magistrados.

El desarrollo histórico permite forjar nuevas ideas y nuevas corrientes del pensamiento, ya que las nuevas ideas son el resultado de los nuevos tiempos, este proceso dialéctico es inevitable en el desarrollo del conocimiento ya sea en las ciencias formales como en las ciencias fácticas. Por ello, es necesario analizar los aportes del posmodernismo jurídico y su influencia en las decisiones de los magistrados. Sin duda, inicialmente nos surgen algunos interrogantes ¿Cuál son los factores que determinaron para el surgimiento del posmodernismo? ¿Hasta qué punto el paradigma posmodernismo influye en la formación y decisión de los magistrados? ¿La posmodernidad atiende el principio de intervención mínima penal?

El tránsito del positivismo jurídico al posmodernismo jurídico se da por presentarse algunas crisis del paradigma positivista en la cultura jurídica, como la realidad es misteriosa y compleja no necesariamente conduce a tener conocimientos exactos y absolutos, sino más bien permite desarrollar un conocimiento relativo, imperfecto y con posibilidad de aproximarse a la verdad, en razón que la mente humana presenta muchas limitaciones en la adquisición, desarrollo, clasificación, producción y validación del conocimiento. Atienza (2014) subrayaba que “el positivista reduce el Derecho a una sola dimensión: la autoritativa, dejando fuera el componente de valor. Es a lo que le obliga la tesis de la separación entre el Derecho y la moral” (p. 13).

El paradigma postmodernismo concibe al derecho como ciencia interdisciplinaria, abierta a diferentes dimensiones, tales como: ética, moral, política, psicología, entre otras disciplinas. Las normas jurídicas que contiene el derecho siempre estarán abiertas a la valoración de las reglas y principios. Por consiguiente, bajo el criterio de valoración o ponderación el derecho tendrá el

carácter indeterminado. Es así, se da una revolución jurídica contemporánea de los paradigmas, Calsamiglia (1998) afirma:

El postmodernismo cambia la agenda de problemas porque presta especial atención a la indeterminación del derecho. Se desplaza el centro de atención de los casos claros o fáciles a los casos difíciles. Lo que interesa no es tanto averiguar las soluciones del pasado sino resolver los conflictos que todavía no están resueltos. (p. 211).

El postmodernismo tiene como meta coberturar el conflicto o actos jurídicos en los tres tiempos: pretérito, presente y futuro, y las preguntas no sólo estarán orientadas sobre cuestiones del pasado sino también del futuro, evidentemente casos complejos o difíciles ameritan todo un razonamiento lógico, una valoración interdisciplinaria y la aplicación del derecho comparado, por ende, la adjudicación (interpretación) recae en el juez y no en el legislador. Los contenidos que apartaba el positivo el nuevo paradigma posmodernismo incluyen por ello, “el razonamiento moral juega un papel importante en el razonamiento jurídico y que, por tanto, hay una relación intrínseca entre el derecho y la moral” (Calsamiglia, 1998, p. 215). Consiguientemente, en la posmodernidad no hay una separación categórica entre razonamiento normativo, moral, ética y la política.

¿Cuáles son las fuentes del postmodernismo jurídico? El desarrollo del conocimiento jurídico siempre estaba fundado en las diversas fuentes, pero cada paradigma jurídico daba mayor prioridad a alguna de ellas, ya sea a la costumbre, a la ley o la jurisprudencia. En el postmodernismo se tiene en consideración las tres fuentes mencionadas, pero no sólo se cierra en las tres fuentes, sino que también es consciente que no todo el derecho está basado en fuentes, ya que la validez de las normas no sólo descansa sobre criterios formales coercitivas, sino también en

los indicadores materiales que son inconstantes. Justamente por ello, en el posmodernismo hay posiciones de priorizar la jurisprudencia valorativa.

Para postmodernidad existe una estructura del sistema jurídico, lo cual conforma reglas y principios. Es decir, el sistema jurídico conforma normas que tipifican del deber ser abstracto, pero no especifican para casos concretos. En estos casos reales, los principios sirven de instrumentos de protección de los bienes o valores jurídicos, y por otro lado sirven de guía para la deliberación y ponderación en los casos prácticos.

3.6 Aportes de la filosofía posmoderna

En el siglo XX ha desarrollado algunos enfoques filosóficos, con la intención de interpretar el fenómeno de la existencia humana (ser), la sociedad (sistema) y el lenguaje (logos). Los datos que proporcionan cada uno de los enfoques filosóficos permitirán pensar las diversas manifestaciones existenciales del hombre y su desarrollo en la sociedad emancipándose de los poderes que le oprimen en marco de la racionalidad, libertad y justicia. Por consiguiente, es una tendencia de superar el positivismo, cientificismo y tecnicismo con fines de rescatar la supremacía de la dimensión existencial, lenguaje y cultural del hombre. Sin duda, este abordaje filosófico posmoderno son bases para la generación del posmodernismo jurídico, es por ello, es necesario iniciar analizando la filosofía posmoderna y luego el posmodernismo jurídico, y su vez, como estos paradigmas influyen en la administración de justicia, de manera específica en las decisiones de los magistrados.

3.6.1 El hombre libre como posibilidad en la temporalidad.

Martin Heidegger el pensador más influyente en la filosofía contemporánea, hace una reflexión filosófica con un giro lingüístico en su obra maestra "Ser y Tiempo" (1927), es un pensar y preguntarse sobre el ser "Dasein-ser ahí", el hombre arrojado en el mundo. El autor pretende superar la metafísica clásica, haciendo distinción entre ser y los entes, el hombre debe vivir con autenticidad en la temporalidad, siendo consciente de su mortalidad (ser para la muerte). Es así, se desarrolla un pensamiento de carácter revolucionario porque rompe las filosóficas basadas en teoría del conocimiento gnoseológica (sujeto vs objeto). Por tanto, la centralidad de reflexión de Heidegger es el hombre ¿por qué hay algo y no más bien nada? ¿Por qué el hombre se ha olvidado del ser?

Desde el inicio de la filosofía se ha intentado dar interpretaciones sobre el ser, pese que el concepto del ser tiene un carácter de universalidad e indeterminación, es así, el no preguntarse por el ser, sería un acto desnaturalizado. Pero surge el interrogante ¿quién es el sujeto que se pregunta por el ser?, según Heidegger (1926) "el ente será interrogado, por así decirlo, respecto de su ser. Para que el ente pueda presentar, empero, sin falsificación los caracteres de su ser, deberá haberse hecho accesible previamente, tal como él es en sí mismo" (p. 17). Es decir, es el mismo ser que se pregunta por su ser, el hombre es el ente que se pregunta por su naturaleza de existencia. Hacernos la pregunta sobre nuestra condición de ser nos permitirá existir auténticamente y con transparencia. Por ende, el ser "Dasein" está en conexión con la verdad, cotidianidad, historicidad y temporeidad, y éstas influyen en la determinación óptica del Dasein, en razón que el ser es un proyecto arrojado en la mundanidad.

El hombre se desarrolla en la historicidad del tiempo, la historia y la temporalidad serán elementos esenciales en el desarrollo de la existencia, “El Dasein siempre tiene fácticamente su historia, y puede tenerla porque el ser de este ente se halla constituido por la historicidad” (Heidegger, 1926, p.369). El Dasein al estar arrojado en el mundo permite tener posibilidades fácticas de superación, “Por estar arrojado, el Dasein está entregado a sí mismo y a su poder-ser, pero en cuanto estar-en-el-mundo”. (Heidegger, 1926, p. 370)

En el pensamiento de Heidegger hay dos puntos esenciales que tienen una vinculación directa con el desarrollo de las ciencias penales. Primero, que el tiempo histórico es fundamental para entender, desarrollar y aplicar los principios penales que garanticen los derechos fundamentales del ciudadano, como por ejemplo para aplicar el principio de la proporcionalidad o el “principio de intervención mínima” penal es necesario evaluar los atenuantes o agravantes de la pena que son las circunstancias de la temporalidad (horario) e historicidad (reincidencia, habitualidad, edad, etc.). Y segundo, el olvido del “ser”, del valor trascendental del hombre, hace que en el sistema de justicia no predomine el “principio de intervención mínima” penal, sino el señorío del ius puniendi del Estado.

¿Por qué el hombre se ha olvidado al ser?, según Heidegger el hombre se ha olvidado del ser, de preguntarse por la esencia del hombre es por razones que el hombre se ha consagrado en las cosas, el hombre vive cosificado. Y esta situación inauténtica, no permite que construyamos una consciencia social y política. Pero siendo que la naturaleza del hombre es proyección, por consiguiente, nos guardan las esperanzas de superación.

Por su lado, Jean-Paul Sartre, preocupado por la existencia del ser humano realizó reflexiones sobre la libertad y responsabilidad personal. Una de las obras más importantes del autor es “el ser y la nada”, desarrolla la naturaleza de ser en sí y ser para sí (consciencia). Retomando las reflexiones de Kierkegaard, Husserl, Nietzsche y Heidegger, Sartre formula sus reflexiones sobre el mundo fenoménico, la existencia, la esencia, la angustia, la libertad, la proyección.

Hay dos modalidades de entender el ser. Primero, “el ser en sí” es lo que es, es macizo, siempre está estable y permanente, “el ser no puede ni ser derivado de lo posible ni reducido a lo necesario” (Sartre, s.f. p. 16). Segundo “el ser para sí”, es el ser dinámico, es el ser que se determina a sí mismo a existir, ser de consciencia. Por consiguiente, para Sartre “el para-sí está obligado a no existir jamás sino en la forma de un en-otra-parte con respecto a sí mismo, a existir como un ser que se afecta perpetuamente de una inconsistencia de ser” (Sartre, s.f, 61). Es así, el ser se constituye a ser tal de su propia nada.

«La existencia precede a la esencia», esto significa en palabras de Sartre que “el hombre empieza por existir, se encuentra, surge en el mundo, y que después se define” (Sartre, 2009, p. 31), es decir, el hombre llega al mundo existiendo, la esencia se dará el mismo hombre en marco de su libertad y praxis. El hombre inicia siendo nada, y en la elección permanente se da un pasado. “El hombre es el único que no sólo es tal como él se concibe, sino tal como él se quiere, y como él se concibe después de la existencia, como él se quiere después de este impulso hacia la existencia” (Sartre, 2009, 31). El hombre de Sartre es el ser que se compromete con el mundo real, con el sentido de la sociedad, la angustia por los problemas que se entretajan en la

sociedad y más aún por los actos que limitan el pleno ejercicio de la libertad. Para el hombre la pérdida de la libertad es muestra de la pérdida de su esencia. Evidentemente, el Estado debe proteger el desarrollo libre del hombre, sólo en un Estado donde se da cumplimiento las garantías procesales y preeminencia del “principio de intervención mínima” del derecho penal, se puede concebir que la existencia humana se desarrolla en marco de la libertad.

La posibilidad de da en el mundo por la existencia de un ser que es posibilidad “hombre”. Es así, el desarrollo y la búsqueda del conocimiento se da a partir de la posibilidad de encontrar más conocimientos que tenga mayor certeza, exactitud, veracidad, etc. En las ciencias del derecho se implementan leyes con la posibilidad de atenuar o controlar los delitos comunes, pero siendo que la conducta humana es posibilidad por esencia es posible que se genere otros actos delictivos como son las organizaciones criminales. Siguiendo las palabras de Sartre:

Si es verdad que el posible es una opción sobre el ser, y si es verdad que el posible no puede venir al mundo sino por un ser que es su propia posibilidad, ello implica para la realidad humana la necesidad de ser su ser en forma de opción sobre su ser. (p. 73).

El derecho a la educación, a la información, a la propiedad, a la libertad se genera cuando se disputa sobre un hecho puro y simple.

En la línea del pensamiento existencialista contemporánea encontramos varios autores, tales como: Simone de Beauvoir, Gabriel Marcel, Albert Camus, entre otros, que abordan sobre la existencia y crisis del hombre por causas de la guerra, conflictos, revoluciones sociales. Los existencialistas analizan al hombre en el mundo como un ser único y libre sin relación alguna con el divino

o un ser abstracto. Para el hombre lo social es una condición de su existencia, por ello, su existencia construirá en seno de la sociedad. Evidentemente, ponderar la libertad y la existencia del hombre en la sociedad permite fortalecer las garantías y principios del derecho penal.

3.6.2 Deconstrucción de la realidad imperante.

El estructuralismo es una corriente sociológico y filosófico que considera que la lengua es como un conjunto estructurado donde los términos se definen por sus relaciones con los otros términos. “Dentro de la lengua no existen términos aislados, sólo existen diferencias” (Léonard, 1985, 92). Entonces, la lengua tiene su realidad en relación y simetría entre los términos, su correspondencia de da independientemente del sujeto que habla.

En el pensamiento lingüística estructural de Ferdinand Saussure el texto es considerado como un conjunto cerrado de elementos, por ello, para entender el texto es prohibido recurrir a cualquier realidad fuera del texto. En efecto, desde la perspectiva estructuralista todas las manifestaciones culturales, sociales, políticas y jurídicas son determinables como un sistema estable desde las leyes científicas.

Por su lado Foucault (1976) conduce al estructuralismo científica a las ciencias del derecho, afirma: “los actos punitivos no como simples consecuencias de reglas de derecho o como indicadores de estructuras sociales, sino como técnicas específicas del campo más general de los demás procedimientos de poder político” (p. 48). Es decir, el autor reflexiona sobre el funcionamiento y ejercicio del poder, y como esta facultad del poder soberano se ejerce sobre los que se castiga, vigila, educa, corrige y también sobre las

personas con problemas mentales. “El derecho a castigar será como un aspecto del derecho del soberano a hacer la guerra y venganza a sus enemigos” (Foucault, 1976, 94). Por consiguiente, la razón instrumental del poder cumple la función de ver, dominar y controlar a los hombres.

Si se pretende tener una sociedad disciplinada y organizada, donde predomine la razón antes que la locura, la justicia antes que la injusticia entonces es necesario que exista en la sociedad las cárceles y también los manicomios. Para Foucault (1976) el ejercicio del poder se extiende en la vigilancia discreta, “unas miradas que deben ver sin ser vistas” (p.317), es así, “todo el poder se ejercería por el único juego de una vigilancia exacta, y cada mirada sería una pieza en el fundamento global del poder” (318). El panóptico será un medio de observación, por ende, será como una especie de laboratorio de poder para enajenar la condición humana. En esta línea, para Foucault el estudio de las ciencias humanas no tiene como objetivo conocer la condición humana sino conocer para dominar.

En relación a las prisiones Foucault (1976) manifiesta que “debe ser un aparato disciplinario exhaustivo, debe ocuparse de todos los aspectos del individuo (físico, moral, conducta, académica y laboral)” (pp. 438-439). Esta situación, al soberano da todos los poderes despóticos sobre los reclusos; por ello, impone mecanismos de represión y castigo. Además, el autor de “Vigilar y Castigar” afirma que el soberano tiene la capacidad de crear e imponer la verdad en materia penal, a raíz de que en la realidad sólo existen interpretaciones. Muchas veces se ha presentado esta situación en nuestro contexto, cuando la prensa por sus intereses económicos ha implando una

información como verdadero, aunque no lo es, pero por contar con el poder económico implanta una verdad en la sociedad.

A raíz de las ideas dogmáticas planteadas por el estructuralismo, nace el posestructuralismo con una perspectiva de superación al pensamiento estructuralista. Evidentemente, esta corriente posestructuralista tiene una vinculación directa con la dogmática de las ciencias penales, ya que la valoración de los delitos y de las pruebas para imponer penas se desarrollan a través del lenguaje oral y escrita, como queda tipificado en el numeral 1 del Art. 158° del CPP: “en la valoración de la prueba el Juez deberá observar las reglas de la lógica, la ciencia y las máximas de la experiencia, y expondrá los resultados obtenidos y los criterios adoptados”. Los actos jurídicos penales (delitos) estarán posibilitados a tener variedad de significantes y el lenguaje jurídico estará obligado a realizar razonamiento y ponderación de los fenómenos fácticos; por ello, en atención a una situación concreta, los magistrados tienen la facultad de inaplicar la regla o un precedente jurisprudencial con debida motivación. En efecto, el estructuralismo busca salir del sujeto centralizado y dominante de la realidad como consideraba Descartes “*cogito ergo sum*”, el sujeto forma parte de la trama o de la realidad histórica; por tanto, no es sujeto constituyente de la realidad sino constituido por las relaciones de la estructura. Con esta línea de pensamiento, lo que hace Foucault es seguir al pensamiento de Heidegger iniciado por Nietzsche, pero busca poner al sujeto en centro de la estructura.

Jacques Derrida (1930-2004) es un pensador que ha recibido influencia de los llamados “filósofos de la sospecha”: Marx, Freud y Nietzsche y también de otros filósofos de la historia. El filósofo en su obra *De la Gramatología* plantea

su célebre frase: “No hay nada fuera del texto” (Derrida, 1986, 207), es decir, los textos hablan de la realidad, de los hechos y de las cosas. Sin duda, esta afirmación de Derrida sigue en las líneas que planteo el maestro Nietzsche «No hay hechos, hay interpretaciones», siendo así, el hombre será el ser que ordena la realidad con el lenguaje. ¿El lenguaje para Derrida es igual que para los estructuralistas?, la respuesta es negativa. El lenguaje para Derrida tiene una característica de universalidad, impropia y con un significado equívoco, es decir, los términos no son estables en su significación, ni tampoco presenta una única verdad.

Derrida como gran filósofo busca evidenciar todo lo que se encuentra oscuro en el texto, es así, detrás de los textos que parecen claras hay historias y datos ocultas por descubrir, y sin duda, deconstruir significa poner todas las definiciones o perspectivas existentes en la tradición a la superficie con la finalidad de cuestionar, problematizar y hallar las paradojas y falsas valoraciones instaladas en la sociedad institucionalizada.

La escritura es la disimulación en el logos de la presencia natural, primera e inmediata del sentido en el alma. Su violencia aparece en el alma como inconsciencia. Deconstruir esta tradición tampoco consistirá entonces en invertirla, en volver inocente a la escritura. Más bien consistirá en mostrar por qué la violencia de la escritura no le sobreviene a un lenguaje inocente. Hay una violencia originaria de la escritura porque el lenguaje es, en primer término y en un sentido que se mostrará progresivamente, escritura. (Derrida, 1986, 49).

El filósofo de deconstrucción, siguiendo las ideas pauteadas por Foucault, se contrapone sobre el establecimiento de las características o categorías

como verdades en la sociedad, como, por ejemplo, la razón es catalogado como bueno y el instinto como malo, igual el trabajo es un acto bueno y el ocio como malo, y en esa lógica, cumplir las normas sociales es algo positivo y el no cumplir algo negativo. Por consiguiente, la filosofía de Derrida tiene importancia e implicancias en la sociedad, porque muestra un carácter abierto de razonamiento y praxis frente a los conceptos instalados en las instituciones públicas (Poder Judicial, Tribunal Constitucional, Ministerio de educación, entre otras). Es así, en la historia los derechos de la persona (educación, propiedad, libertad, etc.) se han logrado analizando contenidos ocultos, creando posibilidades y cuestionando los supuestos verdades dominantes.

Por tanto, para que el “principio de intervención mínima” penal tenga vigencia, eficacia y sea aplicado por todos los administradores de justicia, y la sociedad tenga consciencia de ello, es necesario problematizar o cuestionar todo el sistema de justicia, y esto permitirá descubrir datos ocultos y paradojas que subyacen en el sistema de justicia peruana. Mientras no hacemos deconstrucción seguiremos obedeciendo las reglas impuestas por las instituciones soberanas, poder político, poder económico y cuarto poder (prensa). Evidentemente, para que exista justicia, el respeto de los derechos fundamentales de la persona y que todas las resoluciones tengan una debida motivación es necesario ir más allá de “la lógica”, de “la ciencia” y de “las máximas de la experiencia”, en razón que las leyes no conforman una unidad completa de interpretación sino sólo una forma de interpretar, una perspectiva.

En esta línea, también podemos encontrar a Judith Butler, siendo una de las pensadoras importantes de post-estructuralismo, toma una posición crítica sobre el poder político, construcción social, tabú social, género, entre otros. Sin

duda, se opone a una explicación lógica universal de las relaciones humanas planteadas por los estructuralistas. “Si la naturaleza simbólica del intercambio es también su carácter universalmente humano, y si esa estructura universal otorga la identidad a los hombres y una carencia o negación subordinada o de relación a las mujeres, entonces es posible refutar” (Butler, 2007, p. 108). Es así, la reflexión sobre género tiene alguna relación con el pensamiento crítico de Foucault y Beauvoir, y más aún con la perspectiva de Derrida; también para ella “la categoría de las mujeres es un logro cultural variable, una sucesión de significados que se adoptan o se usan dentro de un ámbito, y que nadie nace con un género: el género siempre es adquirido” (Butler, 2007, p. 125). Por consiguiente, clasificar las funciones por diferencias sexuales se ha dado por las prácticas repetitivas en la convivencia social, pero no por eso, tiene que perpetuarse la opresión en la historia. Todas las situaciones, por más que tenga raíces históricas, deben ser puestas a la superficie para ser analizado desde un criterio actual.

Para Butler el lenguaje de distinción de género ha permitido que el poder sea institucionalizado, así “que equipara con lo masculino al sujeto que habla por lo universal y como lo universal, y al hablante femenino como particular e interesada” (Butler, 2007, p.233). En efecto, para el desarrollo de un criterio de identidad y construcción heterosexual es necesario forjar una política de género en igualdad de condiciones, “las restricciones tácitas que crean el sexo culturalmente inteligible deben concebirse como estructuras políticas generativas más que como fundamentos naturalizados” (Butler, 2007, p. 285). En lenguaje de Derrida, la deconstrucción de la identidad discriminadora y perjudicial permitirá instaurar una política de identidad. Evidentemente, es una

reflexión que lleva repensar en la existencia del sujeto y en las estructuras del poder, en ese sentido, su preocupación es esencial para comprender la naturaleza de los delitos que se cometen contra las mujeres y también el incremento de las penas que se aplican en el sistema penal peruano. Naturalmente nos surgen los siguientes interrogantes: ¿Hasta qué punto es razonable el incremento de las penas para los delitos contra las mujeres? ¿En qué medida se ha vulnerado el “principio de intervención mínima” penal en la tipificación de los delitos contra las mujeres? La implementación de la política criminal en el Estado Peruano hará que no se vulnere los principios del derecho penal, ni tampoco los derechos fundamentales de la persona.

Por consiguiente, el pensamiento posestructuralista es una superación del conocimiento en el tiempo; por tanto, fortalecer permitirá a que se supere los prejuicios sociales e históricos que reencarna nuestra cultura actual, aunque esto conlleva a la formulación de una revolución sistémica. De hecho, la deconstrucción de la dogmática jurídica peruana será fundamental para el imperio del principio de mínima intervención o *ultima ratio* del derecho penal en una sociedad con tendencia de criminalizar toda conducta humana.

3.6.3 Persona centro de la vida social, política y económica.

El siglo XX se ha caracterizado por los avances de la tecnología, administración, medicina y ciencia en general. Por otra parte, este siglo ha sido también caracterizado por las atrocidades humanas tales como las guerras y el genocidio, de las mayores carnicerías bélicas de la historia, siglo de las grandes dictaduras, de las deportaciones masivas, de los campos de exterminio, de los millones de hombres asesinados, de “la explotación de los países débiles por

los países poderosos”, del hambre generalizado, del terrorismo, de los millones de abortos, entre otros hechos deshumanizantes. En efecto, a todos estos hechos negativos subyace un denominador común que han sido la causa radical de tantos males humanos: el desprecio de la dignidad humana y los derechos fundamentales del hombre. Entonces, ¿De qué necesidad ha surgido el personalismo? Nace ante la crisis antropológica y racional. “La crisis es a la vez una crisis económica y una crisis espiritual, una crisis de las estructuras y una crisis del hombre” (Mounier, 1962, p. 199).

El personalismo es una filosofía de actitud, compromiso, equilibrio, que tiene como objetivo de defender la supremacía de la persona contra la opresión de los aparatos totalitarios. En esta lógica, la opción genuina esperanzadora del siglo XX ha sido el personalismo, la valoración y la centralidad del ser de la persona. Los pensadores más representativos de este movimiento filosófico, son: Max Scheler, Martin Buber, Emmanuel Mounier, Emmanuel Levinas, Jean Lacroix, Maurice Nédoncelle, Paul Ricoeur, Gabriel Marcel, Pierre Teilhard de Chardin, Pedro Laín Entralgo, Jacques Maritain, Dietrich Von Hildebrand, Karol Wojtyla, Carlos Díaz y otros. Por consiguiente, la filosofía personalista se ha desarrollado por su importancia antropológica en diferentes culturas y Estados.

Para el Personalismo, la persona es en cierto modo un ser absoluto, que está en “el centro de la vida social, política y económica”. La persona siempre debe ser considerada y tratada como “fin en sí misma y jamás como medio”, y ante ella no vale la afirmación renacentista y utilitaria “el fin justifica los medios”. Por consiguiente, las acciones que contravengan con el valor de la persona como tal siempre serán incompatible con la perspectiva del personalismo. “Mientras las cosas tienen precio, las personas ponen precio porque valen, de

ahí que ellas sean la medida y lo mensurante, no lo medido. El hombre es hombre por sí mismo” (Aristóteles, 1994, p. 582)

Para Mounier, “la persona sólo se realiza en la comunidad” (p. 217). Por ello, plantea un renacimiento “personalismo comunitario” en razón que no hay comunidad que no sea comunidad de personas, y es así, que cada persona particular debe apoyar en la superación de los demás miembros. Usando la terminología de Buber “una buena sociedad nutre las relaciones comunitarias” “Yo-Tú”. La persona humana se realiza como persona cuando acciona libremente y cuando se da los valores que trasciende. “Toda vida verdadera es encuentro. Relación es reciprocidad. Mi tú me afecta a mí como yo le afecto a él. Vivimos inescrutablemente incluidos en la fluyente reciprocidad universal. El ser humano se torna yo en el tú” (Buber, 1993, p. 17-32)

Para Nedoncelle (1997) el punto de partida de la acción personalista es:

La experiencia de la conciencia de sí mismo percibida en comunión con otras conciencias. No se debe concebir a la persona como una entidad aislada para añadirle después la relación interpersonal, porque en verdad esa relación estaba ya desde el principio. La comunión de las conciencias es el hecho primitivo; el cogito tiene antes que nada un carácter recíproco. Es decir, la persona toma conciencia de sí misma teniendo presente la existencia de otras conciencias: se encuentra desde el inicio en relación con los otros. (p. 316).

En la filosofía personalista busca formar un ser humano con sus habilidades, virtudes y vicios, con un enfoque integral de las potencialidades del ser humano. Por tanto, la filosofía del personalismo tiene conexión con la ética para la formación auténtica del ser.

La acción revela a la persona, y miramos a la persona a través de su acción. La acción nos ofrece el mejor acceso para penetrar en la esencia intrínseca de la persona y nos permite conseguir el mayor grado posible de conocimiento de la persona. Experimentamos al hombre en cuanto es persona, y estamos convencidos de ello porque realiza acciones. (Wojtyla, 1982, pp. 12-13).

¿Hasta qué punto el personalismo postpositivismo ha influido en el reconocimiento de los derechos de la persona? Las reflexiones personalistas han aportado mucho en la revolución de la persona, reconocimiento de los derechos, y de su participación activa en la sociedad, con defender y valorar la supremacía de la persona en la esfera privada y pública; así, imponiéndose contra la soberanía del Estado despótico, además, considera que la función esencial del Estado es estar al servicio de la persona y no viceversa. Por consiguiente, el personalismo comunitario ha influenciado tremendamente para el desarrollo y aplicación del “principio de intervención mínima” penal en el sistema de justicia. Es así, la imposición de las penas como privativa de libertad será *ultima ratio* en el sistema de justicia cuando se considera que la libertad y valor de la persona trasciende el espíritu de las normas jurídicas positivas.

Las diferentes corrientes jurídicas y filosóficas que contravengan al respeto, desarrollo y reconocimiento del ser humano no estarían en la línea del personalismo comunitario, como por ejemplo derecho penal del enemigo desarrollado por Gunter Jakobs, donde se pensaba que las personas que cometían algún delito de gravedad como son: el terrorismo, crimen organizada, narcotráfico entre otros, deben ser considerados como “enemigas del Estado”, y de igual forma podría ser considerados las corrientes utilitaristas.

3.6.4 Hermenéutica contemporánea

Hermenéutica se ha desarrollado en la historia de la filosofía, en cada época y esfera (teológico, jurídico, filosófico, científico, etc) ha tenido importancia y realidad significativa, en esencia la teoría hermenéutica es una teoría de la interpretación. Para la construcción de la teoría hermenéutica se ha tenido como premisa que, “el hombre es el único animal dotado de razón y de lenguaje” (Aristóteles) y la persona es una “*naturae rationalis individua substantia*” (Boecio). En la época contemporánea tenemos a los grandes filósofos que desarrollan la teoría hermenéutica, tales como: Heidegger, Gadamer, Paul Ricoeur, entre otros. También “Gadamer y Ricoeur han desarrollado una filosofía universal de la interpretación y de las ciencias del espíritu que pone el acento en la naturaleza histórica y lingüística de nuestra experiencia del mundo” (Grondin, 2006, p. 14). Es así, Heidegger desarrolla una hermenéutica de la facticidad, es decir, desarrolla sobre la existencia concreta e individual del ser ahí “*Dasein*”. Los representantes de la hermenéutica contemporánea han seguido en alguna medida el pensamiento de Heidegger, pero creando apertura y superación con las ciencias del espíritu en sentido metodológico para fundamentarse en la objetividad histórica del ser.

La corriente filosófica “hermenéutica” tiene como causa y elemento esencial de reflexión sobre la naturaleza del lenguaje, por consiguiente, como el lenguaje es un elemento esencial del hombre, también desarrolla el modo y la condición de existir del ser humano “*modus operandi*”. Es así, la hermenéutica es un desarrollo discursivo de la filosofía, que va más allá de la interpretación lógica, lingüística y comunicativa.

Hans-Georg Gadamer (1900- 2002) fue un filósofo alemán que desarrolla su reflexión a partir de las problemáticas científicas (positivismo), es decir, “pretende justificar la experiencia de la verdad de las ciencias del espíritu partiendo de esta concepción participativa de la comprensión” (Grondin, 2006, p. 141). Es así, Gadamer busca desarrollar una conciencia del trabajo histórico, evidentemente, la historicidad será una condición necesaria y positiva para el conocimiento de la verdad. Así en el “pensamiento filosófico de Gadamer, la universalidad del lenguaje corre pareja con la de la razón: también ésta se articula en un lenguaje susceptible de ser comprendido y resulta impensable sin lenguaje” (Grondin, 2006, p. 180).

Gadamer desarrolla su obra maestra “Verdad y Método” partiendo desde el ámbito de la experiencia como actos dogmáticos en la comprensión de la ciencia (arte, literatura, derecho, etc.). La hermenéutica en tanto que expone la ingenuidad positiva representa una crítica a la postura metodológica del cientificismo positivista, en esta línea de reflexión crítica están los filósofos: Karl-Otto Apel con la teoría trascendental y Jürgen Habermas con la dialéctica histórica. Por consiguiente, la teoría hermenéutica tiene una metodología propia, también hay una pretensión de desarrollar una filosofía de carácter universal, en razón que considera una racionalidad dialógica del lenguaje (lenguaje tiene una relación especial con la razón), que tiene la facultad de comprender cualquier significado y articulación del ser. Es así, para Gadamer (1998) “es la razón lo que se actualiza comunicativamente en el lenguaje, el lenguaje no es un mero hecho, sino principio. En él descansa la universalidad de la dimensión hermenéutica” (p. 113)

La hermenéutica ha iniciado con la finalidad de ir más allá de las teorías científicas, de analizar los fenómenos de la comprensión en un sentido originario, en razón de que, “la hermenéutica como arte pertenece al ámbito de la *scientia practica*” (Gadamer, 1998, p. 365). Si esto llevamos al espacio de la hermenéutica jurídica, donde la búsqueda de la verdad no es una mera adecuación de la situación concreta en algo general (teoría), sino la búsqueda del fenómeno del lenguaje se realiza con carácter creativo, complementaria y perfeccionadora del derecho, es así, el telos de la hermenéutica no sólo está en demostrar los problemas existentes, sino a resolver problemas reales y actuales que aparecen en la trama histórica.

Heidegger trasladó así la hermenéutica desde la problemática de los fundamentos de las ciencias del espíritu al centro de la filosofía misma. La paradoja de una hermenéutica de la facticidad contenía a nivel ontológico la crítica al concepto de conciencia, de objeto, de hechos y de esencia, de juicio y de valor. Radicalidad de este enfoque dio su impulso revolucionario a la obra *ser y tiempo*. (Gadamer, 1998, p. 366).

Una reflexión crítica y reflexiva de la historia actual, hace que aflore la verdad y la objetividad de la ciencia, ya que la filosofía como conocimiento busca la verdad. En esta línea de historicidad, el mito y la razón tienen una historia común de desarrollo, no se puede hablar de superioridad ni de inferioridad, en razón de que:

El paso del mito al logos, el desencantamiento de la realidad, sería la dirección única de la historia sólo si la razón desencantada fuese dueña de sí misma y se realizara en una absoluta posesión de sí. Pero lo que vemos es la dependencia efectiva de la razón del poder económico, social, estatal.

La idea de una razón absoluta es una ilusión. La razón sólo es en cuanto que es real e histórica. (Gadamer, 1997, p. 20).

En efecto, la hermenéutica busca recobrar y reconocer el valor del mito en el desarrollo histórico, mientras que el cientificismo positivista busca disolver la imagen mítica de la realidad, en razón que reconoce solamente a la realidad que se puede verificar mediante el experimento. Sin duda, reflexionar sobre la naturaleza de los principios que rigen al derecho penal, como el “principio de intervención mínima” penal, es fundamental interpretar, aunque el conocimiento humano es finito, contenidos fácticos (míticos) como son la política, economía, emigración, entre otros temas que influyen en el desarrollo histórico de la morada.

Paul Ricoeur (1913-2005) construye su pensamiento influenciado por la fenomenología de Husserl y existencialismo ontológico de Heidegger, tu pretensión del autor es hacer una reflexión sobre la naturaleza del lenguaje, haciendo análisis sobre los signos, símbolos y textos que conforman la realidad. Es así, para esta corriente filosófica el saber no está acabado, más bien está en desarrollo dialéctico.

Incumbe a la hermenéutica reconstruir el conjunto de las operaciones por las que una obra se levanta sobre el fondo opaco del vivir, del obrar y del sufrir, para ser dada por el autor a un lector que la recibe y así cambia su obrar. Para la semiótica, el único concepto operativo sigue siendo el del texto literario. La hermenéutica, en cambio, se preocupa de reconstruir toda la gama de operaciones por las que la experiencia práctica intercambia obras, autores y lectores. (Ricoeur, 2004, p.114).

Marcel sigue una fenomenología objetiva, así marcando una ruptura con la fenomenología subjetiva de Agustín y de Husserl, hace un esfuerzo por conservar la dialéctica de la narración y del tiempo en la interpretación del ser histórico. “Comprender una historia es comprender a la vez el lenguaje del hacer y la tradición cultural de la que procede la tipología de las tramas” (Ricoeur, 2004, p. 119). Es así, interpretar las tramas de la historia significa entender las acciones, los pensamientos y los sentimientos sucesivos, en esto el medio de comunicación y conservación será el lenguaje, ya que siempre dirá algo sobre algo, en razón que todo acontecimiento consiste en compartir experiencias a través del lenguaje.

La noción de cultura recubre todas las experiencias nacidas de la creación social, implicadas en el uso individual y transmitidas por la tradición: el lenguaje, las técnicas, las artes, las actitudes y creencias religiosas o filosóficas, en cuanto que estas diversas funciones se incluyen en la herencia social de los individuos que viven dentro de una sociedad particular” (Ricoeur, 2004, p. 319).

El desarrollo de la identidad histórica debe partir del reconocimiento mutuo, de la afirmación de reciprocidad en el tiempo con el otro. Para ello, es necesario la actividad de la hermenéutica ya que forja una relación objetiva entre el pensamiento y las cosas (alcances y límites), sin duda, esta actividad de interpretación de mitos y símbolos llevará a la comprensión del ser en la cultura. En esta línea de ideas, tiene una estrecha relación con la naturaleza del derecho penal, ya que su implementación, desarrollo y aplicación del sistema penal depende de la interpretación dialéctica de los relatos históricos, cuanto más se extiende la experiencia de los hechos se podrá entender la situación

del “principio de intervención mínima” o *ultima ratio* del derecho penal en un Estado de Derecho.

Gianni Vattimo es uno de los filósofos importantes del posmodernismo que impulsa la hermenéutica ontológica de Heidegger y lingüística de Gadamer frente a una realidad dominante por la visión naturalista y cíclica del cosmos. Para este autor la filosofía de la interpretación está orientada en el carácter histórico “constructivo” de forjar una sociedad liberada de las opresiones o desigualdades, además porque permite pensar el problema fuera de una concepción histórica dominante. Es necesario, considerar dos ideas esenciales de Vattimo: primero, que el ser se desarrolla en la historicidad temporal, “el ser no es otra cosa que la tras-misión de las aperturas históricas y de destino que constituyen” (Vattimo, 1987, p.155), y segundo, que la interpretación forma parte de la estructura constitutiva del ser en el mundo.

Para el discípulo de Gadamer la hermenéutica es el método universal y libertad de comprensión, y no está especializado o suscrito en un campo determinado como consideraba Gadamer, es así, “si hubiera un idioma común dentro de la filosofía y de la cultura, éste habría de localizarse en la hermenéutica” (Vattimo, 1991, p.55). En efecto, este método ha ido superándose abiertamente en la historia del pensamiento y más aún después del estructuralismo del siglo XX “la hermenéutica ha llegado a asumir efectivamente en los últimos años la posición de una *koiné* cultural” (Vattimo, 1991, p. 57). Es así, la hermenéutica será la forma de pensamiento posmoderno, en razón que es la nueva *koiné* (lenguaje común) filosófico.

La hermenéutica en la posmodernidad cumple una función determinante, en razón que, es una herramienta para analiza racionalmente los diversos

conflictos en la sociedad globalizada y a su vez para intentar resolver problemas culturales, es así, “el lenguaje como lugar de la mediación total es cabalmente esta razón, este logos que vive en la común situación de pertenecer alguien a un tejido de tradición viva, a un ethos.” (Vattimo, 1987,118). Nos surge la siguiente cuestión ¿la filosofía es importante para los posmodernos?, la respuesta es afirmativa, la filosofía será necesaria para conservar y mejorar la vida democrática, pero una filosofía abierta y emancipada de la soberanía occidental.

La interpretación filosófica se desarrolla dentro de un marco cultural, pero no por eso, no tenga consecuencias políticas, sociales, científicas, etc. La hermenéutica tiene espacio y participación en las diferentes esferas sociales, con la intención de transformar y superar los dilemas que limitan la evolución social, es decir, la hermenéutica tendrá una participación transformativa, revolucionaria y pragmática en la historicidad, y no una participación de adecuación o subordinación al sistema imperante. Por consiguiente, el conocimiento de los fenómenos tiene una conexión directa con la valoración y compromiso que se debe tener, no puede haber una interpretación que no tenga relación con la transformación, entonces sólo se dará transformación si existe interpretación. En esta línea de ideas, la verdad y la justicia también será producto o construcción de la pluralidad de las interpretaciones (lenguajes), entonces no hay verdades absolutas ni principios naturales sino interpretaciones, en palabras del maestro Nietzsche "no hay hechos, sólo interpretaciones". Para Vattimo los medios de comunicación con brindar diferentes informaciones e interpretaciones harán que la sociedad sea

transparente, si bien es cierto, esta afirmación difiere del pensamiento de Foucault como hemos analizado en líneas arriba.

Filosofía hermenéutica es ontología de la actualidad, ya que el ser es dialéctico en la temporalidad, en esta lógica, la hermenéutica jurídica analiza la manifestación dialéctica de los hechos jurídicos de la actualidad, como son los delitos comunes y delitos especiales.

Un aporte fundamental en esta corriente filosófica es de Habermas, en razón que considera que los sujetos para “entenderse entre sí” lo que acontece en la sociedad necesitan necesariamente de la acción comunicativa, “la utilización comunicativa de saber proposicional en actos de habla, estamos tomando una predecisión en favor de un concepto de racionalidad más amplio que enlaza con la vieja idea de logos” (Habermas, 1987, p. 27). Por ende, la racionalidad que conduce a la validez es inmanente en la práctica comunicativa, pues, la argumentación es una acción de la racionalidad comunicativa:

Mantenimiento y renovación de un consenso que descansa sobre el reconocimiento intersubjetivo de pretensiones de validez susceptibles de crítica. La racionalidad inmanente a esta práctica se pone de manifiesto en que el acuerdo alcanzado comunicativamente ha de apoyarse en última instancia en razones. Y la racionalidad de aquellos que participan en esta práctica comunicativa se mide por su capacidad de fundamentar sus manifestaciones o emisiones en las circunstancias apropiadas. (Habermas, 1987, p. 36).

En Habermas la acción comunicativa se entenderá en un marco del entendimiento lingüístico, ya que el entendimiento responde a un acuerdo racional entre los sujetos, “el concepto de racionalidad comunicativa remite a

las diversas formas de desempeño discursivo de pretensiones de validez y a las relaciones que en su acción comunicativa los participantes entablan con el mundo al reclamar validez para sus manifestaciones o emisiones” (Habermas, 1987, p.111). Es así la acción comunicativa será un “medio lingüístico” en la que se manifiesta las relaciones del “sujeto” con el “mundo”, y también un mecanismo de cooperación de interpretación; por consiguiente, la acción comunicativa no está orientada a intereses individuales, sino que las acciones personales deben armonizarse entre sí con fines comunitarias.

En acción comunitaria se expresa que las personas viven en comunidad, en un contexto cultural y en práctica de una comunicación estratégica. El diálogo se efectuará con participación libre de cualquier ciudadano y en igualdad de condiciones, por consiguiente, esto obliga a desarrollar la ética del discurso, donde la argumentación deberá estar fundada en el planteamiento de razones suficientes. Bajo este criterio, a través de la ética del discurso es posible consensuar y universalizar hasta los dilemas morales, así para no caer en el relativismo o dogmatismo, que son perjudiciales para la sociedad. Por consiguiente, el consenso, la participación libre y la argumentación racional son necesarias para la convivencia entre personas con naturaleza individual, y más aún, tratándose en un Estado Democrático, donde todos los ciudadanos tienen los mismos derechos de participación en las acciones políticas, tanto para elegir como para ser elegido.

¿En qué medida influye el pensamiento de Habermas en el desarrollo de las ciencias penales? La filosofía de Habermas aborda temas políticos, culturales, sociales, jurídicos, morales y éticos en la sociedad moderna y posmoderna. No se queda en un plano instrumental-funcionalista de la realidad como planteaba

Weber, sino que su reflexión parte del conocimiento histórico de los problemas sociales para luego plantear una comunidad universal a través de la ética del discurso. En esta línea de ideas, para el imperio de la justicia y de la equidad en nuestro sistema jurídico penal peruano devienen de la “acción comunicativa” del diálogo libre, comunicación racional y participación consensuada. Las normas jurídicas que regulan la convivencia social son manifestaciones de la racionalidad, y los valores de autenticidad y rectitud son también expresiones de la racionalidad.

3.7 Aportes del posmodernismo jurídico

Analizar postmodernismo jurídico nos permitirá comprender los límites del poder punitivo, alcances del Estado de Derecho y la eficacia del garantismo procesal a finales del siglo XX e inicios del siglo XXI, pero también en el análisis postmodernismo jurídico se tomará en consideración contenidos opuestas al positivismo jurídico, como son: los valores, la moral, la ética y las costumbres; en este apartado, específicamente buscaremos evidenciar los aportes del postmodernismo jurídico en la administración de justicia y de manera específica en las decisiones de los magistrados, en atención al “principio de intervención mínima” penal. Por consiguiente, nuestra argumentación jurídica postmoderna estará fundada en los siguientes pensadores y juristas de la actualidad, tales como: Ronald Dworkin, Luigi Ferrajoli , Robert Alexy , Manuel Atienza, Eugenio Zaffaroni, entre otros. Es así, nuestro razonamiento jurídico se desarrolla con la iluminación y soporte de los juristas mencionados.

Dworkin es uno de los críticos del positivismo de Bentham, Austin y de su maestro Hart, analiza la naturaleza de los principios generales del derecho y de las normas en la práctica judicial. Es así, para el autor mencionado, la jurisprudencia no sólo se limita en establecer vínculos entre la práctica social y la jurídica sino examinar y criticar las acciones sociales y jurídicas. En un primer momento Dworkin (1989) distingue dos argumentos, argumentos políticos y argumentos de principio:

Los argumentos políticos justifican una decisión política demostrando que favorece o protege alguna meta colectiva de la comunidad en cuanto todo.

Los argumentos de principio justifican una decisión política demostrando que tal decisión respeta o asegura algún derecho, individual o del grupo. (p. 148)

Analizar casos en la función judicial se ha vuelto complejo, saber en qué situación aplicar o inaplicar una ley; y en casos difíciles cómo armonizar con la política. Es así, para Dworkin (1989) “las decisiones judiciales son decisiones políticas, por lo menos en el sentido amplio que interesa a la doctrina de la responsabilidad política” (p. 155). Pero el argumento de los magistrados tiene que tener carácter jurídico y no necesariamente político para su validez, por ende, los jueces deben aplicar leyes promulgados por el legislativo y las decisiones judiciales de los demás jueces para no desvincularse de la justicia (jurisprudencia), ya que en la argumentación lo más importante es la atención en los principios para la construcción de una teoría sólida y no su vinculación a una disciplina específica de la ciencia. Es así, los “argumentos de principio” tienen como finalidad de establecer un derecho individual y los “argumentos políticos” tienen como finalidad de establecer un objetivo colectivo “los principios son proposiciones que describen derechos; las políticas son

proposiciones que describen objetivos” (Dworkin, 1989, p.158). En efecto, los magistrados deben obedecer a la ley y a la constitución, pero teniendo la posibilidad de apartarse en algunos casos con fines de lograr la justicia.

En realidad, actual se ha evidenciado que algunos jueces peruanos fundan sus sentencias en razones políticas más que en principios, pero para Dworkin (1989) “la tesis de los derechos sostiene que, en los casos difíciles, las decisiones judiciales se generan, de manera característica, en principio y no en directrices políticas” (166). Los jueces para emitir sus sentencias en casos difíciles deben concurrir a los principios generales de derecho, ya que estos no vienen de acto legislativo, “el juez va más allá de las normas que está obligado a aplicar(es decir, va más allá del derecho), en busca de principios extra-jurídicos que es libre de seguir si lo desea” (Dworkin, 1989, p.81); pero también el autor expone que los principios y las leyes son dinámicos y temporales, y para ser interpretado y aplicado en conexión con la justicia los jueces en la práctica judicial deben ser filósofos, pero este ideal iusfilosófico para Dworkin se ha alejado de los magistrados por temor al prevaricato judicial, también el delito de prevaricato está tipificado en nuestro Código Penal Art. 418° “El Juez o el Fiscal que dicta resolución o emite dictamen, manifiestamente contrarios al texto expreso y claro de la ley, o cita pruebas inexistentes... o se apoya en leyes supuestas o derogadas, será reprimido con pena privativa de libertad”

Dworkin en su obra la “Justicia con Toga” manifiesta que el derecho en el tiempo ha cambiado de manera sustancial, es así, para entender la complejidad de significados del derecho es necesario crear una perspectiva diferente de pensamiento mucho más sólida y extensa que del positivismo. En esta lógica

de interés, Dworkin se propone analizar el sistema jurídico como sistemas de reglas y principios:

El derecho no se puede reducir a un concepto criteriológico (ley=derecho), donde el derecho se reduzca a una norma fría y calculadora, además por algo muy sencillo, el derecho no es matemático y las leyes son simples guías que orientan a los jueces para que en un caso concreto puedan ajustar la norma de forma equitativa. (Agudelo, 2011, p.131).

Es así, Dworkin toma partida por un derecho interpretativo y no por el enfoque criteriológico, por esa razón, considera que también las teorías morales pueden influir en el derecho igual que la psicología, sociología y educación, todas estas disciplinas igual que la moral puede intervenir en una decisión judicial. En efecto, las normas pueden llegar a tener una justificación moral, en razón que todos los hombres son por naturaleza morales y que la comunicación democrática permite consensuar sobre la función de la moral en la legitimación del derecho.

A las ideas planteadas por Dworkin sobre la teoría de reglas y principios es complementada por Robert Alexy con la teoría de argumentación jurídica, evidentemente a través del empleo de este método "argumentación jurídica" los jueces podrán ponderar valores y principios. Alexy no sólo toma las ideas planteadas por Dworkin sino también de Gustav Radbruch:

En tiempos como el nuestro, oscilantes entre el relativismo y el absolutismo en el pensamiento moral, político y jurídico, el pensamiento de Radbruch nos sirve de guía para buscar una salida a estas posturas, inaceptables en sus extremos y que todavía hoy amenaza la conformación de una sociedad plural y respetuosa de los derechos humanos. Más bien, la fórmula de Radbruch,

corolario de la idea no-positivista del derecho, señala que no toda injusticia priva al derecho de la seguridad jurídica en nombre de la justicia, y no toda injusticia puede ser tolerada en nombre de la seguridad jurídica. Incluso, la idea de la dimensión fáctica y la dimensión ideal del derecho de Alexy está representada por el equilibrio entre la seguridad jurídica y la justicia al que apunta Radbruch en sus ensayos de posguerra. (Paulson, 2019, p.25).

Para Alexy (1993) la distinción entre reglas y principios son esencial para la teoría de los derechos fundamentales, en razón que constituye la base de la fundamentación, “la distinción entre reglas y principios constituye el marco de una teoría normativo-material de los derechos fundamentales y, con ello, un punto de partida para responder a la pregunta acerca de la posibilidad y los límites de la racionalidad en el ámbito de los derechos fundamentales”. (p.81-82). En efecto, “las reglas” y “los principios” son razones necesarias para juicios concretos de deber ser, pero cada uno tiene razones diferentes. En esta línea, Alexy (1993) plante una distinción gradual y cualitativa entre reglas y principios:

Los principios son normas que ordenan que algo sea realizado en la mayor medida posible, dentro de las posibilidades jurídicas y reales existentes. Por lo tanto, los principios son mandatos de optimización, que están caracterizados por el hecho de que pueden ser cumplidos en grado y que la medida debida de su cumplimiento no sólo depende de las posibilidades reales sino también de las jurídicas. El ámbito de las posibilidades jurídicas es determinado por los principios y reglas opuestos. En cambio, las reglas son normas que sólo pueden ser cumplidas o no. Si una regla es válida, entonces de hacerse exactamente lo que ella exige, ni más ni menos. Por lo tanto, las reglas contienen determinaciones en el ámbito de lo fáctica y

jurídicamente posible. Esto significa que la diferencia entre reglas y principios es cualitativa y no de grado. Toda norma es o bien una regla o un principio. (pp. 86-87).

Entre reglas y principios habrá conflicto, en colisión entre reglas la solución estará en la creación de una cláusula de excepción en una de las reglas y en cambio en los principios, uno de los dos principios tiene que ceder ante el otro y primará el principio que tenga mayor peso. Entonces, si existe una relación de tensión no podrá ser solucionada en el sentido absoluta por el Estado. Más bien, “el conflicto debería ser solucionado a través de una ponderación de los intereses opuestos. Lo que se pretende en la ponderación es determinar cuál de los intereses, abstractamente del mismo rango, posee mayor peso en el caso concreto” (Alexy, 1993, p. 90). Esta lógica llevando al campo penal, si “los intereses del acusado” se oponen a la intervención del Estado en el caso concreto por tener mayor peso de aquel interés estatal, entonces la imposición de las medidas penales privativas de libertad viola “el principio de proporcionalidad” y con ello, el derecho fundamental del acusado establecidos en la carta magna. En efecto, la “ponderación” se realiza teniendo en cuenta “las circunstancias del caso” y estableciendo entre “los principios una relación de precedencia condicionada”; evidentemente, esto obliga argumentar y contrastar los dos principios.

El Alexy (1993) también establece una conexión estrecha entre “la teoría de los principios” y “la máxima de proporcionalidad”, manifiesta:

El carácter de principio implica la máxima de la proporcionalidad significa que la máxima de la proporcionalidad, con sus tres máximas parciales de la adecuación, necesidad (postulado del medio más benigno) y de la

proporcionalidad en sentido estricto (el postulado de ponderación propiamente dicho) se infiere lógicamente del carácter de principio, es decir, es deducible de él. (pp. 111-112).

Los principios (las máximas de la necesidad y de la adecuación) nos servirán para la optimización con relación a las posibilidades fácticas, y la ponderación se sigue de la relativización de las posibilidades jurídicas. Es decir, es necesario realizar una ponderación cuando se presenta la colisión de las normas iusfundamentales. A su vez, el autor plantea la teoría de los valores haciendo complemento a la teoría de los principios, así demostrando que los valores están referidas a nivel axiológico, por ende, están relacionados a juicio de valor-valoración en contenidos clasificatorios, comparativos y métricos. “Los principios y los valores se diferencian sólo en virtud de su carácter deontológico y axiológico respectivamente” (Alexy, 1993, p.147). Por consiguiente, los principios ni los valores pueden chocar o sacrificarse, sino colisionar, esto significa que la elección de uno de ellos no perjudicará a los otros, la cantidad de principios o valores seguirán sobreviviendo dentro de la regla de ponderación.

La argumentación jurídica es la fundamentación de lo que está “ordenado”, “prohibido” y “permitido”, por ende, el discurso jurídico está restringido por estar sujeto a los parámetros de la ley, a los precedentes y también a la dogmática. “La racionalidad del discurso jurídico depende, pues, esencialmente de sí y en qué medida estas valoraciones adicionales son racionalmente controlables” (Alexy, 1993, p. 530). Por ende, la racionalidad de la fundamentación jurídica lleva a que “los juicios prácticos generales” y “los juicios morales” tengan un carácter de racionalidad. En cuanto a los derechos fundamentales, lo racional

será la protección de todo aquello que es digno de ser protegido, como son: la libertad, la dignidad, la libertad, la igualdad, la familia entre otros bienes; el derecho penal y procesal penal debe cumplir esa función de protección a los derechos subjetivos de la persona. Para Alexy en la protección de los derechos humanos hay tres dimensiones: institucional (actos jurídicos nacionales e internacionales), sociedad civil (demostraciones públicas, críticas y desobediencias sociales) y metodológicas (argumentación-ponderación), por consiguiente, preservar los derechos fundamentales significará ponderar los principios y no la subsunción (no ponderación-formalismo).

La argumentación jurídica por resolver casos difíciles también ha sido interés de MacCormick; por ello, considera a los principios como normas generales y necesarias que cumplen la función explicativa de las normas, y también cumple la función de validación en la subsunción de las normas (causas finales) y las reglas tendrían la finalidad de asegurar o garantizar un fin valioso (causas instrumentales), podemos plantear un ejemplo sobre esta distinción entre reglas y principios, la imposición de las medidas coercitivas personales y reales que son limitaciones a los derechos fundamentales sería una regla necesaria para evitar los riesgos de que el proceso penal no se concrete de manera efectiva y óptima, y las medidas de seguridad en la investigación sería un principio general del proceso penal. En esta lógica, un principio necesariamente tendrá que ser valorado en la pluralidad de los principios y en los niveles de la interpretación como son la semántica, valorativo y consecuencialista. En cuanto los valores:

Para MacCormick, principios y valores son extensionalmente equivalentes, por valor entiende a los fines que se persiguen y los estados de cosas que

se consideran deseables, legítimos, valiosos; así, el valor de la seguridad en el tráfico se correspondería con el principio de que la vida humana no debe ser puesta en peligro indebidamente por el tráfico. (Atienza, 2005, p.118)

Por su parte, también Atienza desarrolla una teoría de “la argumentación jurídica” que va más allá del silogismo tradicional y de la lógica jurídica por ser una actividad esencial y permanente de los juristas y abogados, evidentemente la práctica argumentativa será útil para producir, interpretar y aplicar el derecho salvaguardando los derechos fundamentales de la persona como son la libertad, dignidad, igualdad entre otros, pero en su desarrollo tendrá que estar relacionado con una concepción ideológica política y moral, y también con las disciplinas psicológicas y sociológicas.

Atienza coincide con las ideas planteadas por Perelman:

El papel de la lógica formal es hacer que la conclusión sea solidaria con las premisas, pero el de la lógica jurídica es mostrar la aceptabilidad de las premisas... La lógica jurídica, especialmente la judicial... se presenta, en conclusión, no como una lógica formal, sino como una argumentación que depende de la manera en que los legisladores y los jueces conciben su misión, y de la idea que se hacen del derecho y de su funcionamiento en la sociedad. (Como se citó en Atienza, 2005, p. 63).

Para el catedrático de la Universidad de Alicante el derecho postpositivista tiene que ser considerado como un conjunto de enunciados normativos y no normativos, como son las prácticas sociales, “el derecho no es simplemente una realidad que está ya dada de antemano (esperando al jurista teórico que la describa y sistematice), sino una actividad en la que se participa y que el jurista teórico ha de contribuir a desarrollar” (Atienza, 2007, p. 26). Es decir, el derecho

en la actualidad será una práctica interpretativa con una serie de procedimientos complejos por cumplir una serie de funciones teóricas, cognoscitivas, prácticas, técnicos, morales y políticas.

Para Zaffaroni en la historia del tiempo los homicidios masivos son cometidos por el poder punitivo del Estado, siendo sus actos contrarios a los principios de un Estado de Derecho, “los crímenes de masa son cometidos por este mismo poder punitivo descontrolado, o sea, que las propias agencias del poder punitivo cometen los crímenes más graves cuando operan sin contención” (Zaffaroni, 2010, p.33). Esta situación de violencia estatal y social no son los penalistas ni las medidas coercitivas encargados de dar solución, más bien al contrario, conducen incrementar nuevos homicidios masivos, “una política realista y realmente preocupada por la solución de los problemas sociales no puede continuar pretendiendo que el poder punitivo los resuelva, cuando la prevención primaria debe ser social y la secundaria debe orientarse hacia la razonable” (Zaffaroni, 2010, pp.79-80). Esto significa, que en nuestra sociedad actual la política criminal mediática necesita con urgencia darle un giro en sentido inverso para controlar todo el desorden que se ha generado.

En nuestra sociedad se ha vuelto la prisión preventiva como instrumento preferido de los jueces, fiscales y de la población en general, pese que existe otras medidas coercitivas personales, y por otro lado la política criminal se maneja en la práctica sin sustento interdisciplinario, “el brote paranoico del Estado, se alimenta de discursos que racionalizan el sacrificio expiatorio, ampliando las causas de justificación y de exculpación del derecho penal de diferente manera” (Zaffaroni, 2010, p.87). Por consiguiente, para Zaffaroni el derecho penal sólo ofrecerá unos beneficios prácticos y relativos pero la

verdadera prevención de los delitos que se entretajan en la sociedad se podrá lograr a través de la práctica de los valores, a través de un estudio social y criminológico.

En la actualidad las leyes penales son creadas por los asesores de los políticos, según el interés del populum y de los medios masivos de comunicación, bajo un criterio de criminología mediática. “Los penalistas tampoco hacen hoy las leyes penales (...) y se ocupan casi exclusivamente de la interpretación de las leyes, no de la realidad” (Zaffaroni, 2012, p. 25-26); evidentemente, no hay interés y preocupación de la historicidad de las leyes y de todos los agentes que están involucrados en la realidad del delito, por esta razón la tasa de criminalidad no varía, más al contrario sigue ampliándose, pese que se ha incrementado las penas en los ordenamientos jurídicos. Evidentemente, hay una ideología política inhumana y absurda que entiende que los que incurrir a cometer un delito deben tratarse como un aparato peligroso y deben ser introducidos a un taller de reparatorio.

La criminología mediática tiende a debilitar el estado de derecho, extorsionando a las agencias jurídicas con la publicidad calumniosa que les imputa encubrimiento de los chivos expiatorios, a lo que suele sumarse el poder político cuando, en su camino a la autodestrucción, procura desviar hacia los jueces la publicidad extorsiva. (Zaffaroni, 2012, p. 349).

Para Zaffaroni el derecho penal debe preservar o tutelar la dignidad, la vida y la salud del ser humano, los reclusos no deben ser considerados como los chivos expiatorios del poder punitivo. Es así, el “principio de intervención mínima” penal es central en el pensamiento de Zaffaroni porque ubica como eje central de su reflexión la protección de los derechos fundamentales, tanto es

así que, con el derecho penal no se podrá solucionar los delitos comunes ni especiales, ya que su función principal es contener el poder punitivo. Pero este principio en la actualidad es violentado por la policía, fiscalía y jueces, estos más que ser garantes se alinean institucionalmente al poder punitivo del Estado, y con ello en la práctica están incentivando a consolidar un solo poder y eso podría terminar en un genocidio. Evidentemente, para que los operadores de la justicia apliquen el derecho penal como *ultima ratio* es necesario su reestructuración con un estudio interdisciplinario, se tiene que superar la idea nefasta que, el aumento de las penas reduce la criminalidad, lo único que ha generado el incremento de las penas es conflictividad y desigualdad, en su mayoría las personas vulnerables de la sociedad han terminado recluidos en centros penitenciarios o un enemigo político. Es así, “las cárceles en América Latina reproducen el horror que dicen venir a limitar y reordenar, no rehabilitan a nadie, no mejoran ni educan; por eso en rigor el concepto de Pena es incompatible con el concepto de Derecho” (Zaffaroni, s.f. p.84). En esta lógica, las penas que no atienden los principios de subsidiaridad, fragmentariedad y necesidad se contraponen a la verdadera justicia, en realidad si se defiende la dignidad de la persona se debe condenar las penas que atentan los derechos fundamentales del ser humano.

Por su lado el maestro Español Mir Puig replantea y supera la definición del derecho penal como un conjunto de las reglas jurídicas establecidas por el Estado, en donde el crimen se considera como un hecho y la pena como una legítima consecuencia, es así, el maestro Mir incluye “medidas de seguridad” como consecuencia jurídica. En esta línea, Mir (2003) afirma:

El derecho penal ya no es hoy, pues, sólo el derecho de la pena. Se plantea con ello la cuestión de si la denominación "derecho penal" es, a la vista del nuevo contenido de nuestra disciplina, lo suficientemente amplia como para dar cabida a una de sus dos integrantes fundamentales, las medidas de seguridad (p.8)

La intención del profesor Mir es que las medidas de seguridad deben pasar en primer plano por poseer carácter preventivo, ya que “el Derecho penal no es el único medio de control social que se ejerce a través de normas jurídicas que prevén sanciones formalizadas para ciertas conductas” (Mir, 2016, p. 42), sino que existen otras medias de carácter jurídico como son las sanciones administrativas, pero esto no está previsto por Derecho penal, sino por el Derecho administrativo. En efecto, las sanciones que impone el derecho penal afectan a las personas. Por ello, el maestro Mir (2016) subraya: “El Derecho penal ha de limitarse a ofrecer el último recurso —*ultima ratio*—, para cuando los demás medios de control social, jurídicos o no, resultan insuficientes” (p. 43). Sin duda, el Derecho penal constituye normas dirigidos a los magistrados y ciudadanos para su cumplimiento, pero también cabe subrayar que, “el Derecho penal no sólo está integrado por normas en sentido estricto, sino también por valoraciones y principios” (Mir, 2016, p. 45), en línea posterior en su libro “Derecho Penal” el maestro Mir (2016), sentencia la definición del Derecho penal: “conjunto de normas, valoraciones y principios jurídicos que desvaloran y prohíben la comisión de delitos y asocian a éstos, como presupuesto, penas y/o medidas de seguridad, como consecuencia jurídica” (p. 48).

Aunque existen corrientes de carácter ultraliberalismo del Derecho penal, que buscan restringir la actuación del Derecho Penal en defensa de las máximas garantías que atiende a los ciudadanos. Ante esta situación divergencia de algún sector, el maestro Silva Sánchez (2001) considera que “El Derecho penal es un instrumento cualificado de protección de bienes jurídicos especialmente importantes. Sentado esto, parece obligado tener en cuenta la posibilidad de que su expansión obedezca, al menos en parte, ya a la aparición de nuevos bienes jurídicos” (p.25); efectivamente, la aparición de nuevas realidades (emigración, multiculturalidad, tecnología) es resultado del cambio social y cultural posindustrial que ha conducido a una “sociedad del riesgo” e “inseguridad”, y, por ende, la expansión del derecho penal. Sin duda, la expansión del Derecho penal, “conlleve la relativización de los principios de garantía y reglas de imputación en el ámbito de la criminalidad de los poderosos” (Silva, 2001, p.57). Pero lo negativo que presenta es que se está manejando al Derecho Penal como único instrumento eficaz en la política social, así dando cargas que no le corresponde ni pueda resistir. Por ello, en el contexto actual sigue teniendo vigencia el principio de intervención mínima penal:

Es recomendable que el Derecho penal sea la última *ratio legis*, de manera que se aplique cuando los otros medios del control social resulten insuficientes. Se debe recurrir al Derecho penal de manera reducida, pues el castigo penal supone considerable daño social. Sin embargo, los legisladores son renuentes a aceptar esta realidad y suelen recurrir al derecho penal como forma de enfrentar y tratar de resolver conflictos

sociales, a pesar de que su aplicación no los va a resolver (Villavicencio, 2017, p.23)

En conclusión, la reflexión sobre la naturaleza y fines de la pena ha sido una larga duración en la historia del derecho penal, y esto ha generado el nacimiento de las distintas teorías jurídicas: absolutas, relativas o mixtas. Pero detrás de estas teorías jurídicas penales se encuentran los paradigmas iusfilosóficos como son el positivismo y posmodernismo; evidentemente, las distintas teorías o enfoques influyen en las decisiones de los jueces y fiscales. El posmodernismo filosófico ha contribuido en la comprensión de la historicidad, conciencia, lenguaje, unicidad y libertad de la condición humana, y esto directamente repercute en las ciencias penales como es el reconocimiento de los principios, leyes y medidas de seguridad, pero tampoco se queda en lo abstracto normativo, sino que también se considera en la praxis funcional de los magistrados, a través de la valoración racional hermenéutica. Es así, la posmodernidad ha colaborado de manera significativa en la comprensión de los alcances y límites del Derecho penal, y esto en atención a los diferentes principios que fundamentan las ciencias penales, de manera específica el principio de intervención mínima penal.

3.8 Derechos humanos y el principio de intervención mínima Penal.

3.8.1 Declaración de los Derechos del hombre y del ciudadano.

El desarrollo del conocimiento ilustrado tuvo como resultado la Revolución Francesa en el año 1789, y ésta, representada por la Asamblea Nacional, la promulgación de la Declaración de los Derechos del hombre y del ciudadano. La revolución fue un movimiento político y social que trajo como consecuencia

la abolición de la monarquía absolutista y las clases sociales, sin duda, se fortalece la soberanía popular en marco de la libertad, igualdad y fraternidad.

La declaración de 1789 es uno de los documentos fundamentales de la revolución, donde tipifica que los derechos son igual para todos los hombres, como se puede leer en el artículo 1º dice, “Los hombres nacen y permanecen libres e iguales en derechos”. Se hace evidenciar la libertad de todos los ciudadanos y la igualdad entre los hombres, como derechos naturales.

También la Declaración del hombre y del ciudadano (1789) funda que la justicia debe basarse en las leyes razonables, salvaguardando la integridad de todas las personas; en relación al “principio de intervención mínima” del derecho penal quedan implícitamente tipificados en los siguientes artículos:

Art. 7º de la DDHC establece:

Ningún hombre puede ser acusado, arrestado o detenido, salvo en los casos determinados por la Ley y en la forma determinada por ella. Quienes soliciten, cursen, ejecuten o hagan ejecutar órdenes arbitrarias deben ser castigados; con todo, cualquier ciudadano que sea requerido o aprehendido en virtud de la Ley debe obedecer de inmediato, en y es culpable si opone resistencia.

Art. 8º de la DDHC implanta:

La Ley sólo debe establecer penas estricta y evidentemente necesarias, y tan sólo se puede ser castigado en virtud de una Ley establecida y promulgada con anterioridad al delito, y aplicada legalmente.

Art. 9º de la DDHC tipifica:

Puesto que cualquier hombre se considera inocente hasta no ser declarado culpable, si se juzga indispensable detenerlo, cualquier rigor que no sea

necesario para apoderarse de su persona debe ser severamente reprimido por la Ley.

En los artículos de la Declaración del hombre y del ciudadano (1789) están claramente establecidos que las penas se deben aplicarse sólo cuando sea necesaria, es decir, de manera excepcional y no como una regla general; sin duda, es el inicio de las garantías del hombre y del ciudadano ante un gobierno despótico y arbitrario.

3.8.2 Declaración Universal de Derechos Humanos

El 10 de diciembre de 1948, después de la segunda guerra mundial, la Asamblea General de las Naciones Unidas adopta y proclama la Declaración Universal de Derechos Humanos, con el objetivo de establecer el reconocimiento de la dignidad, libertad y los derechos de la persona humana. El aseguramiento de las garantías existenciales de la persona tiene un carácter internacional; es decir un reconocimiento y aplicación universal entre los Estados Miembros. Los siguientes artículos de la Declaración sirven de soporte para la vigencia del “principio de intervención mínima” del derecho penal, pero es necesario hacer una exégesis integral de la disposición para su mayor comprensión.

Art. 3° de la DUDH establece: “Todo individuo tiene derecho a la vida, a la libertad y a la seguridad de su persona”.

Art. 9° de la DUDH tipifica: “Nadie podrá ser arbitrariamente detenido, preso ni desterrado”.

Art. 10° de la DUDH normaliza:

Toda persona tiene derecho, en condiciones de plena igualdad, a ser oída públicamente y con justicia por un tribunal independiente e imparcial, para la determinación de sus derechos y obligaciones o para el examen de cualquier acusación contra ella en materia penal

Art. 11° de la DUDH funda:

Toda persona acusada de delito tiene derecho a que se presuma su inocencia mientras no se pruebe su culpabilidad, conforme a la ley y en juicio público en el que se le hayan asegurado todas las garantías necesarias para su defensa. (Número N° 01).

En la DUDH se anuncian los derechos y libertades fundamentales, como condiciones necesarias para la paz, la comprensión y el desarrollo de las naciones, por ello, la declaración es el principal referente como fuente del derecho. Sin duda, el “principio de intervención mínima” penal se fortalece, haciendo que el derecho penal tenga el carácter fragmentaria y subsidiaria en su aplicación.

3.8.3 Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos

Dando reconocimiento los principios de la Libertad, la justicia y la paz, y también los derechos inherentes e inalienables de la persona contempladas en la Carta de las Naciones Unidas (1945) y en concordancia con la Declaración Universal de Derechos humanos donde también establecen los derechos fundamentales del ser humano; el 16 de diciembre de 1966 los Estados Partes realizan un Pacto internacional de Derechos Civiles y políticos con la finalidad de fortalecer el ejercicio de la libertad civil y político, así estableciendo las condiciones

necesarias que permitan a las personas gozar de los derechos civiles, políticos y culturales.

En el Pacto de Derechos Civiles y Político el “principio de intervención mínima” del derecho penal no se subraya de manera expresa, pero en algunos artículos podemos hallar la presencia implícita del principio, si bien es cierto, donde se protege la vida humana en su sentido amplio, siempre se hará presente la aplicación del derecho penal como último recurso. A continuación, mencionamos algunos de los artículos del Pacto (1966) que tiene alguna relación en la interpretación del “principio de intervención mínima” del Derecho Penal:

Artículo 6° del PIDCP formula:

1. El derecho a la vida es inherente a la persona humana. Este derecho estará protegido por la ley. Nadie podrá ser privado de la vida arbitrariamente.
2. En los países en que no hayan abolido la pena capital sólo podrá imponerse la pena de muerte por los más graves delitos y de conformidad con leyes que estén en vigor en el momento de cometerse el delito y que no sean contrarias a las disposiciones del presente Pacto ni a la Convención para la Prevención y Sanción del Delito de Genocidio. Esta pena sólo podrá imponerse en cumplimiento de sentencia definitiva de un tribunal competente.

Artículo 9° del PIDCP expresa:

1. Todo individuo tiene derecho a la libertad y a la seguridad personales. Nadie podrá ser sometido a detención o prisión arbitrarias. Nadie podrá ser

privado de su libertad, salvo por las causas fijadas por ley y con arreglo al procedimiento establecido en ésta.

2. Toda persona detenida será informada, en el momento de su detención, de las razones de la misma, y notificada, sin demora, de la acusación formulada contra ella.

3. Toda persona detenida o presa a causa de una infracción penal será llevada sin demora ante un juez u otro funcionario autorizado por la ley para ejercer funciones judiciales, y tendrá derecho a ser juzgada dentro de un plazo razonable o a ser puesta en libertad. La prisión preventiva de las personas que hayan de ser juzgadas no debe ser la regla general, pero su libertad podrá estar subordinada a garantías que aseguren la comparecencia del acusado en el acto del juicio, o en cualquier momento de las diligencias procesales y, en su caso, para la ejecución del fallo.

4. Toda persona que sea privada de libertad en virtud de detención o prisión tendrá derecho a recurrir ante un tribunal, a fin de que éste decida a la brevedad posible sobre la legalidad de su prisión y ordene su libertad si la prisión fuera ilegal.

5. Toda persona que haya sido ilegalmente detenida o presa, tendrá el derecho efectivo a obtener reparación.

Artículo 10° del PIDCP enuncia:

1. Toda persona privada de libertad será tratada humanamente y con el respeto debido a la dignidad inherente al ser humano.

2. a) Los procesados estarán separados de los condenados, salvo en circunstancias excepcionales, y serán sometidos a un tratamiento distinto, adecuado a su condición de personas no condenadas;

2. b) Los menores procesados estarán separados de los adultos y deberán ser llevados ante los tribunales de justicia con la mayor celeridad posible para su enjuiciamiento.

3. El régimen penitenciario consistirá en un tratamiento cuya finalidad esencial será la reforma y la readaptación social de los penados. Los menores delincuentes estarán separados de los adultos y serán sometidos a un tratamiento adecuado a su edad y condición jurídica.

Artículo 11° del PIDCP manifiesta: “Nadie será encarcelado por el solo hecho de no poder cumplir una obligación contractual”.

Artículo 14° del PIDCP subraya: “2. Toda persona acusada de un delito tiene derecho a que se presuma su inocencia mientras no se pruebe su culpabilidad conforme a la ley”.

En el Pacto Internacional de Derechos económicos, sociales y culturales (1966) tampoco se encuentra de manera evidente el “principio de intervención mínima” del derecho penal, pero con hacer énfasis en el Art. 13° sobre “el derecho de toda persona a la educación, el pleno desarrollo de la personalidad humana, la dignidad y el fortalecimiento del respeto por los derechos humanos y las libertades fundamentales”, busca construir una sociedad basada en los valores y principios. Efectivamente, una sociedad que busca fortalecer la libertad de los ciudadanos y la tolerancia entre los diferentes grupos raciales, indirectamente está trabajando en la prevención de los delitos, y la actuación del derecho penal quepa como *ultima ratio*.

3.8.4 La Convención Americana sobre Derechos Humanos

Los Estados americanos, teniendo en cuenta las Declaraciones Internacionales, establecieron en el continente los derechos esenciales del hombre en la Convención Americana sobre Derechos Humanos (1969), también considerado como Pacto de San José de Costa Rica, se tiene como objetivo principal de garantizar el ejercicio pleno y libre de todo ser humano.

En el Artículo 4° de la CADH, subraya en relación al valor y respeto de la vida humana desde la concepción que, “toda persona tiene derecho a que se respete su vida (...) Nadie puede ser privado de la vida arbitrariamente”. Y en el Artículo 5° de la CADH se establecen los límites en la aplicación del derecho penal, las penas a imponerse deben respetar los derechos básicos del ser humano y por ninguna circunstancia se puede vulnerar la dignidad de la persona:

1. Toda persona tiene derecho a que se respete su integridad física, psíquica y moral.
2. Nadie debe ser sometido a torturas ni a penas o tratos crueles, inhumanos o degradantes. Toda persona privada de libertad será tratada con el respeto debido a la dignidad inherente al ser humano.
3. La pena no puede trascender de la persona del delincuente.
6. Las penas privativas de la libertad tendrán como finalidad esencial la reforma y la readaptación social de los condenados.

En el Art. 7° de la CADH se tipifica sobre el derecho a la Libertad personal y la actuación según el marco Constitucional, las detenciones deben realizarse por un plazo razonable, preservando las garantías personales:

1. Toda persona tiene derecho a la libertad y a la seguridad personal.

2. Nadie puede ser privado de su libertad física, salvo por las causas y en las condiciones fijadas de antemano por las Constituciones Políticas de los Estados Partes o por las leyes dictadas conforme a ellas.

3. Nadie puede ser sometido a detención o encarcelamiento arbitrarios.

En la Convención Americana sobre Derechos Humanos también se hace mención: “el derecho de presunción de inocencia mientras no se establezca legalmente su culpabilidad” (Art. 8°). Es así, con el objetivo de reconocer y proteger la dignidad y la libertad de la persona se ha reafirmado en la Convención Americana lo que han sido consagrados en la Declaración de los Derechos del hombre (1789) y del ciudadano y en la Declaración Universal de los Derechos Humanos (1948).

3.9 Afectación al “principio de intervención mínima penal” en Código Penal

En los últimos años se ha visto muchas modificaciones legales de parte del Poder Legislativo a algunos artículos del Código Penal, muchas de ellas con la finalidad de elevar desmesuradamente las penas, pero esta situación lo que ha generado es la afectación de los principios que fundamentan al Derecho penal, y específicamente al principio de análisis: principio de intervención mínima del Derecho penal. Por ello, es necesario considerar algunas modificadoras realizadas en los últimos años con fines de proteger bienes jurídicos tutelados.

El artículo 2° de la Ley N° 31178, publicada el 28 de abril 2021, modifica el art. 387° del Código Penal con respecto a las circunstancias agravantes en el contexto de emergencia sanitaria. El artículo mencionado en cuanto al delito de peculado doloso y culposo, tipifica que:

El funcionario o servidor público que se apropia o utiliza, en cualquier forma, para sí o para otro, caudales o efectos cuya percepción, administración o custodia le estén confiados por razón de su cargo, será reprimido con pena privativa de libertad no menor de cuatro ni mayor de ocho años; inhabilitación a que se refieren los incisos 1, 2 y 8 del artículo 36, de cinco a veinte años, y, con ciento ochenta a trescientos sesenta y cinco días-multa.

Si bien es cierto, el primer párrafo de la norma sustantiva se mantiene pese que ha recibido distintas modificaciones, lo claro que conserva el artículo son los problemas en cuanto a la conducta a prohibir. En un primer momento que, el autor del delito de peculado son todas las personas que tienen calidad de funcionario o servidor público, en razón que, la norma no enuncia más especificaciones en cuanto a la jerarquía funcional, esto evidencia la generalidad normativa, y por consiguiente aplicable a todos los que desempeñan cargo de funcionarios y servidores públicos. En un segundo momento que, no solo es suficiente desempeñar cargo de funcionario o servidor público para ser imputado por el delito de peculado, sino además de esto debe estar normada los deberes funcionales de acuerdo al cargo que ostenta en su labor. Tercero, es importante la tipificación clara de las cuantías del perjuicio patrimonial, en esta línea Doctor Ramiro Salinas Siccha (2019) subraya:

El tipo penal 387° del CP no hace referencia a cuantía alguna, situación que consideramos adecuada con una política frontal de lucha contra la corrupción. Política criminal de cero tolerancias con los actos de corrupción. Tan corrupto es aquel que se apropia de 10 soles como aquel que se apropia de 100 millones. Este hecho solo debe ser tomado en cuenta por el juez al

momento de individualizar o determinar la pena a imponer al acusado luego del debido proceso penal.

En efecto, la fijación de la cuantía es fundamental para la imposición de la pena acorde a la responsabilidad y realmente a la vulneración, no atender ello, sería contravenir bajo la lógica y la razonabilidad del principio de intervención mínima penal. Es así, en la afectación del patrimonio por debajo de uno o dos UIT deben aplicarse medidas meramente administrativas.

El Artículo 5° del Decreto de Urgencia N° 019-2019, publicado 29 de noviembre de 2019, que Modifica el inciso 9 del artículo 36 del Código Penal, en cuanto a la inhabilitación, la normativa expresa:

Incapacidad definitiva para ingresar o reingresar al servicio docente o administrativo en instituciones de educación básica, centros de educación técnico- productiva, institutos o escuelas de educación superior, instituciones de educación superior artística, universidades, escuelas de las Fuerzas Armadas o de la Policía Nacional del Perú, Ministerio de Educación o sus organismos públicos adscritos, Direcciones o Gerencias Regionales de Educación, Unidades de Gestión Educativa Local y, en general, en toda institución u organismo educativo, incluyendo centros de resocialización o rehabilitación, que desarrollan actividades permanentes o temporales vinculadas a la educación, capacitación y formación sobre cualquier materia, incluyendo los ámbitos deportivo, artístico y cultural; así como, para ejercer actividad, profesión, ocupación u oficio que implique la enseñanza, el cuidado, vigilancia o atención de niñas, niños o adolescentes o del alumnado de educación superior tanto técnica como universitaria; respecto de las

personas condenadas con sentencia consentida o ejecutoriada, incluido el grado de tentativa.

Efectivamente, inhabilitar de manera definitiva para el ejercicio profesional o laboral en las instituciones u organismos educativos, contraviene directamente con el artículo 139° de la Constitución Política donde tipifica que la pena tiene por objeto la reeducación, rehabilitación y reincorporación del penado a la sociedad. En esta línea de razonamiento, en cuanto al inciso 9 del artículo 36° del Código Penal, también afirma el maestro Ríos Patio (2019):

El artículo 36 del código penal ha incorporado nuevos delitos, donde el infractor no brindará los servicios, el mismo país desconoce o renuncia la finalidad de la pena es la resocialización, pese que está contemplado en la Constitución Política. Los legisladores se olvidan que todo ser humano es falible en sus actos, nadie es perfecto.

La inhabilitación definitiva para el ser humano imperfecto que vive de su trabajo diario y de su ejercicio profesional, atenta contra los derechos humanos reconocidas en la Constitución, y de manera específica, contraviene al principio de mínima intervención penal.

El artículo 1° de la Ley N° 30838, publicada el 11 de julio de 2018, modifica algunos artículos del código penal en cuanto a los delitos contra la libertad sexual, entre ellos tenemos el artículo 170° del Código Penal, el artículo queda tipificada:

El que, con violencia, física o psicológica, grave amenaza o aprovechándose de un entorno de coacción o de cualquier otro entorno que impida a la persona dar su libre consentimiento, obliga a esta a tener acceso carnal por vía vaginal, anal o bucal o realiza cualquier otro acto análogo con la introducción de un objeto o parte del cuerpo por alguna de las dos primeras

vías, será reprimido con pena privativa de libertad no menor de catorce ni mayor de veinte años.

Anterior a esta modificatoria, la pena privativa de libertad en cuanto la violación sexual era no menor de seis ni mayor de ocho años, pero a partir de la modificatoria de 2018 por el legislativo se incrementa la pena entre 14 y 20 años, y más aún con formas agravantes, así llegando a la imposición de la pena con cadena perpetua cuando se trata menor de 14 años, como está tipifica en el artículo 173° del Código Penal: “El que tiene acceso carnal por vía vaginal, anal o bucal o realiza cualquier otro acto análogo con la introducción de un objeto o parte del cuerpo por alguna de las dos primeras vías, con un menor de catorce años, será reprimido con pena de cadena perpetua”. Entre otros artículos, que modifica la Ley N° 30838 es el artículo 176-A del CP, en cuanto los tocamientos, actos de connotación sexual o actos libidinosos en agravio de menores, donde queda tipificada:

El que sin propósito de tener acceso carnal ... realiza sobre un menor de catorce años u obliga a este a efectuar sobre sí mismo, sobre el agente o tercero, tocamientos indebidos en sus partes íntimas, actos de connotación sexual en cualquier parte de su cuerpo o actos libidinosos, será reprimido con pena privativa de libertad no menor de nueve ni mayor de quince años.

La pena por tocamientos sin el propósito de acceso carnal se incrementó de 9 a 15 años a partir de 2018, siendo con anterioridad a esta modificatoria la pena de 5 a 10 años de privativa de libertad. Este incremento de las penas sin el desarrollo de una la política criminal no conlleva a los resultados positivos, la realidad fáctica evidencia por más que se haya incrementado las penas siguen cometiendo los delitos. Más aún, el incremento de las penas directamente

contraviene a la proporcionalidad, racionalidad y humanidad de las penas, por consiguiente, afectando el principio de mínima intervención penal.

Artículo 1° de la Ley N° 30819, publicada el 19 de junio de 2018, modifica el artículo 108-B del Código Penal sobre el delito de Femicidio, queda tipificado en el artículo: “Será reprimido con pena privativa de libertad no menor de veinte años el que mata a una mujer por su condición de tal ...”, antes de la modificación del artículo 108°-B del CP la pena a imponerse era de 15 años de pena privativa de libertad, con la modificatoria queda no menor de 20 años de pena privativa de libertad, y se conserva la calidad del agraviado “ser mujer” y las acciones ejecutadas del autor van por la condición de ser mujer. Es decir, el sólo hecho se cometer el homicidio contra las mujeres ya configura el delito de femicidio, aunque el autor no guarde ninguna relación con la víctima, esto en razón que en el numeral 4 del Artículo 108°-B del CP tipifica que “Cualquier forma de discriminación contra la mujer, independientemente de que exista o haya existido una relación conyugal o de convivencia con el agente”. También se ha incrementado en las circunstancias agravantes, siendo la pena privativa de libertad no menor de treinta años, y cuando concurren dos o más circunstancias agravantes la pena privativa de libertad será cadena perpetua. En efecto, el incremento desmesurado de la pena en el delito de femicidio contraviene a los fines de la pena como es la reeducación, rehabilitación y reincorporación del penado a la sociedad; por consiguiente, el incremento de la pena contraviene con la aplicación del principio de mínima intervención penal.

El artículo 2° del Decreto Legislativo 1410, publicado el 11 de setiembre de 2018, incorpora los artículos 151-A, 154-B, 176-B y 176-C al Código Penal; efectivamente, el artículo 151-A del CP señala sobre la naturaleza del acoso, que dice:

El que, de forma reiterada, continua o habitual, y por cualquier medio, vigila, persigue, hostiga, asedia o busca establecer contacto o cercanía con una persona sin su consentimiento, de modo que pueda alterar el normal desarrollo de su vida cotidiana, será reprimido con pena privativa de la libertad no menor de uno ni mayor de cuatro años, inhabilitación, según corresponda, conforme a los incisos 10 y 11 del artículo 36°, y con sesenta a ciento ochenta días-multa.

En el caso que concurre alguna de las circunstancias agravantes la pena privativa de la libertad será no menor de cuatro ni mayor de siete años y también la inhabilitación según el artículo 36° del CP. Entre ellos encontramos, tales como: numeral 2. “La víctima y el agente tienen o han tenido una relación de pareja, son o han sido convivientes o cónyuges, tienen vínculo parental consanguíneo o por afinidad”; numeral 3 “La víctima habita en el mismo domicilio que el agente o comparten espacios comunes de una misma propiedad”; Numeral 4 “La víctima se encuentre en condición de dependencia o subordinación con respecto al agente” y numeral 5 “La conducta se lleva a cabo en el marco de una relación laboral, educativa o formativa de la víctima”. Efectivamente, bajo el razonamiento amplio sobre el delito de acoso casi todo accionar del ser humano puede configurarse delito, pero en caso que se genere el acoso y acoso sexual como tipifica art. 176-B del CP, el proceso pertinente para atender estos delitos son el procedimiento administrativo disciplinario, que tiene de responsabilidad la oficina de recursos humanos, y además que tiene la obligación de dictar las medidas de protección para la presunta víctima. Sin duda, actuar con medidas administrativas eficientes puede significar una justicia eficiente y proporcional para las partes; por consiguiente, atender estos delitos incorporados a través del Decreto Legislativo

1410 puede significar alejarse del principio de intervención mínima penal. Es fundamental desarrollar entre los humanos una justicia restaurativa que fortalezca y amplíe las medidas punitivas.

3.10 Jurisprudencia nacional y la observancia del principio de intervención mínima.

La posmodernidad ha conllevado a la generación e implementación de la jurisprudencia en materia penal, efectivamente, la justicia peruana también se ha encaminado y atendido a las exigencias de las teorías jurídicas del tiempo, específicamente sobre las medidas que restringen la libertad locomotora; pero esto no significa que no exista la pluralidad de criterios en la decisión de los magistrados. Es por ello, en este apartado se busca evidenciar algunos criterios relevantes del Tribunal Constitucional, de la Corte Suprema de Justicia, de la Corte Superior de Justicia de Ancash, y también las conclusiones de los Plenos Jurisdiccionales; con la finalidad de aclarar el desarrollo paulatino en la aplicación del derecho penal como una regla de *ultima ratio*. ¿Hasta qué punto la aplicación del derecho penal con un criterio de *ultima ratio* ha favorecido para el imperio de la justicia? Evidentemente, la invocación del derecho penal como una regla de *ultima ratio* en las sentencias, ha sido importante para los magistrados, en algunos casos para la adecuada aplicación del derecho penal y en otros casos para fomentar la injusticia. Efectivamente, existe mucha debilidad en la motivación de las resoluciones judiciales: la falta de razonamiento lógico, ponderación y criterio de proporcionalidad, por ende, falta de argumentación jurídica, es decir, falta de considerar los aportes del posmodernismo jurídico. Estos fenómenos jurídicos iremos evidenciando en cada una de las sentencias, y de manera específica la

atención que dan los magistrados en sus decisiones sobre el principio de intervención mínima del Derecho penal.

01.- Expediente N° 02534-2019-PHC/TC, Recurso de Agravio Constitucional, a favor de doña Keiko Sofía Fujimori Higuchi, contra la resolución que declaró improcedente la demanda de Habeas Corpus de autos, y se resuelve dando fundada la demanda por haberse vulnerado el derecho a la libertad personal, y por ende, se da Nula las resoluciones que constituyen y ejecutan la prisión preventiva.

En la sentencia encontramos algunos datos importantes, tales como:

- La libertad personal está relacionada con una gama de derechos fundamentales, tales como: el derecho a la reunión, al trabajo, a la vida en familia, etc.
- La prisión preventiva es una regla de *ultima ratio*, y no regla general de los juzgados.
- La prisión preventiva se justifica siempre y cuando existan motivos razonables y proporcionales.
- En la prisión preventiva la exigencia de la motivación debe ser más estricta para despejar la ausencia de arbitrariedad en la decisión judicial.
- La prisión preventiva debe tener carácter excepcional, limitado por los principios de legalidad, presunción de inocencia, necesidad y proporcionalidad.
- El uso de la prisión preventiva como estrategia de política criminal constituye una grave violación de los derechos humanos y también es una de las principales causas de la grave crisis de muchos de los sistemas penitenciarios.

- Las personas en situaciones de vulnerabilidad o riesgo son víctimas de prisión preventiva.
- Reducir el sometimiento a prisión preventiva mediante el uso de medidas alternativas.

Los magistrados después de un razonamiento amplio aseveran que, “toda resolución judicial que ordene una prisión preventiva requiere de una especial y cualificada motivación que demuestre de modo razonado y suficiente que ella no solo es legal, sino proporcionada” y, por consiguiente, estrictamente necesaria para la consecución del éxito del proceso. Es así, los jueces podrán dictar mandato de prisión preventiva atendiendo todos los presupuestos de manera copulativa. A reflexión del Tribunal, los materiales de probatorio no permiten vincular a la procesada, Keiko Sofía Fujimori Higuchi, con una organización criminal, pues se tratan de elementos probatorios insuficientes.

02.- Expediente N°00502-2018-PHC/TC (Acumulado), Recurso de agravio constitucional a favor de don Ollanta Moisés Humala Tasso y de doña Nadine Heredia Alarcón contra las resoluciones que declararon improcedente la demanda de hábeas corpus, y se resuelve Fundada las demandas de hábeas corpus. Por consiguiente, Nula las resoluciones que declararan improcedente la demanda de hábeas corpus.

En la sentencia del Tribunal encontramos algunos datos relevantes, tales como:

- El fin supremo de nuestra sociedad y Estado es la defensa de la dignidad y libertad personal.
- La prisión preventiva es una regla de *ultima ratio*.
- El dictado de la prisión preventiva, en el marco del Estado Constitucional, incide de forma particularmente grave en el derecho a la libertad personal,

por lo que implica el deber del órgano jurisdiccional de motivar adecuadamente sus decisiones.

- La prisión preventiva debe ser motivada de conformidad con la naturaleza excepcional, subsidiaria y proporcional.
- La resolución judicial que ordene una prisión preventiva debe tener una especial motivación que demuestre de modo razonado, suficiente y proporcionado, siendo necesaria, para el adecuado desarrollo del proceso.

El Tribunal Constitucional enfatiza que, “los jueces al momento de valorar los nuevos elementos de convicción de una solicitud de revocatoria del mandato de comparecencia por el de prisión preventiva, deben obligatoriamente valorar todos y cada uno de los elementos ofrecidos” no solo por el Ministerio Público-Fiscalía, sino también por la defensa técnica de los procesados, esto a fin de justificar de manera razonable y lógico la presunta presencia de elementos que permitan razonablemente vincular al investigado con la comisión del delito por el que se le sigue un proceso penal, a fines de salvaguardar su derecho de presunción de inocencia, en tanto la prisión preventiva es una medida temporal y no definitiva del esclarecimiento de la responsabilidad penal.

3.- Expediente N° 119-2016 (Ancash), el recurso de casación interpuesto por la segunda Fiscalía Superior Especializa, contra el auto expedido por la Sala de Apelaciones de la Corte Superior de Justicia de Ancash, que declaró infundado el recurso de apelación que interpuso sobre la resolución de la primera instancia; y en consecuencia confirmó en todos sus extremos dicha resolución de primera instancia que declaró improcedencia el requerimiento fiscal de revocatoria de comparecencia con restricciones por prisión preventiva en contra del imputado

Simeón Mallqui Vela en el proceso que se le sigue la presunción comisión del delito contra la administración pública, en la modalidad de cohecho pasivo propio, en agravio del Estado-Municipalidad Distrital de Aczo. Se declara FUNDADO el recurso de casación concedido por la causa referida al desarrollo de doctrina jurisprudencial, en efecto, se declara NULA la resolución expedida por la Sala Penal de Apelaciones de Huaraz, de la Corte Superior de Justicia de Áncash, que declaró improcedente el requerimiento fiscal de revocatoria de comparecencia con restricciones por prisión preventiva en contra del incausado Simeón Mallqui Vela.

En efecto, la sentencia se funda en los siguientes términos, “una causal fijada de revocatoria de la comparecencia con restricciones por prisión preventiva, sustentada en la variación ulterior de las circunstancias asegurativamente relevantes”, evidenciada por el incumplimiento de las restricciones impuestas al imputado en situación de comparecencia, conducta procesal negativa que expresa un incremento del peligro procesal producido por el imputado. Ello implica que:

- a) Los nuevos elementos surgidos de la investigación posean contundencia acreditativa de nuevas condiciones.
- b) La necesidad de una evaluación actual de la capacidad asegurativa de la comparecencia con restricciones impuesta frente a las nuevas condiciones, la que incluye la verificación del cumplimiento por el imputado de las restricciones impuestas.
- c) La determinación que dicha medida resulta insuficiente ante el colapso de su capacidad asegurativa frente a las nuevas condiciones.

4.- Expediente N° 2411-2017 Lima el recurso de nulidad interpuesto por el condenado Porfirio Huamán Corzo contra la sentencia que confirmó la de primera

instancia del veinte de enero de dos mil catorce, en el extremo que lo condenó como autor del delito contra la administración pública-omisión y retardo de prestación de auxilio, en perjuicio de Renzo Ernesto Hinostroza González, a dos años de pena privativa de libertad efectiva y mil soles de la reparación civil. Los magistrados después de considerar los hechos objeto del proceso penal, afirman que, “La sentencia recurrida proclamó la responsabilidad del procesado Porfirio Huamán Corzo, pero no expuso siquiera una sucinta explicación sobre las razones que configurarían la situación de peligro y la acción de retardo o rehusamiento de la autoridad policial” (Noveno). En líneas posterior del numeral nueve, los magistrados afirman:

El derecho penal se caracteriza por el principio de mínima intervención; la tutela penal solo debe intervenir en los casos de ataques muy graves a los bienes jurídicos más importantes. El bagaje probatorio que se presentó en el presente caso impide declarar probado el tipo penal imputado, por lo que la sentencia condenatoria recurrida vulneró el principio de presunción de inocencia, que atañe restaurar. (p. 7)

En efecto, la decisión de los Magistrados de la Corte Suprema fue en atención al principio de mínima intervención penal, en declarar Nula la sentencia que condenó a Porfirio Huamán Corzo y César Ernesto Moreno Carnero como autores del delito contra la administración pública-omisión y retardo de prestación de auxilio, en perjuicio de Renzo Ernesto Hinostroza González, a dos años de pena privativa de libertad efectiva y reparación civil; por consiguiente, absolviéron a Porfirio Huamán Corzo y César Ernesto Moreno Carnero de la acusación fiscal formulada en su contra por el citado delito.

5.- Expediente N° 3004-2012 Cajamarca, el recurso de nulidad interpuesto por la defensa técnica del encausado Alejandro Douglas Mori Chávez del 06 de julio de 2011. En ello, se hace referencia la legislación comparada, en tanto que el Derecho Penal debe ser un instrumento de última ratio para garantizar la pacífica convivencia de la sociedad, previa evaluación de su gravedad y de acuerdo a las circunstancias sociales, políticas, económicas y culturales imperantes en la sociedad, referencia al jurista Santiago Mir Puig que afirma “el Derecho Penal se caracteriza por prever sanciones en principio más grandes, las penas y medidas de seguridad, como forma de evitar los comportamiento que juzga especialmente peligrosos, los delitos”, efectivamente, reafirma que el Derecho Penal se erige como la última ratio, supone que la sanción penal no debe actuar cuando exista la posibilidad de utilizar otros medios o instrumentos jurídicos de control social menos severos. En la lógica del razonamiento, los magistrados de la Corte Suprema subrayan algunas ideas muy importantes con respecto al principio de mínima intervención penal:

El Derecho Penal está enmarcado en el principio de mínima intervención, lo que supone que el ejercicio del poder de punición tiene que ser el último recurso disuasivo que puede utilizar el Estado para controlar desmanes transgresores de la vida en comunidad. En efecto, el Derecho Penal ha de reducir su intervención a aquello que sea estrictamente necesario en términos de utilidad social general. La facultad sancionadora del Derecho Penal debe operar cuando las demás alternativas de control han fallado, es decir, que carece de sentido la intervención del Derecho Penal cuando existe la posibilidad de utilizar otros medios o instrumentos jurídicos no penales para restablecer el orden jurídico, como las sanciones propias del Derecho

Administrativo o del Derecho Civil, que permiten la solución del conflicto lo más satisfactoriamente posible tanto para el imputado como para la sociedad. Es así, el Derecho Penal muestra el carácter subsidiario, respecto de las otras ramas del ordenamiento jurídico.

En efecto, los magistrados ponen en claro que no cualquier lesión o puesta en peligro a un bien jurídico tutelado por la ley obliga la activación del sistema penal, sino solo aquellos comportamientos sumamente reprochables y no posibles de estabilización mediante otro medio de control social menos estricto. Es así, para la activación del Derecho Penal se requiere que el sujeto activo haya cometido un hecho sumamente grave como para ser atendida con represión penal, y no una simple actitud disciplinario que puede resolver las sanciones administrativas como es el caso del condenado Alejandro Douglas Mori Chávez.

6.- Expediente 288-2017 Lima, el recurso de nulidad interpuesto por la Procuradora Pública del Fondo Nacional de Desarrollo Pesquero-FONDEPES contra la sentencia del 23 de setiembre de 2016, emitida por la Segunda Sala Penal Especializada en lo Penal para Procesos con Reos Libres de la Corte Superior de Justicia de Lima, que absolvió de la acusación fiscal al encausado Román Francisco Granda Loza, por los delitos contra la administración pública, en la modalidad de peculado y falsificación de documentos privados en agravio al Estado. En el artículo 13.3 los magistrados afirman que en “el delito de peculado, se tuvo en cuenta el principio de mínima intervención penal, por el monto exigido de ciento ocho soles, determinado en el dictamen pericial; es decir, no se advierte lesión ostensible al patrimonio del Estado”. En efecto, los magistrados de la Corte Suprema coinciden con la opinión de la Fiscalía Suprema y ratifica la absolución al encausado Román Francisco Granda Loza por el delito contra la administración

pública, en la modalidad de peculado, en agravio del Estado. Es así, en el razonamiento del Tribunal fue fundamental el monto exigido de s/ 108 soles y esto conllevó a la aplicación del principio de intervención mínima del Derecho Penal.

7.- Expediente N° 1883-2012 Junín, recurso de nulidad interpuesto por el Fiscal Superior de Junín contra la sentencia del veinte de marzo de 2012, que absolvió a Víctor Raúl Carmen Núñez de la acusación fiscal formulada en su contra por delito de peculado de uso en agravio de la Dirección Regional de Agricultura. Considerando el caso, que el imputado Carmen Núñez utilizó la motocicleta asignada por la Dirección Regional el 13 de setiembre de 2004 para dirigirse al Hospital El Carmen, en razón que se encontraba internada un familiar, y no para el cumplimiento de su labor como es el reparto de notas de prensa. En esta línea de razonamiento sobre el caso que se le imputado a Carmen Núñez, los magistrados en el punto cuarto manifiestan:

El hecho no es relevante y no, por su insignificancia, carece de contenido típico. El principio de intervención mínima, que integra dos postulados básicos del Derecho penal preventivo: subsidiaridad o última ratio y carácter fragmentario del Derecho Penal, en atención al último postulado exige que sólo deben sancionarse las modalidades de ataque más peligrosas para los bienes jurídicos que protege; situación, que no se presenta en el sub-lite, habida cuenta de la falta de entidad de la conducta que desplegó el imputado, más allá que dio como resultado la sustracción de la motocicleta, que sin embargo luego la repuso. En todo caso, el Derecho administrativo sancionar es el indicado y proporcionalmente idóneo para dar cuenta de la conducta desplegada por el acusado

En efecto, el encausado utilizó la motocicleta para trasladarse a un lugar distinto del estipulado por la institución, pero no por ello, es un hecho relevante sino insignificante. Por ello, los Magistrados de la Corte Suprema confirmaron la absolución de Víctor Raúl Carmen Núñez de la acusación fiscal formulada en su contra por el delito de peculado de uso en agravio de la Dirección Regional de Agricultura, atendiendo al principio de intervención mínima penal o última ratio, principio de subsidiariedad y principio de fragmentario.

8.- Expediente N° 311-2012 Apurímac, el recurso de nulidad interpuesto por el representante del Ministerio Público, contra la sentencia que absolvió de la acusación fiscal a Gaspar Salcedo Gutiérrez, por la comisión del delito contra la administración pública, en la modalidad de malversación de fondos en agravio de la Municipalidad provincial de Andahuaylas y el Estado. Los Magistrados advierten según los informes existentes que, el proceso entregó bonificaciones y/o compensaciones a los trabajadores del municipio por horas extras trabajadas, pero de forma irregular; por consiguiente, ello no configura el delito de peculado, en razón que “el procesado en mención no se ha apropiado o utilizado en provecho suyo o de terceros los caudales o efectos del Estado; siendo en todo caso una irregularidad administrativa, la cual debió ser ventilado en la vía administrativa”, en efecto conlleva a la afirmación de que debe ser absuelto de la acusación fiscal al no configurarse el tipo penal, y como sustento del razonamiento jurídico afirman los magistrados de la Corte Suprema:

El Derecho penal se rige por el denominado principio de intervención mínima, el cual limita la intervención del Estado en su poder de coerción penal, para sancionar conductas antisociales de lesividad intolerables, lo que significa que sólo se debe acudir al Derecho penal, cuando fallan las otras formas

jurídicas y sectores del Derecho; sólo se debe apelar al Derecho punitivo como "ultima ratio legis" y no para solucionar cualquier controversia o conflicto de intereses o litis expensa, cuando existen otras vías jurídicas de solución de los actos ilegales no punibles; como es el caso de los actos ilícitos civiles, administrativos, laborales, constitucionales, etcétera.

9.- Expediente N° 3763-2011 Huancavelica, recurso de nulidad interpuesto por el sentenciado Ricardo Alejandro Vera Donaires contra la sentencia de 28 de junio de 2011. El Sentenciado fundamenta alegando vulneración del principio de legalidad y también se acogió a la conclusión anticipada del proceso, y por último confirma que existe responsabilidad mínima con relación al delito y no registra antecedentes penales. Por su lado el fiscal imputa a Vera Donaires por haber utilizado papel membretado de propiedad de la Universidad Nacional de Huancavelica, con fines de redactar un escrito de patrocinio particular. Los magistrados en la quinta y sexta numeral fundamenta sobre la naturaleza, límites y alcances del derecho penal:

El derecho penal no puede arrogarse todo comportamiento socialmente indeseado, su ámbito de aplicación es limitado, sino solo aquellos que revisten suma gravedad y que no son posibles de revertir con medios de control social menos severos. En esa línea de ideas uno de los principios fundamentales legitimadores del Derecho Penal es el principio de intervención mínima, admitido unánimemente por la doctrina penal, según el cual "el Derecho penal ha de reducir su intervención a aquello que sea estrictamente necesario en términos de utilidad social general", de manera que carece de sentido la intervención del Derecho Penal allí donde exista otro mecanismo de sanción a través de un "mal menor", como son las sanciones propias del Derecho Administrativo o del Derecho Civil, permita la

solución de conflicto lo más satisfactoriamente posible tanto para el imputado como para la sociedad.

Efectivamente el expediente N° 3763-2011 Huancavelica muestra un razonamiento sobre su carácter subsidiario del Derecho penal o última ratio, que limita el accionar penal únicamente a aquellos que sirve eficazmente. Por consiguiente, el comportamiento del recurrente, por haber utilizado de la Institución donde labora cuatro hojas bond, con sello de agua de la Universidad Nacional de Huancavelica, le hace pasible de sanciones administrativas, pero no penales porque el hecho en sí mismo no produce una “perturbación social” que dote de relevancia penal a la conducta de manera que justifique accionar del Derecho penal.

10.- Expediente N° 2479-2016 (Ancash), Recurso de nulidad interpuesto por los encausados contra la sentencia que condenó a Manuel Rodríguez Diestra como autor del delito contra el patrimonio, robo con agravantes. La primera Sala Penal Transitoria de la Corte Suprema de Justicia de la República decidió, no haber nulidad en la sentencia que condenó a Manuel Segundo Rodríguez Diestra como autor del delito contra el patrimonio-robo con agravantes, en perjuicio de Mildret Rojas Caqui; autor del delito contra la fe pública-uso de documento falso, en agravio del Estado.

En la Sentencia de la Sala encontramos algunos razonamientos trascendentales, como son:

- Se aprecia que los jueces de la Sala Penal Liquidadora permanente de Huaraz no realizaron la debida apreciación de los cuatro hechos atribuidos a los procesados absueltos, ni compulsaron de forma apropiada todos los elementos de prueba que obran en autos.

- El Tribunal de instancia, para justificar la sentencia impugnada, esgrime motivación insuficiente para ratificarla. Por lo que es necesario que se lleve a cabo un nuevo juicio oral, en la que se recabarán las declaraciones de los agraviados y testimonio de los testigos.
- Existen deficiencias en la dosificación de las penas impuestas a los encausados Pérez Gálvez y Rodríguez Diestra. Al respecto, cabe señalar que el Colegiado Superior, al analizar dicho aspecto aplicó incorrectamente el sistema de tercios previstos en el Código Penal.
- En el momento de determinarse la pena final concreta corresponde otorgar a dicha interpretación jurisprudencial el carácter de precedente vinculante en aplicación.

11.- Pleno Jurisdiccional Distrital en materia penal, organizada por la Corte Superior de Justicia de Áncash, el 30 de Setiembre del 2016, sobre el tema: reincidencia y habitualidad, ¿para que los hechos punibles sean computados en la habitualidad, basta con que exista un proceso penal pendiente en cualquier etapa en el que se encuentre, o es necesario que mínimamente se haya demostrado su responsabilidad? Después de un debate y análisis entre los magistrados el pleno llegó a la siguiente conclusión:

Para considerar una persona habitual es necesario determinar que los hechos se encuentren debidamente probados y haya existido una declaratoria de responsabilidad, es decir, no es posible admitir una habitualidad con la simple denuncia, con la disposición de formalización de la investigación preparatoria o acusación fiscal, pues afectaría el principio de presunción de inocencia.

El Pleno garantiza el debido proceso y la protección del derecho de presunción de inocencia del investigado, por ende, se busca que el Derecho penal debe intervenir cuando los hechos se encuentran debidamente probados y exista una declaratoria de responsabilidad.

13.- El Pleno Jurisdiccional Distrital en materia penal, organizada por la Corte Superior de Justicia de Áncash, el 19 de octubre del 2018, sobre el tema: revocación de la reserva de fallo condenatorio con pena privativa de libertad con carácter de efectiva por incumplimiento de reglas de conducta. Después de la ponencia, debate y votación entre los magistrados presentes del Pleno Jurisdiccional Distrital, el pleno adopto por mayoría simple, lo siguiente: “Corresponde revocar el régimen de prueba y dictar el fallo condenatorio con pena privativa de libertad efectiva, ante el incumplimiento de las reglas de conducta dictadas en una sentencia con reserva de fallo condenatorio”. Es así, la reserva de fallo condenatorio constituye una medida alternativa a la pena privativa de la libertad; por consiguiente, se da cuando el magistrado pondera el “principio de intervención mínima” penal en la administración de justicia, en razón a la corta duración de la pena, por la mínima lesividad, o cuando la conducta del autor no amerita la pena privativa de libertad efectiva.

14.- El Pleno Jurisdiccional Distrital en materia penal, organizada por la Corte Superior de Justicia de Áncash, el 19 de octubre del 2018, sobre el tema: necesidad de reevaluar la aplicación de la terminación anticipada en la etapa intermedia del Código Procesal Penal. Después de la ponencia, debate y votación entre los magistrados presentes del Pleno Jurisdiccional Distrital, el pleno adopto por mayoría, lo siguiente:

Si es procedente, desde una interpretación amplia, pues el fin de la terminación anticipa; pues el fin de la terminación anticipa es evitar etapas y audiencias innecesarias; además deben tenerse en cuenta la carga procesal que afrontan las fiscalías y juzgados en todo el País, así como las circunstancias especiales presentadas en la etapa intermedia como es el caso del reo ausente, de la acusación directa o de la integración o subsanación de la acusación fiscal.

El pleno valoró que “la aceptación de responsabilidad por parte del imputado del hecho punible y la posibilidad de negociación acerca de las circunstancias del hecho punible, la pena, la reparación civil y las consecuencias accesorias es factible aplicar el proceso especial”. (Ley 30963). Por consiguiente, aplicar la terminación anticipada tiene como resultado una reparación oportuna a la víctima y en un plazo razonable. Evidentemente, el fortaleciendo de este proceso especial responde al desarrollo del paradigma pospositivista, aunque en algunos delitos como en la explotación sexual se ha impedido su aplicación.

15.- El Pleno Jurisdiccional Distrital en materia penal, organizada por la Corte Superior de Justicia de Áncash, el 12 de diciembre del 2014, sobre el tema: Plazo de suspensión de la ejecución de la pena mayor a la pena impuesta. ¿Es posible fijar un plazo de suspensión de la ejecución de la pena mayor a la pena impuesta? Después de la ponencia, debate y votación entre los magistrados presentes del Pleno Jurisdiccional Distrital, el pleno adoptó por mayoría, lo siguiente:

No, no es posible. Toda vez que no resultaría congruente y coherente que cumplido el plazo de la pena siga aún pendiente el período de suspensión de la pena, lo cual inclusive podría afectar derechos como el debido proceso que le asiste a un justiciable.

Hay una estrecha relación entre la pena impuesta y suspensión de la ejecución de la pena, una depende de la otra, según el magistrado Prado Saldarriaga “las reglas y obligaciones deben ser cumplidas por el sentenciado, durante el plazo de tiempo que se disponga en el fallo denominado período de prueba”. La implementación de la suspensión de la pena es algo positivo, en sentido que presenta una valoración político criminal razonable del magistrado; pero desde el año 2013, esta valoración es inaplicable a los funcionarios o servidores condenados por colusión o peculado. La tendencia de fortalecer la suspensión de la ejecución de la pena responde a un criterio de valoración y reconocimiento pospositivismo del principio mínima intervención penal; ya que en la actualidad algunas prisiones están produciendo internos avezados, contrarias a los fines principales de la pena.

16.- XI Pleno Jurisdiccional de las Salas Penales Permanente, transitoria y especial, organizado por la Corte Suprema de Justicia de la República, Acuerdo Plenario N° 01-2019/CIJ-116, el 10 de septiembre de 2019, sobre el tema: Prisión preventiva: presupuestos y requisitos. En el desarrollo sobre la definición y alcances de la prisión preventiva se subraya ideas ya abordadas en otras sentencias anteriores y en la dogmática penal, como son: la prisión preventiva como una institución procesal de relevancia constitucional que sólo puede fundarse en la necesidad de asegurar la presencia del imputado en el procedimiento penal; la instrumentalidad (alternativa excepcional) de la prisión preventiva evita que sea un fin en sí misma; la prisión preventiva no es una pena anticipada, tampoco cumple las finalidades retributiva o preventiva; la presunción de inocencia como regla de trato procesal exige límites en función a la presencia de sospechas fuertes; el principio de proporcionalidad es el punto de apoyo y pilar fundamental en la regulación de la

prisión preventiva en todo Estado de Derecho; la prisión preventiva es una medida facultativa del juez, que determina basado en la ley y los hechos; y la prisión preventiva como toda medida limitativa de derechos están constituidos por los sub-principios de necesidad, idoneidad y proporcionalidad en sentido estricto. Otra idea esencial del plenario sobre la necesidad, idoneidad y proporcionalidad se encuentra establecido en el numeral 21:

La prisión preventiva será necesaria si, en el caso concreto, es indispensable para el fin de aseguramiento perseguido, siempre que no exista otra medida menos gravosa (comparecencia con restricciones) que cuenten con la misma aptitud o eficacia para asegurar al imputado al proceso –relación medio-medio-. Será idónea si la prisión preventiva permite alcanzar el fin constitucionalmente legítimo y socialmente relevante –relación medio-fin. Será estrictamente proporcional si la prisión preventiva no resulta exagerada o desmedida frente a las ventajas que se obtiene mediante la restricción y el cumplimiento de la finalidad de aseguramiento personal perseguida.

El pleno Jurisdiccional establece como doctrinal legal muchos razonamientos y principios expuestos sobre la prisión preventiva; los criterios establecidos obligan a los magistrados invocar en sus sentencias. Como manifiesta Bruzonne (2016) que las causas que justifican la prisión preventiva del ser humano imputado está relacionado con los fines del proceso, por ende, la coerción estatal será racional y proporcional en conexión directa con los fines del derecho penal.

17.- La Comisión de Defensa y Protección al Consumidor del Indecopi emitió la sentencia 2030-2006/CPC, advirtiendo que, el derecho penal “es instrumento de control de *ultima ratio* no pudiendo perseguirse toda conducta ilícita si los conflictos

sociales pueden ser dirimidos en otra vía ajena a la pena”. Este razonamiento jurídico postpositivista ha sido estimado por muchos magistrados de diferentes instancias, aunque algunos de ellos, se desvinculan de la naturaleza y alcances del derecho penal por razones políticos, ideológicos, laborales y entre otros, o simplemente por temor de no incurrir al delito de prevaricato. En efecto, en la sentencia se enfatiza el principio de intervención mínima penal.

18.- La Corte Suprema en la casación N° 1640-2019/nacional ha realizado importantes precisiones sobre los dos requisitos de la prisión preventiva: riesgo de fuga y peligro procesal, teniendo en cuenta los alcances, condiciones y exigencias procesales tipificados en el Acuerdo Plenario 01-2019/CIJ-116. La Corte insiste que para los dos requisitos deben valorarse en concreto y de manera individualizada, así para determinar la solidez del peligro, el juez debe tener un estándar de convencimiento con una sospecha fuerte. “El estándar de convencimiento del juez, las circunstancias acreditativas del riesgo, ha de ser siempre el de sospecha fuerte, no de un convencimiento cabal”. Por consiguiente, es necesario contar con datos relevantes que manifiesten razonablemente la posibilidad concreta de una fuga o del peligro efectivo.

19.- Ley N° 29499 fue publicada el 18 de enero de 2010 que establece la vigilancia electrónica personal, teniendo como objetivo ser un mecanismo de control, “monitorear el tránsito tanto de procesados como de condenados, dentro de un radio de acción y desplazamiento, teniendo como punto referencia el domicilio o lugar que señalen estos”. Es así, el juez pedido de parte o de oficio podrá convertir la pena privativa de libertad en pena de vigilancia electrónica personal, siendo un día de privación de libertad por un día de vigilancia electrónica personal. La promulgación de la Ley N° 29499 ha obligado realizar las modificaciones en el

derecho penal sustantivo y adjetivo, por consiguiente, esto significa la atención política de la finalidad de la pena reconocidas en nuestra Constitución Política Art. 139 y también a los principios de humanidad, razonabilidad y el principio de intervención mínima penal. También en esta línea y atendiendo a los principios de justicia en el año 2017 se promulga el Decreto Legislativo N° 1322 con la finalidad de disminuir los niveles de hacinamiento en los establecimientos penitenciarios, el Decreto Legislativo señala “a través de la vigilancia electrónica sobre personas procesadas o condenadas, disminuyendo los costos de medidas penales como el internamiento y efectivizando las medidas cautelares o de los beneficios penitenciarios y, con ello, reducir la reincidencia de aquellos que son monitoreados”, y en igual medida en el año 2020 se llega promulgar Decreto Legislativo N° 1514 que tiene como finalidad:

Modificar Código Penal, el Código Procesal Penal, el Decreto Legislativo N° 1300, Decreto Legislativo que regula el procedimiento especial de conversión de penas privativas de libertad por penas alternativas, en ejecución de condena, y el Decreto Legislativo N° 1322, Decreto Legislativo que regula la vigilancia electrónica personal; para optimizar la evaluación y utilización de dicha medida por parte de los jueces penales, como alternativa a la prisión preventiva, en el caso de las personas procesadas, y como pena sustitutoria a la de prisión efectiva, para el caso de las personas sentenciadas y de aquellos que se acogen a un beneficio penitenciario, conversión de pena o cualquier otra medida de liberación anticipada.

Por consiguiente, la promulgación de la ley sobre la vigilancia electrónica personal (grilletes) y sus distintas modificatorias en los últimos años responde a la atención y observancia de la política penal, pero más aun al principio de mínima

intervención penal. Pero la normativa será eficaz en todos sus extremos, siempre en cuando, se desarrolle una política criminal y la política criminológica, esto hace sostenible en el tiempo.

20.- Otro de los de los Decretos Legislativos que responde o encarna el espíritu del principio de intervención mínima penal es el D.L 1513 , ya que tiene como objetivo principal de la promulgación:

Establecer un cuerpo de disposiciones de carácter temporal o permanente, que regulan supuestos excepcionales de cesación de prisión preventiva, remisión condicional de pena, beneficios penitenciarios y de justicia penal juvenil; así como sus respectivos procedimientos especiales cuando corresponda, en el marco de la emergencia sanitaria nacional por el COVID-19.

Efectivamente, la intención va con el deshacinamiento de la población penitenciaria, ante todo, la finalidad principal es preservar la vida, la salud y la integridad de las personas internas. Es así, la cesación de la prisión preventiva es para todos los internos que se encuentran en calidad de investigados y para los condenados procede la remisión condicional de la pena, sin duda, para los dos casos (investigados y condenados) hay supuestos que establece el Decreto Legislativo, y por último, el Decreto Legislativo también considera los beneficios penitenciarios de semilibertad y liberación condicional de los internos que se encuentren en las etapas de tratamiento de mínima y mediana seguridad del régimen cerrado ordinario, y no se encuentren dentro de los supuestos de exclusión previstos en el artículo 50 del Código de Ejecución Penal. Además, el artículo 12 del Decreto dispone sobre la Redención excepcional de la pena de los condenados:

“los que tengan condición de primarios, y se encuentren en etapa de mínima o mediana seguridad del régimen cerrado ordinario, redimen la pena mediante la educación o el trabajo, a razón de un día de pena por un día de estudio o labor”. Efectivamente, el Decreto Legislativo 1513 atiende los principios y derechos reconocidos en la Constitución Política, y específicamente, al principio de intervención mínima penal.

3.11 Las entrevistas y encuestas

Con la finalidad de ampliar el análisis del desarrollo de la presente investigación, en cuanto la influencia de los paradigmas jurídicos positivismo y postmodernismo en las decisiones de los magistrados, se ha realizado las entrevistas y encuestas con fines de recoger la percepción de los abogados especialistas en la materia penal.

Los interrogantes planteados en la entrevista materia de análisis, fueron los siguientes:

- 1.- ¿Cómo define Ud. El “principio de intervención mínima” o *ultima ratio* del derecho penal?
- 2.- ¿Usted Considera que hay evolución en la observancia del “principio de intervención mínima” penal o *ultima ratio* entre los siglos XIX, XX y XXI?
- 3.- ¿Usted considera que los principios de mínima intervención penal o criterios de *ultima ratio* están tipificados en el ordenamiento jurídico peruano?
- 4.- ¿Usted considera que los fiscales, defensores de la legalidad, ejercitan la acción penal ponderando el “principio de intervención mínima” penal?

5.- ¿Cree usted que los jueces imparten justicia considerando el “principio de intervención mínima” penal o *ultima ratio*?

6.- ¿Cree usted que existe una política criminal peruana adecuada que responda a un sistema integral de defensa y protección de los bienes jurídicos?

7.- ¿Cree usted que los gobiernos se preocupan por la implementación de los programas de prevención social de la violencia y del delito?

8.- ¿Cree usted que los ciudadanos conocen y valoran la existencia del “principio de intervención mínima” penal?

3.11.1 De los entrevistados y encuestados.

Para los fines del presente trabajo de investigación se han seleccionado algunos profesionales de derecho ‘abogados litigantes’, siendo para la entrevista los 25 abogados, a nivel del Distrito Judicial de Ancash y Lima Norte, expertos en la materia por su ejercicio profesional, siendo los siguientes profesionales:

Tabla 1

Lista de abogados de la entrevista y encuesta

N°	Apellidos y nombres	Género	Experiencia profesional
01	Acuña López, Roberto	M	12 años
02	Bardales Castillo, Eusebio	M	12 años
03	Colchado Blas, Angélica	F	06 años
04	Dimas García, Alejandra.	F	05 años
05	Espinoza Huerta, Milcerio Juan	M	11 años
06	García Livaque, Luz	F	12 años
07	García López, Edgar	M	06 años

08	Girón Domínguez, Hayde	F	8 años
09	Loli Moreno, Carlos Rober	M	15 Años
10	Lula Velásquez, Hayde	F	6 años
11	Llanqui Pastor, Tirsa	F	05 años
12	Margarito Pastor, Rossmery	F	07 años
13	Medina Villanueva, Esmeralda.	F	06 años
14	Melgarejo Saavedra, Rafaela.	F	04 años
15	Minaya López, Juan Carlos	M	05 años
16	Osorio Espinoza, Gina	F	07 años
17	Pajuelo Sifuentes, Esther	F	09 años
18	Pastor Medina, Luz	F	16 años
19	Quiñones Huaman, Criseyda Valeria	F	09 años
20	Ruiz Sánchez, Michael	M	12 años
21	Santos Vera, Luis	M	09 años
22	Vargas Vargas, Edgar	M	11 años
23	Vásquez Agüero, Jair	M	07 años
24	Villanueva Rodríguez, Miguel	M	11 años
25	Zarzosa Santos, Pedro.	M	09 años

Nota: Elaboración propia.

3.11.2 Resultado y análisis de las entrevistas

Primera pregunta: ¿Cómo define Ud. El principio de intervención mínima o “ultima ratio” del derecho penal?

Al respecto la mayoría de los abogados, por no decir todos, concuerdan en que el “principio de intervención mínima” penal y *ultima ratio* están vinculados de manera esencial. Además, el “principio de intervención mínima” está relacionada con el principio de lesividad y con el principio de subsidiaridad; en esta lógica los abogados manifiestan que no toda conducta humana debe ser pasible de sanción penal y de la pena propiamente dicha. El abogado Villanueva Rodríguez en la

entrevista indica que el “principio de intervención mínima” penal no es más que la positivización subjetiva de la característica más importante del derecho penal como *ultima ratio*.

Otro punto esencial que consideran los abogados es la razón de su existencia o la función que cumple en un Estado de Derecho como un principio que delimita o controla los alcances de la potestad punitiva del Estado a través de los aparatos persecutorios o sancionadores como son el Ministerio Público y Poder judicial. Es así, sin la existencia del “principio de intervención mínima” el Estado puede emanar su poder de una forma descontrolado. En esa línea indica abogado Espinoza Huerta que “invocar dicho principio nos pone en atenta capacidad de poder dar límite a determinados actos que son innecesarios perseguirlos penalmente, toda vez que la regla general del derecho penal debe tener carácter de *ultima ratio*, y ello con racionalidad y con proporcionalidad. Por consiguiente, todos los abogados convienen que el derecho penal debe ser el último instrumento a la que la sociedad recurra para la protección de los determinados bienes jurídicos, siempre y cuando no haya otras formas de control menos lesivas se aplicará. En efecto, si se logra la misma eficacia disuasiva a través de otros medios menos gravosos, la sociedad deberá inhibirse de recurrir a su instrumento más intenso, como es el derecho penal.

Segunda pregunta: ¿Usted Considera que hay evolución en la observancia del “principio de intervención mínima” penal o “ultima ratio” entre los siglos XIX, XX y XXI?

En esta pregunta los especialistas en la materia tienen dos posiciones, un grupo mayor considera que hay evolución paulatina en la observación del “principio de intervención mínima” penal, iniciando desde la ilustración siglo XVIII hasta la

actualidad, ha sido necesario para sentar las bases del derecho penal de corte garantista; muestra de ello, está la Declaración Universal del Hombre y del ciudadano de 1789 que señala en el Art. 8° “La Ley no debe establecer otras penas que las estricta y evidentemente necesarias”. Además, agregan los abogados de esta perspectiva que la existencia del Estado Democrático responde a la evolución adecuado en la concepción y reconocimiento de los derechos naturales del hombre, una evidencia de ello, está en la existencia del “principio de intervención mínima” penal y la de *ultima ratio*, y también otras garantías procesales de seguridad jurídica (debido proceso, igualdad ante la ley, imparcialidad del juez, publicidad, etc). Otro de los nuevos avances en el derecho sería el nacimiento y evolución del derecho penal económico, cuyo uso eficiente y eficaz traería en la actualidad resultados positivos en la solución de los conflictos. Si no hubiese avanzando el derecho, en la actualidad no estaríamos hablando sobre la igualdad de los ciudadanos ni mucho menos de los derechos fundamentales de todos.

Otro grupo menor de los abogados (04 abogados) consideran que la observancia del “principio de intervención mínima” penal o *ultima ratio* no ha avanzado considerablemente en lo fáctico, podría haber avanzado moderadamente en el campo dogmático y legislativo, pero encontramos en los centros penitenciarios inocentes sentenciados y una multitud de personas reclusos a través de la prisión preventiva; de hecho que existe fiscales y abogados carceleros que no brindan las garantías necesarias en la investigación, en muchos casos, in limine se ha quebrantado el derecho a la presunción de inocencia. Si la mayoría de la población, políticos, fiscales y jueces consideran que el mecanismo adecuado de control de la delincuencia es el incremento de las penas o la tipificación de los nuevos delitos, eso es un indicador que no hemos avanzado lo suficiente en el siglo XXI. Es así, la

abogada Girón Domínguez concluye sentenciando que “parece inaudito hablar del sistema de corte garantista si con graves sospechas al ciudadano le dan prisión preventiva, creo eso se llama corte inquisitivo”.

Tercera pregunta: ¿Usted considera que los principios de mínima intervención penal o criterios de “ultima ratio” están tipificados en el ordenamiento jurídico peruano?

En este punto todos los abogados entrevistados concuerdan, indican que la facultad de castigar que tiene el Estado no puede tener carácter ilimitado, sus límites se encuentran en una serie de garantías fundamentales que están tipificados en la Constitución Política del Perú y en los Tratados internacionales de los Derechos Humanos. Los principios generales de carácter garantista (principio de legalidad, “principio de intervención mínima”, principio de culpabilidad y el principio “non bis in ídem”) ejercen la función de orientación e información a la ciencia del derecho penal, evidentemente, con la inspiración de los principios generales del derecho podrá ejercer su función en marco de los alcances y límites.

Doctor Osorio Espinoza en la respuesta a este interrogante hace referencia el recurso de Nulidad N°3004-2012 Cajamarca “el derecho penal peruano está enmarcado en el principio de intervención mínima, lo que supone que el ejercicio del poder punitivo tiene que ser el último recurso disuasivo del Estado”. Por consiguiente, el “principio de intervención mínima” penal está presente en la doctrina y jurisprudencia peruana para manifestar que el Derecho Penal ha de someterse a aquello a estrictamente sea necesario en término de utilidad social, es decir, el derecho penal muestra su carácter subsidiario respecto de otras ramas del ordenamiento jurídico.

Cuarta pregunta: ¿Usted considera que los fiscales, defensores de la legalidad, ejercitan la acción penal ponderando el principio de intervención mínima penal?

Los abogados a este interrogante responden de manera similar, señalan que la actuación fiscal no sólo debe estar obligados a ser garantes de la legalidad sino también ejercer su función en marco de los principios generales del derecho, sin embargo, existen muchos fiscales peruanos que se alejan del criterio racional de lo que es el “principio de intervención mínima”. Pero también indican los abogados que no pueden generalizar esa afirmación ya que existen fiscales, aunque pocos, que consideran en su razonamiento los principios fundamentales del derecho, en razón que dotan de una interpretación amplia y responsable de las ciencias jurídicas. Es positivo que algunos fiscales impulsen aplicar los procesos especiales establecidos en el nuevo Código Procesal Penal como son: el principio de oportunidad, la terminación anticipada y la conclusión anticipada; efectivamente, estas medidas evitarán una innecesaria persecución punitiva del Estado para resolver algunos delitos.

Quinta pregunta: ¿Cree usted que los jueces imparten justicia considerando el principio de intervención mínima penal o “ultima ratio”?

La función del Juez es hacer control de la legalidad, si en caso que el filtro de la fiscalía falla en la observación de los parámetros o garantías constitucionales, el ámbito judicial “los jueces” no puede incurrir al error; sin duda, esto es la meta o el objetivo principal en la administración de la justicia; sin embargo, en la realidad fáctica existen muchos jueces en diferentes Distritos Judiciales que no son garantes en la observancia de los principios reconocidos en nuestra Constitución, así incumpliendo sus deberes establecidos en la Ley Orgánica de la Institución, donde

establece específicamente que los magistrados deben asegurar el cumplimiento y pleno respeto de las garantías constitucionales.

Algunos entrevistados consideran que esta situación de no consideración por algunos magistrados del “principio de intervención mínima” penal se ha generado en razón que no hay unidad de criterios judiciales, pese que la Carta Magna señala que se debe observar los criterios jurisdiccionales, de no hacerlo debe fundamentar los razones. En esta línea, abogado Vargas Vargas afirma: “en nuestra Nación aún de esa mala práctica de elementos nocivos, pues los magistrados comenten errores, tras errores, no es una cuestión de interpretación normativa o de principios solamente; sino que trae otros elementos oscuros, ambiguos y muchas veces corrupción”. Es así, concuerdan los abogados en señalar que el ejercicio profesional de los jueces muchas veces está motivado por intereses personales o presiones por los medios de comunicación; esto hace desvirtuar la interpretación objetiva del caso y la inaplicación de los principios generales del derecho, no obstante, la función de los magistrados es promover y mantener condiciones adecuadas de estructura y funcionamiento en la administración de justicia.

Sexta pregunta: ¿Cree usted que existe una política criminal peruana adecuada que responda a un sistema integral de defensa y protección de los bienes jurídicos?

En este punto todos los abogados concuerdan que, en nuestro Estado Peruano no existe una política criminal como tal, a pesar que es importante y necesario contarla; mientras no se camine como Estado Democrático bajo los criterios serios y sostenibles, lo único que se hará es apaciguar con demagogia las grandes brechas

sociales como son: la delincuencia común, crimen organizado, feminicidio, entre otros delitos.

Los abogados entrevistados consideran que, la no existencia de la política criminal estatal se debe por falta de identidad, institucionalidad y compromiso de las autoridades, sabiendo que el entorno social es germen de la criminalidad. Perú no debe ser ajeno a las preocupaciones y añoranzas generalizadas en las diferentes sociedades del siglo XXI. La preocupación se fundamenta en que la Política criminal tiene un contenido integral y multidisciplinario, constituye para su desarrollo e implementación profesionales de diferentes especialidades tales como: psicología, educación, sociología, derecho, antropología, etc. Sólo la existencia de una política criminal permitirá la verdadera protección de los bienes jurídicos, forjando un sistema integral de defensa. Por consiguiente, para que el “principio de intervención mínima” tenga predominio y realidad en la administración de justicia será necesario la implementación de la política criminal, mientras tanto, será un derecho penal simbólico o se terminará desarrollando derecho penal del enemigo, adverso a un Estado de Derecho.

Séptima pregunta: ¿Cree usted que los gobiernos se preocupan por la implementación de los programas de prevención social de la violencia y del delito?

En este punto hay dos perspectivas en los abogados; primero, hay tres abogados que consideran que se está trabajando en la implementación de los programas de prevención social (ámbito teórico), pero no se hace efectivo en la realidad; las mismas programas se presentan muchas falencias, tenemos una de ellas: la educación se encuentra en las situaciones críticas, aunque estamos en la sociedad del XXI “era del conocimiento” hay niños que no tienen acceso a la educación o

desertan por diversos temas, esto sucede en nivel primaria, secundaria y superior. La segunda perspectiva sostenida por los siete abogados está en que no hay implementación de los programas de prevención social porque no hay una política criminal; estos podrían ser por el agotamiento del esfuerzo o simplemente no hay interés en contenidos de mayor importancia. Uno de los países de América Latina que está trabajando en contenidos de criminalidad y criminología es México.

El fuerza demostrado o emanado de los poderes del Estado (Ejecutivo, Legislativo y Judicial) está esencialmente basado en la represión o mecanismo coercitivo; evidentemente es de índole punitiva. La despreocupación en la implementación de los programas de prevención social podría estar causado por el costo que ocasiona para el Estado; por ello, el Estado termina haciendo primero “acción represiva” lo que en realidad debe hacer como última medida. En esta línea, doctor Pomar Sánchez indica que no habría proliferación de la delincuencia si hay oportunidades laborales para todos los jóvenes y también si todos los lugares públicos están con alumbrado. Es así, es fundamental que el Estado implemente los estudios de la criminología, sólo así podemos realizar un estudio serio y sistematizado acorde a nuestra realidad nacional y regional, talvez se puede tomar algunas ideas extranjeras como referencias, pero sin copiar la totalidad de la política; nuestra realidad tiene su singularidad de problemas y posibilidades.

Octava pregunta: ¿Cree usted que los ciudadanos conocen y valoran la existencia del principio de intervención mínima penal?

En este interrogante todos los abogados concuerdan en manifestar que los ciudadanos comunes y también los profesionales que no son de derecho, no conocen extensamente sobre la naturaleza del “principio de intervención mínima” penal o *ultima ratio*, pero indican que los ciudadanos emiten juicios de valoración

sobre la gravedad de los delitos y los riesgos de ocasionan la comisión de los delitos en la sociedad. Entonces, podemos inferir que falta un conocimiento sistemático dentro de los parámetros normativos en marco de un Estado de Derecho. En esta línea, doctor Espinoza Huerta afirma que los ciudadanos aclaman permanentemente al gobierno el incremento de las penas, si fuese necesario que impongan cadena perpetua o pena de muerte para algunos delitos; evidentemente, el populum sigue creyendo en las ideas utópicas en que la imposición de las penas severas dará resultados positivos para controlar la delincuencia. El ejemplo claro de las intenciones de la sociedad está en el respaldo en las candidaturas de Ollanta Humala y ahora de su hermano Antauro Humala por las propuestas severas contra los delitos que invaden a la sociedad.

3.11.3 Resultados y análisis de las encuestas

El instrumento de medición que se empleó fue Escalamiento de tipo Likert y sus respectivos indicadores, como se presenta en el siguiente cuadro:

Tabla 2

Instrumento de medición Escalamiento de tipo Likert.

Indicadores de estudio	Valoración				
1.-Existe definición o conceptualización sobre el “principio de intervención mínima” o <i>ultima ratio</i> del derecho penal.	Muy de acuerdo (5)	De acuerdo (4)	Ni de acuerdo ni en desacuerdo (3)	En desacuerdo (2)	Muy en desacuerdo (1)

- 2.- Hay evolución en la observancia del “principio de intervención mínima” penal o *ultima ratio* entre los siglos XIX, XX y XXI. (5) (4) (3) (2) (1)
- 3.- Los principios de mínima intervención penal o criterios de *ultima ratio* están tipificados en el ordenamiento jurídico peruano. (5) (4) (3) (2) (1)
- 4.- Los fiscales, defensores de la legalidad, ejercitan la acción penal ponderando el “principio de intervención mínima” penal. (5) (4) (3) (2) (1)
- 5.- Los jueces imparten justicia considerando el “principio de intervención mínima” penal o *ultima ratio*. (5) (4) (3) (2) (1)
- 6.- Existe una política criminal peruana adecuada que responda a un sistema integral de defensa y protección de los bienes jurídicos. (5) (4) (3) (2) (1)
- 7.- Los gobiernos se preocupan por la implementación de los programas de prevención social de la violencia y del delito. (5) (4) (3) (2) (1)

8.- Los ciudadanos conocen y valoran la existencia del “principio de intervención mínima” penal. Muy de acuerdo (5) De acuerdo (4) Ni de acuerdo ni en desacuerdo (3) En desacuerdo (2) Muy en desacuerdo (1)

Nota: Elaboración propia.

La aplicación del instrumento de medición dio como resultado la frecuencia y porcentaje de los ítems presentados, cuyos resultados se presenta en las siguientes tablas y figuras:

Tabla 3

Evolución en la observancia del principio de intervención mínima del derecho penal en el positivismo y posmodernismo - Perú

	Frecuencia	Porcentaje	Porcentaje válido	Porcentaje acumulado
En desacuerdo	3	12%	12%	12%
Ni de acuerdo ni en desacuerdo	8	32%	32%	44%
De acuerdo	8	32%	32%	76%
Muy de acuerdo	6	24%	24%	100%
Total	25	100%	100%	

Nota: Elaboración propia.

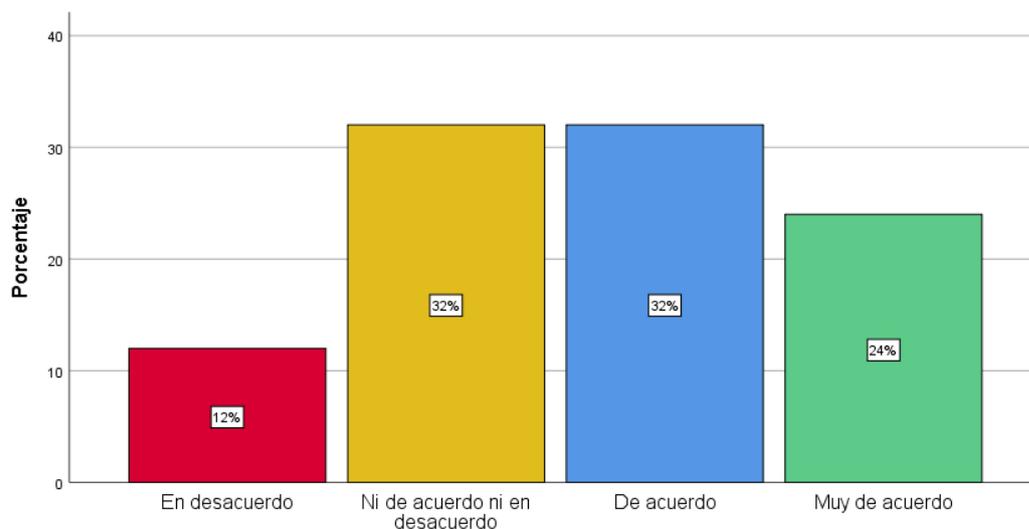


Figura 1. Evolución en la observancia del principio de intervención mínima del derecho penal en el positivismo y posmodernismo - Perú. Elaboración propia.

Interpretación:

En la tabla 3 y en la figura 1, evidencian la distribución de los resultados del análisis. Los valores que corresponde al ítem “ni de acuerdo ni en desacuerdo” corresponde porcentaje de 32% y con frecuencia de 8, en igual medida se encuentra ítem “de acuerdo” con un porcentaje de 32% y con frecuencia de 8, en nivel inferior se encuentra el ítem “muy de acuerdo”, siendo porcentaje 24% y con frecuencia de 6; y por último, se encuentra debajo de todos el ítem “en desacuerdo”, siendo un porcentaje de 12% y con frecuencia de 03.

Tabla 4

Existe definición o conceptualización sobre el “principio de intervención mínima” o ultima ratio del derecho penal.

	Frecuencia	Porcentaje	Porcentaje válido	Porcentaje acumulado
De acuerdo	6	24%	24%	24%

Muy de acuerdo	19	76%	76%	100%
Total	25	100%	100%	

Nota: Elaboración propia.

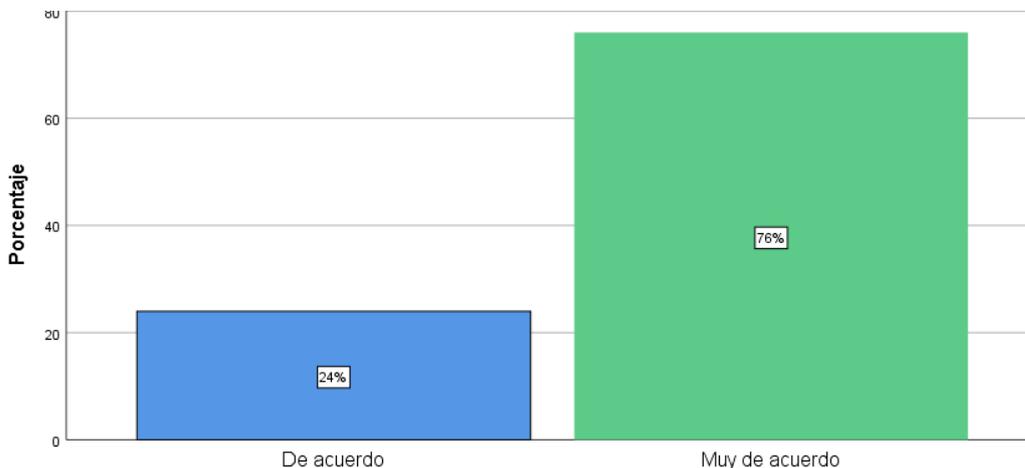


Figura 2. Existe definición o conceptualización sobre el “principio de intervención mínima” o ultima ratio del derecho penal. Elaboración propia.

Interpretación:

En tabla 4 y en la figura 2, muestran la distribución de los resultados correspondiente al indicador: “existe definición o conceptualización sobre el “principio de intervención mínima” o *ultima ratio* del derecho penal”. Los valores que corresponde al ítem “Muy de acuerdo” corresponde porcentaje de 76 % y con frecuencia de 19, en igual medida se encuentra ítem “de acuerdo” con un porcentaje de 24% y con frecuencia de 6, y no aparecen otros ítems.

Tabla 5

Hay evolución en la observancia del “principio de intervención mínima” penal o ultima ratio entre los siglos XIX, XX y XXI.

Frecuencia	Porcentaje	Porcentaje válido	Porcentaje acumulado
a	e	válido	acumulado

En desacuerdo	4	16%	16%	16%
Ni de acuerdo ni en desacuerdo	7	28%	28%	44%
De acuerdo	11	44%	44%	88%
Muy de acuerdo	3	12%	12%	100%
Total	25	100%	100%	

Nota: Elaboración propia

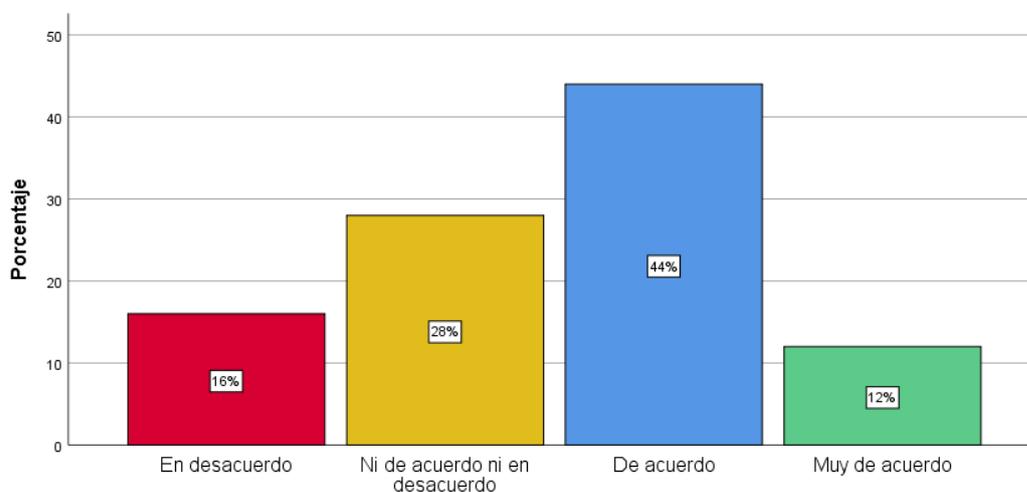


Figura 3. Hay evolución en la observancia del “principio de intervención mínima” penal o ultima ratio entre los siglos XIX, XX y XXI. Elaboración propia.

Interpretación

En tabla 5 y en la figura 3, evidencian la distribución de los resultados correspondiente al indicador: “Hay evolución en la observancia del principio de intervención mínima penal o ultima ratio entre los siglos XIX, XX y XXI”. Los valores que corresponde al ítem “De acuerdo” corresponde porcentaje de 44 % y con frecuencia de 11, debajo de esta se encuentra el ítem “Ni de acuerdo ni en desacuerdo” con un porcentaje de 28% y con frecuencia de 7, y el ítem “en

desacuerdo” tiene un porcentaje de 16% con frecuencia de 4; por último, el ítem “muy de acuerdo” tiene un porcentaje de 12% y con frecuencia de 3.

Tabla 6

Los principios de mínima intervención penal o criterios de ultima ratio están tipificados en el ordenamiento jurídico peruano.

	Frecuencia	Porcentaje	Porcentaje válido	Porcentaje acumulado
De acuerdo	6	24%	24%	24%
Muy de acuerdo	19	76%	76%	100%
Total	25	100%	100%	

Nota: Elaboración propia

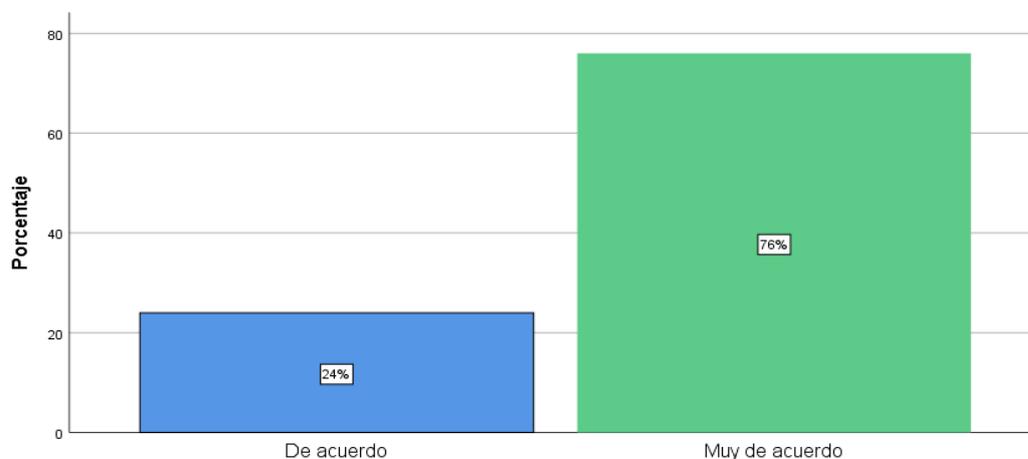


Figura 4. Los principios de mínima intervención penal o criterios de *ultima ratio* están tipificados en el ordenamiento jurídico peruano. Elaboración propia.

Interpretación:

Tabla 6 y figura 4, muestran la distribución de los resultados correspondiente al indicador: “Los principios de mínima intervención penal o criterios de ultima ratio están tipificados en el ordenamiento jurídico peruano”. Los valores que

corresponde al ítem “Muy de acuerdo” corresponde porcentaje de 76 % y con frecuencia de 19, en igual medida se encuentra ítem “de acuerdo” con un porcentaje de 24% y con frecuencia de 6, y no aparecen otros ítems.

Tabla 7

Los fiscales, defensores de la legalidad, ejercitan la acción penal ponderando el “principio de intervención mínima” penal.

	Frecuencia	Porcentaje	Porcentaje válido	Porcentaje acumulado
Muy en desacuerdo	2	8%	8%	8%
En desacuerdo	8	32%	32%	40%
Ni de acuerdo ni en desacuerdo	8	32%	32%	72%
De acuerdo	4	16%	16%	88%
Muy de acuerdo	3	12%	12%	100%
Total	25	100%	100%	

Nota: Elaboración propia

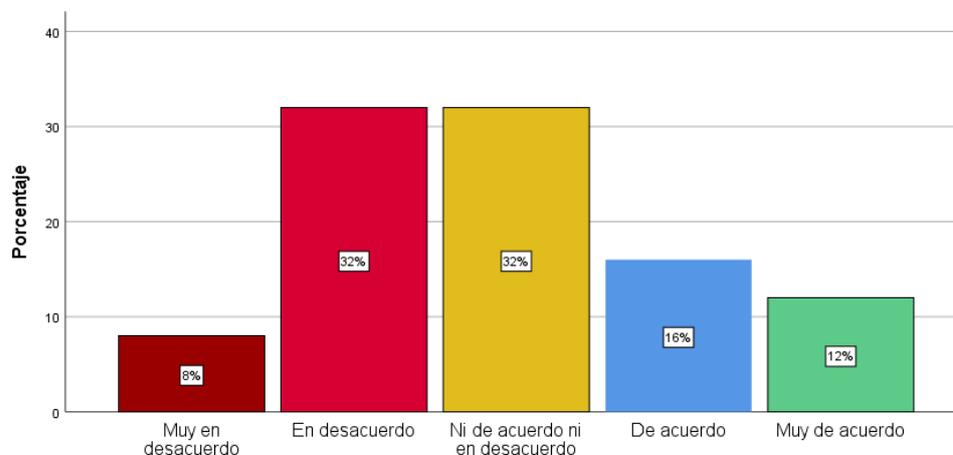


Figura 5. Los fiscales, defensores de la legalidad, ejercitan la acción penal ponderando el “principio de intervención mínima” penal. Elaboración propia.

Interpretación:

Tabla 7 y la figura 5, muestran la distribución de los resultados correspondiente al indicador: “Los fiscales, defensores de la legalidad, ejercitan la acción penal ponderando el principio de intervención mínima penal”. Los valores que corresponde al ítem “En desacuerdo” tiene un porcentaje mayor con 32 % y con frecuencia de 8, y en igual medida se encuentra los valores que corresponde al ítem “Ni de acuerdo ni en desacuerdo” con un porcentaje de 32% y con frecuencia de 8; debajo de esta se encuentra el ítem “De acuerdo” con un porcentaje de 16% y con frecuencia de 4, y el ítem “Muy de acuerdo” tiene un porcentaje de 12% con frecuencia de 3; por último, el ítem “Muy en desacuerdo ” tiene un porcentaje de 8 % y con frecuencia de 2.

Tabla 8

Los jueces imparten justicia considerando el “principio de intervención mínima” penal o ultima ratio.

	Frecuencia	Porcentaje	Porcentaje válido	Porcentaje acumulado
Muy en desacuerdo	3	12%	12%	12%
En desacuerdo	9	36%	36%	48%
Ni de acuerdo ni en desacuerdo	7	28%	28%	76%
De acuerdo	3	12%	12%	88%
Muy de acuerdo	3	12%	12%	100%
Total	25	100%	100%	

Nota: Elaboración propia

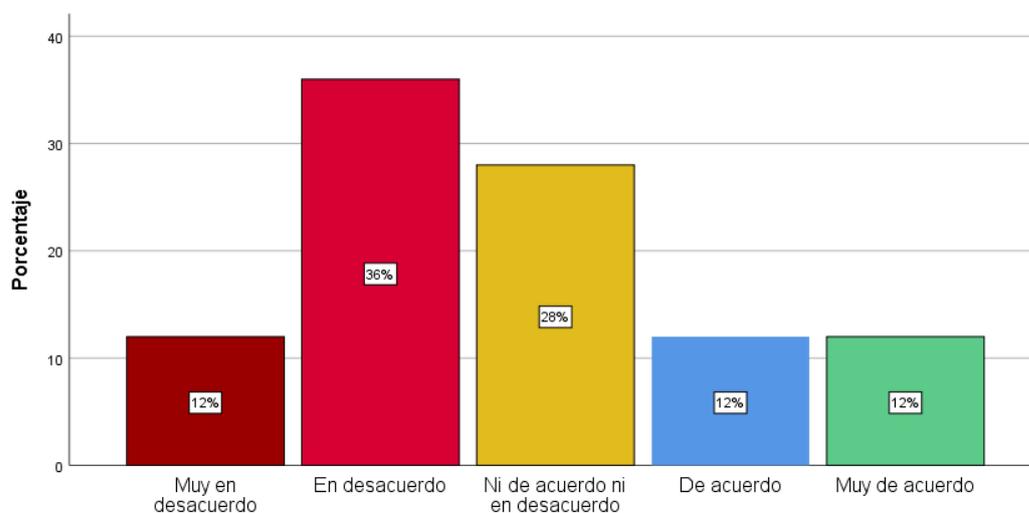


Figura 6. Los jueces imparten justicia considerando el “principio de intervención mínima” penal o ultima ratio. Elaboración propia.

Interpretación:

Tabla 8 y la figura 6, muestran la distribución de los resultados correspondiente al indicador: “Los jueces imparten justicia considerando el “principio de intervención mínima” penal o ultima ratio”. Los valores que corresponde al ítem “En desacuerdo” tiene un porcentaje mayor con 36 % y con frecuencia de 9, y muy próxima se encuentra los valores que corresponde al ítem “Ni de acuerdo ni en desacuerdo” con un porcentaje de 28% y con frecuencia de 7; debajo de esta se encuentran, en igual medida, los tres ítems “De acuerdo”, “Muy de acuerdo” y “Muy de desacuerdo”, cada uno con un porcentaje de 12% y con frecuencia de 3.

Tabla 9

Existe una política criminal peruana adecuada que responda a un sistema integral de defensa y protección de los bienes jurídicos.

Existe una política criminal peruana adecuada que responda a un sistema integral de defensa y protección de los bienes jurídicos.

	Frecuencia	Porcentaje	Porcentaje válido	Porcentaje acumulado
	a	e	válido	acumulado

Muy en desacuerdo	3	12%	12%	12%
En desacuerdo	11	44%	44%	56%
Ni de acuerdo ni en desacuerdo	6	24%	24%	80%
De acuerdo	3	12%	12%	92%
Muy de acuerdo	2	8%	8%	100%
Total	25	100%	100%	

Nota: Elaboración propia

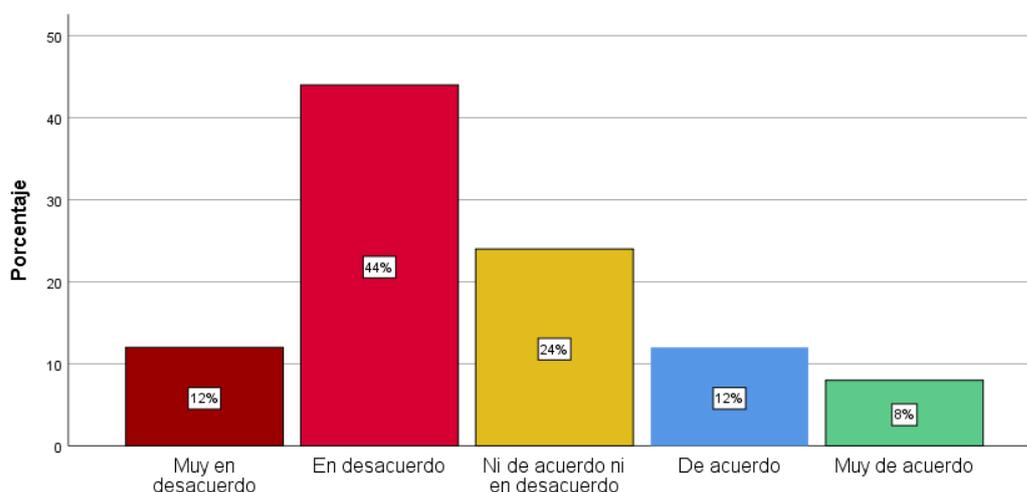


Figura 7. Existe una política criminal peruana adecuada que responda a un sistema integral de defensa y protección de los bienes jurídicos. Elaboración propia.

Interpretación:

Tabla 9 y la figura 7, señalan la distribución de los resultados correspondiente al indicador: “Existe una política criminal peruana adecuada que responda a un sistema integral de defensa y protección de los bienes jurídicos”. Los valores que corresponde al ítem “En desacuerdo” tiene un porcentaje mayor con 44 % y con frecuencia de 11, y debajo de esta se encuentran los valores que corresponde al ítem “Ni de acuerdo ni en desacuerdo” con un porcentaje de 24% y con frecuencia

de 6; los valores que corresponden a los dos ítems “De acuerdo” y “Muy en desacuerdo” tienen cada uno un porcentaje de 12% y frecuencia de 3. Por último, los valores que corresponde al ítem “Muy de acuerdo” tienen un porcentaje de 8% y con frecuencia de 2.

Tabla 10

Los gobiernos se preocupan por la implementación de los programas de prevención social de la violencia v del delito.

	Frecuencia	Porcentaje	Porcentaje válido	Porcentaje acumulado
Muy en desacuerdo	2	8%	8%	8%
En desacuerdo	15	60%	60%	68%
Ni de acuerdo ni en desacuerdo	6	24%	24%	92%
De acuerdo	2	8%	8%	100%
Total	25	100%	100%	

Nota: Elaboración propia

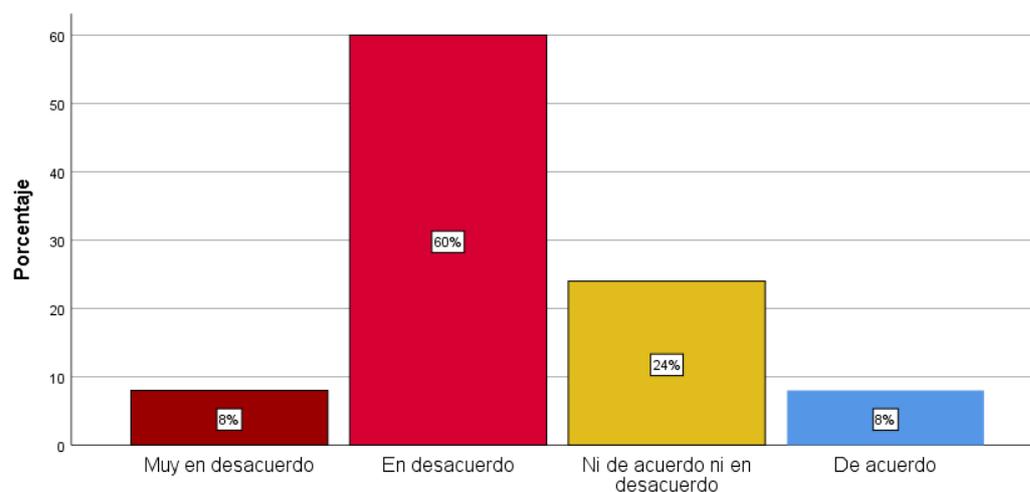


Figura 8. Los gobiernos se preocupan por la implementación de los programas de prevención social de la violencia y del delito. Elaboración propia.

Interpretación:

Tabla 10 y la figura 8, muestran la distribución de los resultados correspondiente al indicador: “Los gobiernos se preocupan por la implementación de los programas de prevención social de la violencia y del delito”. Los valores que corresponde al ítem “En desacuerdo” tiene un porcentaje mayor con 60 % y con frecuencia de 15, y debajo de esta se encuentran los valores que corresponde al ítem “Ni de acuerdo ni en desacuerdo” con un porcentaje de 24% y con frecuencia de 6; los valores que corresponden a los dos ítems “De acuerdo” y “Muy en desacuerdo” tienen cada uno un porcentaje de 8% y frecuencia de 2.

Tabla 11

Los ciudadanos conocen y valoran la existencia del “principio de intervención mínima” penal.

	Frecuencia	Porcentaje	Porcentaje	Porcentaje
	a	e	válido	acumulado
Muy en desacuerdo	3	12%	12%	12%
En desacuerdo	8	32%	32%	44%
Ni de acuerdo ni en desacuerdo	8	32%	32%	76%
De acuerdo	4	16%	16%	92%
Muy de acuerdo	2	8%	8%	100%
Total	25	100%	100%	

Nota: Elaboración propia

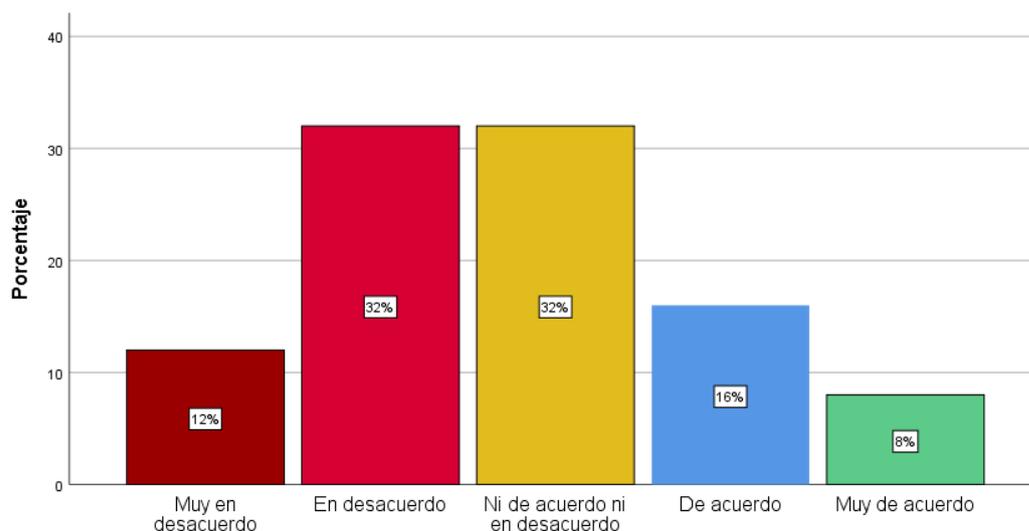


Figura 9. Los ciudadanos conocen y valoran la existencia del “principio de intervención mínima” penal. Elaboración propia.

Interpretación:

Tabla 11 y la figura 9, señalan la distribución de los resultados correspondiente al indicador: “Los ciudadanos conocen y valoran la existencia del “principio de intervención mínima” penal”. Los valores que corresponden a los ítems “En desacuerdo” y “Ni de acuerdo ni en desacuerdo” tienen cada uno un porcentaje de 32 % y con frecuencia de 8, y debajo de esta se encuentran los valores que corresponde al ítem “De acuerdo” con un porcentaje de 16% y con frecuencia de 4; los valores que corresponden al ítem “Muy en desacuerdo” tiene un porcentaje de 12% y frecuencia de 3. Por último, los valores que corresponde al ítem “Muy de acuerdo” tienen un porcentaje de 8% y con frecuencia de 2.

CAPÍTULO IV:

DISCUSIÓN

Atendiendo al primer objetivo específico de la investigación “analizar los aportes de los paradigmas jurídicos positivismo y posmodernismo en relación al principio de intervención mínima penal”, podemos afirmar que el paradigma jurídico positivista ha contribuido lo necesario en el desarrollo de las ciencias penales, en cuanto que las Normas jurídicas responden al poder del soberano y las sanciones que impone el Estado como un acto coactivo constitutivo del deber jurídico; por consiguiente, el positivismo jurídico se conserva en puramente normativo y también justifica su validez en ello, esto ha significado en el tiempo la afectación del principio de mínima intervención penal. En cambio, la posmodernidad jurídica es un sistema abierto para la comprensión de la compleja realidad, por ende, su validez y legitimidad va más allá de la imposición coercitiva formalista, esto significa que, ha colaborado de manera significativa en la comprensión de los alcances y límites del Derecho penal, atendiendo los diferentes principios que fundamentan las ciencias penales, de manera específica el principio de intervención mínima penal. En efecto, las distintas corrientes posmodernas contribuyen en la preservación de los derechos humanos y que el derecho penal sea considerado como una medida de ultima ratio.

Es fundamental considerar que la explicación positivista jurídica tiene su fundamento en la filosofía positivista (XIX), en razón que el positivismo filosófico parte su reflexión a partir de los hechos o fenómenos naturales “realidad en sí misma”, es así, empleando la razón y la experiencia se busca uniformizar creando “leyes” para orden y progreso. Es decir, el positivismo o científico emplea el mismo método de las ciencias naturales para aplicar en el estudio de las ciencias sociales, pero esto ha significado para mucho reduccionismo por negarse en la metodología

particular de las ciencias sociales. Bajo esta lógica, el tiempo es el medio para la emancipación racional o mejorar la explicación de los fenómenos sociales.

De igual manera posmodernismo filosófico ha contribuido en el posmodernismo jurídico, en razón que presenta fin de los grandes relatos de la modernidad, como indica Lyotard: cristianismo (salvación), marxismo (revolución del proletariado), iluminismo (razón) y capitalismo (economía capitalista), por ende, inicia la exaltación de los pequeños relatos, entonces esto significa la fragmentación o multiplicidad de la historia, tales como: dialecto, tradición, feminismo, multiculturalismo, construcción de reglas, individualismo etc. En efecto, también evidencian los límites del conocimiento científico como verdadero y validez de carácter universal, ya que no existen verdades absolutas.

Atendiendo al segundo objetivo específico “Evaluar las decisiones de los magistrados en cuanto la observancia del principio de intervención mínima penal”, sin duda, los paradigmas jurídicos son los que configuran la dimensión cognitiva y comunicativa de los operadores de justicia, ya que se forman bajo los criterios y estándares de los enfoques que predominan en el tiempo, entonces las decisiones, razonamientos y valoraciones de los jueces y fiscales están orientadas o condicionadas por un enfoque determinado, podría ser positivismo, posmodernismo o mixta.

Las distintas sentencias del Poder Judicial y del Tribunal Constitucional, y también los Acuerdo Plenarios Jurisdiccionales organizadas por la Corte Superior de Ancash y por la Corte Suprema de Justicia de la República evidencian el “principio de intervención mínima” o *ultima ratio* del derecho penal, donde el Tribunal Constitucional en reiteradas ocasiones ha deliberado sobre la naturaleza de la prisión preventiva, así llegando considerar como una institución procesal de

relevancia constitucional que sólo puede fundarse por motivos razonables, necesarios, excepcionales, subsidiarias y proporcionales, con las exigencias estrictas para despejar cualquier arbitrariedad; por consiguiente, su función es instrumental (excepcional) y no un fin en sí misma, también el Tribunal ha exhortado reiteradas en veces a los magistrados para que en sus decisiones consideren las medidas menos gravosas. Evidentemente, la postura que plantea el Tribunal Constitucional directamente contraviene con las actitudes o creencias formativas que tienen algunos jueces normativistas, en cuanto que, consideran pena privativa de libertad como una regla general y estrategia de la política criminal. Si bien es cierto, el postulado de los magistrados del Tribunal Constitucional está encaminada en hacer prevalecer los principios generales del derecho penal, como por ejemplo el principio de mínima intervención, presunción de inocencia, principio de legalidad, debida motivación, entre otras.

Algunas sentencias de los jueces contradicen la premisa general del proceso penal, donde “la culpabilidad se prueba y la inocencia se presume”, reformado que la culpabilidad como inocencia se presume, y las pruebas se deja en un segundo plano. Esta perspectiva en un sentido negativo lleva a la predominancia de la pena privativa de libertad, alejándose de alguna posibilidad de las medidas alternativas, como son: el acuerdo reparatorio, el principio de oportunidad y la reserva del fallo condenatorio. Es fundamental que los magistrados como fiscales ponderen el principio de intervención mínima penal en cada caso, por más emblemático o insignificante que sea el caso, y más aún en las prisiones preventivas porque no cumple las finalidades de la pena. Lo cierto, existe en nuestro contexto un fenómeno mediático que oscurece el razonamiento de los magistrados e impiden que actúen con profesionalismo en su sentido estricto. Por tanto, la jurisprudencia

nacional demuestra que la observancia del principio de mínima intervención en Perú no se ha desarrollado plenamente desde el paradigma positivista, ni tampoco desde el paradigma posmodernismo, aún quedan grandes brechas por superar, siendo el desafío del posmodernismo jurídico unificar: sistema normativo (formal), sistema social (real) y el sistema axiológico (valorativo)

En relación a este segundo objetivo específico los entrevistados concuerdan que el derecho penal debe ser el último instrumento que empleen los aparatos de justicia en la protección de los bienes jurídicos. Pero en la realidad la aplicación del principio de intervención mínima de carácter garantista va encaminándose muy lento en nuestro sistema de justicia, al parecer en la práctica sigue perpetrándose el sistema de corte inquisitivo. Si no hay cambio de paradigma con un enfoque posmodernismo jurídico en los actores de justicia, seguirá perpetrándose por unas décadas más la filosofía de la justicia inquisitiva, es así, los entrevistados consideran que los fiscales igual que los jueces en su mayoría no ponderan el principio de intervención mínima, hay pocos fiscales y jueces que si ponderan. Esto nos permite inferir que en su mayoría los fiscales y jueces están lejos de aplicar los principios generales del derecho penal adecuadamente, más que ser garantes de la legalidad y dar protección a los derechos fundamentales, muchas veces son cómplices en la vulneración de las garantías constitucionales.

Atendiendo al tercer objetivo específico: “Analizar las normas sustantivas del Código Penal que afectan al principio de intervención mínima Penal”, efectivamente, en el último quinquenio se han realizado modificaciones legales a algunos de los artículos del Código Penal con la finalidad de elevar las penas, como indica Ríos (2019) “La incorporación de nuevos delitos muchas veces significa que el país desconoce o renuncia la finalidad de la pena que es la resocialización,

pese que está contemplado en la Constitución Política. Los legisladores se olvidan que todo ser humano es falible en sus actos”. Es así, las diversas modificaciones e incorporaciones de nuevos delitos muestran desatención del principio de intervención mínima del Derecho penal. Las causas que ha conducido para el incremento de las penas es la inseguridad e indignación de los ciudadanos, de hecho, una respuesta consoladora es establecer penas cada vez más duras, ya que esto no genera gasto ni mayor esfuerzo para los legisladores.

Como indican los entrevistados y los juristas que la incorporación de nuevos delitos y el incremento de las penas en el Código penal es netamente “populismo punitivo”, con lo cual se busca generar una percepción errónea en la ciudadanía haciendo creer que el medio adecuado y eficaz para atender a los problemas sociales de inseguridad es el endurecimiento de las penas o en cuanto que no exista los beneficios penitenciarios para los internos. De hecho, esta perspectiva de los legisladores y de los medios de comunicación se sustentan en las afirmaciones vertidas por Zaffaroni (s.f.) “La criminología mediática crea la realidad de un mundo de personas decentes frente a una masa de criminales identificada a través de estereotipos, que configuran un ellos separado del resto de la sociedad, por ser un conjunto de diferentes y malos” (p. 4)

Los distintos enfoques del posmodernismo nos llevan a comprender el contexto cosificado como una cuestión urgente de plantear la revolución sistémica, teniendo como centro a la persona humana y el compromiso con la verdad y valores. Sin duda, atender los derechos humanos y los principios del Derecho penal es generar restricción al poder punitivo, y lo cual es justificable por ser un Estado de Derecho. Como subraya Ferrajoli desde un enfoque garantista “la centralidad de la reflexión es la integridad (libertad, dignidad e igualdad) de la

persona humana". Es así, atender adecuadamente el sistema garantista, nos conducirá que la pena privativa de libertad tenga un carácter excepcional en el ejercicio funcional de los operadores de justicia; todos deben estar orientados por "los principios de la legalidad", "presunción de inocencia", "necesidad" y "proporcionalidad". Como reafirma el profesor Caro John (2021) "el Derecho se ha creado para servir a los ciudadanos. Por ello, la prisión preventiva como medida cautelar se debe aplicarse con excepcionalidad, necesidad y racionalidad"

La hermenéutica jurídica desarrollada por las juristas posmodernas influye en el pensar y actuar de los operadores de justicia, tanto de jueces y fiscales de la actualidad. Efectivamente, las divergencias, contradicciones, simplicidades de las resoluciones responden falta de ejercicio hermenéutica de los magistrados, y si no hay praxis significa que no han desarrollado habilidades durante su formación profesional.

Otro aporte importante de los juristas posmodernos es el desarrollo del pensamiento crítico en los magistrados, que permitirá atender los casos de manera consistente y sistemática buscando superar las anomalías jurídicas. Pensar críticamente significa poner en tela de juicio los problemas, estereotipos o prejuicios del contexto con fines de proteger los derechos fundamentales de los ciudadanos. Los profesionales de la ley se han abocado en repetir y citar la información dominante en el tiempo, pero no a cuestionarla. Desde una mirada posmoderna, pensar críticamente está muy relacionado con la racionalidad comunicativa, en razón que está abierta al diálogo con los otros para llegar a un consenso ético que favorezca la vida de los miembros de la comunidad. En esta línea de ideas, los magistrados deben tener la capacidad de identificar, comparar, contrastar y debatir

cada caso, pero sin alejarse de los principios generales que fundamentan la justicia y la protección de la vida humana.

La criticidad de los magistrados no debe suscribirse en una dogmática jurídica imperante de su tiempo sino es una actividad racional donde fluyen las dimensiones sociológicas, éticas, políticas, religiosas, científicas, entre otras disciplinas de las ciencias humanas y científicas. El abordaje del bien común y de la justicia social es un tema de carácter interdisciplinario y no meramente científica ni social. En efecto, el pensamiento crítico no es ajeno al dinamismo de la realidad, tampoco en los efectos que esto provoca; el ejercicio lógico racional promueve el compromiso permanente con los principios sociales de un Estado de Derecho.

Desde la perspectiva de los entrevistados, la precariedad judicial peruana está en que el juez no es independiente (no tiene valor suficiente para desprenderse de la influencia social, política e ideológica) ni imparcial (basta con tener repugnancia al procesado para incumplir este principio). Efectivamente, en algunas situaciones, el juez gobierna en base a sus prejuicios y estereotipos sociales y no como está establecido en la Constitución y en los tratados Internacionales, muchos menos la verdad es el telos de las decisiones judiciales.

Para que el posmodernismo jurídico tenga realidad en la conducta y en las decisiones de los magistrados es fundamental el desarrollo de una adecuada política pública y política criminal, y esto atienda a un sistema integral de defensa y también fortalezca la protección de los bienes jurídicos de la sociedad, como afirma Ferrer (2021) “para el desarrollo de estándares de prueba es importante la decisiones políticas y legislativas”. En efecto, la implementación de una nueva política criminal significará un cambio y una superación de los patrones sociales

que configuran la actualidad, la construcción de un nuevo tejido social de hecho representará un nuevo paradigma.

CONCLUSIONES

Después de revisar diferentes fuentes filosóficas y jurídicas que analizan sobre los paradigmas “positivismo” y “posmodernismo” y su influencia en las decisiones de los magistrados, respecto al principio de mínima intervención del Derecho penal, se ha llegado a las siguientes conclusiones:

1.- El aporte del positivismo jurídico está en la consideración del Derecho como universal, inmutable y accesible a la razón humana, a través del método de investigación sistemático, riguroso y verificable. Pero esta perspectiva normativista y teórica llevó admitir la omnipotencia del Estado como única fuente del Derecho y desatender relativamente de los derechos de las personas, por consiguiente, del principio de intervención mínima penal.

2.- El aporte del postmodernismo jurídico se centra en la consideración las tres fuentes (Ley, Jurisprudencia y Costumbre), además no sólo se cierra en las tres fuentes reconocidas en nuestra dogmática penal, sino que también es consciente que el Derecho no puede basarse solamente en las fuentes formales, ya que su validez debe estar más allá de lo evidente, esto en cuanto que atiende al ser humano como historicidad, conciencia, posibilidad y libertad. Es por ello, el posmodernismo presenta un razonamiento valorativo de principios y reglas con fines de salvaguardar la integridad de la persona. Es así, el principio de intervención mínima penal sirve a los magistrados de guía para la deliberación y ponderación de los casos prácticos

3.- El tránsito del positivismo jurídico al posmodernismo jurídico se da por presentarse crisis o anomalías en el paradigma positivista, como la realidad es dialéctica y compleja no necesariamente conduce a tener conocimientos exactos

y universales, sino más bien permite desarrollar un conocimiento relativo, imperfecto y con posibilidad de aproximarse a la verdad histórica (pequeños relatos), en razón que el sujeto cognoscente presenta muchas limitaciones en la adquisición, desarrollo, clasificación, producción y validación del conocimiento.

4.- El intento de comprender las causas de la realidad jurídica actual han llevado a evaluar los alcances, límites y viabilidad de los dos paradigmas: positivismo y posmodernismo; efectivamente, posmodernismo jurídico centrada en las teorías del lenguaje y en la protección de bienes jurídicos tutelados presenta la tendencia de preservar los principios, garantías de la persona individual y fortalecer el Estado democrático. Pero, los paradigmas no son exclusivos de una entidad sino cobertura todo el sistema de justicia, incluido la formación profesional de los letrados, es por ello, impacta en las decisiones de los magistrados, respecto la atención sobre el principio de mínima intervención del Derecho Penal.

5.- El “principio de intervención mínima” o ultima ratio del Derecho penal están reconocidas en la jurisprudencia y doctrina peruana, de manera explícita no se encuentra en la Constitución, tampoco se encuentran en el Código Procesal Penal. Entre las ideas principales se consideran que el Derecho penal debe procurar servir a todos los ciudadanos buscando una convivencia armoniosa y libre, evitando que la pena se convierta en un fin en sí mismo.

6.- El Derecho penal es una herramienta o instrumento del Estado que priva el desarrollo pleno de los derechos fundamentales como son la libertad, la familia y concordantes con ella. Por ello, el “principio de intervención mínima” es un límite al poder punitivo del Estado. La acción penal sólo debe actuar en casos en que las otras medidas administrativas, civiles, religiosas, etc., no hayan sido efectivas para

lograr los fines propuestos en función a la seguridad jurídica. Es así, que el “principio de intervención mínima” está compuesto por tres postulados fundamentales: subsidiariedad, fragmentariedad y proporcionalidad.

7.- El principio de intervención mínima del derecho penal o *ultima ratio* es una herramienta contemporánea y postmoderna de protección directa a los derechos humanos; en esa lógica todos los operadores de justicia, y de manera especial los jueces, quienes toman las decisiones sobre la libertad de la persona, deben invocar como regla general el principio de mínima intervención; pero lo teorizado al parecer no tiene realidad en la práctica, ya que la Corte Suprema y el Tribunal Constitucional en atención a las sentencias analizadas ha logrado identificar la vulneración del principio de mínima intervención.

8.- En el Nuevo Código Procesal Penal los fiscales tienen la prerrogativa de la carga de la prueba como directores principales de las diversas diligencias preliminares, por ende, como operadores de la justicia deben ponderar en el ejercicio funcional las garantías que posee la Constitución y lo que instaura las leyes procesales; Sin embargo, existen fiscales que siguen alineados con la cultura autoritaria (sistema inquisitivo) y operan sin las debidas garantías de los investigados. En mayor número, los fiscales vulneran los principios y reglas reconocidas en nuestra Constitución Política y en los instrumentos internacionales sobre los derechos humanos.

9.- La política criminal debe fortalecer un enfoque preventivo en sus diferentes aspectos, aunque requiere mucha inversión, pero es la medida adecuada y necesaria para la ponderación del principio de *ultima ratio* del Derecho penal, es así, que el principio de *ultima ratio* será el núcleo que constituye la política criminal.

La implementación de la política criminal permitirá incluir a las diferentes instituciones (multisectoriales) y ciudadanos asumir la responsabilidad y compromiso en la prevención de los delitos. En efecto, la política criminal es un valor público que permite prevenir los fenómenos criminales que aqueja a la sociedad peruana.

10.- Los ciudadanos en su gran mayoría no conocen las garantías y principios procesales reconocidos en nuestra Constitución Política ni tampoco los que se encuentran establecidos en los instrumentos internacionales. El desconocimiento de los derechos y deberes fundamentales influye en el incumplimiento de las obligaciones como ciudadano. En cuanto, al “principio de intervención mínima” los ciudadanos en la práctica transgreden o están contrarios a lo que obliga el principio, en razón que, el populum en su gran mayoría aclama en combatir la delincuencia a través de las medidas penales severas (incremento de las penas, cadena perpetua, pena de muerte); por consiguiente, hay falta de conocimiento de los contenidos básicos del derecho y por ende también conciencia jurídica.

RECOMENDACIONES

Después del análisis amplio en este trabajo de investigación sobre los paradigmas jurídicos “positivismo” y “posmodernismo” y la influencia en las decisiones de los magistrados, en atención al principio de intervención mínima se puede brindar algunas recomendaciones:

1.- Seguir con el análisis iusfilosófico sobre los aportes y límites que presentan el positivismo y posmodernismo en el desarrollo y praxis del Derecho penal, en razón que, los distintos fenómenos políticos, sociales y jurídicos no podrán ser atendidos ni comprendidos, dentro de su subsistema, sin el soporte de la filosofía.

2.- Los Magistrados en sus decisiones no deben limitarse en una sola disposición normativa por más vigente o válida que sea (paradigma positivista), sino que deben analizar de una manera articulada las distintas normas, principios, ética y moral (paradigma posmodernismo). Para ello, el magistrado para realizar un razonamiento holístico necesita de una formación política, ética y filosófica para cumplir adecuadamente su laboral.

3.- Reivindicar la importancia de la filosofía del Derecho, en razón que, los Magistrados para resolver casos complejos requieren de mucha observación, imaginación y razonamiento, además necesitan apoyo de las distintas disciplinas de las ciencias sociales.

4.- Necesario desarrollar una escuela criminológica, con un enfoque posmoderno. A pesar que existe preocupación por la seguridad ciudadana y el incremento de la criminalidad, en la historia peruana no se ha realizado una investigación seria y multidisciplinaria sobre las causas principales del delito. Es importante que la

preocupación debe enfocarse en las políticas públicas que sean sostenibles y viables.

5.- La política criminal también debe atender a las personas que se encuentran en estado vulnerable y en estado de riesgo por diversos motivos: educativos, laborales, familiares, sociales y de alimentación, etc. Es así que la política criminal deberá promover una actuación intersectorial e interinstitucional para disminuir o reducir todos los factores de riesgo que propician desarrollar una conducta delictiva.

6.- Fortalecer la “justicia restaurativa” en los diferentes instituciones públicas y privadas y también la “prevención situacional” que está orientada a reducir la mayor cantidad de oportunidades para la comisión de los delitos; y también la “intervención multiagencial” que está enfocada en el trabajo cooperativo entre las diferentes instituciones.

7.- Fortalecer una política pública multisectorial y multidisciplinaria para el desarrollo del valor público centrado en la persona como fin en sí misma y no como un medio, esto significa brindar protección al ser humano en todas sus dimensiones y el Derecho penal sea empleado por los magistrados verdaderamente como última ratio.

FUENTES DE LA INFORMACIÓN

Bibliográficas

Adorno, T. W. (2012). *Sobre la metacrítica de la teoría del conocimiento*.

España:Akal.

Alexy, R. (1993). *Teoría de los derechos fundamentales*. Madrid: Centro de estudios constitucionales.

Alexy, R. (1993). *Teoría de los derechos fundamentales*. Madrid: Centro de estudios constitucionales.

Arendt, H. (1995). *¿Qué es la política?*. Barcelona: Paidós.

Aristóteles. (1985). *Ética Nicomáquea*. Madrid: Gredos

Aristóteles. (1988). *La política*. Madrid: Gredos.

Aristóteles. (1994). *Metafísica*. Madrid: Gredos.

Atienza, M. (2005). *Las Razones del Derecho*. México: Universidad Nacional Autónoma de México.

Audi, R. (2004). *Diccionario Akal de Filosofía*. Universidad Autónoma de Madrid.

Ballesteros Ballesteros, J., C. y Pesantes Heredia, L., G. (2014). *La aplicación del “principio de intervención mínima” penal en la punibilidad*. (Tesis de Magíster en Derecho). Universidad Católica de Santiago de Guayaquil, Guayaquil.

Baratta, A. (2004). *Criminología crítica y crítica del derecho penal*. Buenos Aire: Siglo XXI.

Beccaria, C. (2015). *Tratado de los delitos y de las penas*. Madrid: Universidad Carlos III.

- Bentham, J. (1826). *Teoría de las penas y de las recompensas*. III Tomo. París.
- Bentham, J. (1839). *Tratados de Legislación Civil y Penal*. (2ª ed.). Madrid: Librería de la viuda de calleja e hijos.
- Buber, M. (1993). *Yo y Tú*. Madrid: Caparrós.
- Butler, J. (2007). *El género en disputa*. Barcelona: Paidós.
- Comte, A. (1875). *Principios de Filosofía Positiva*. Santiago: Mercurio.
- Comte, A. (1934). *Discurso sobre el Espíritu Positivo*. Madrid: Revista de Occidente.
- Comte, A. (1979). *Filosofía positiva*. México: Porrúa.
- Dworkin, R. (1997). *Los Derechos en Serio*. Barcelona: Ariel.
- Dworkin, R. (2007). *La justicia con toga*. Madrid: Marcial Pons.
- Ferrajoli, L. (2001). *El garantismo y la filosofía del derecho*. Universidad Externado de Colombia, Bogotá.
- Foucault, M. (1968). *Las palabras y las cosas*. Buenos Aires: Siglo XXI
- Foucault, M. (1976). *Vigilar y Castigar*. Buenos Aires: Siglo XXI.
- Gadamer, H. G. (1998). *Verdad y Método II*. Salamanca: Sígueme.
- Gadamer, H.G. (1997). *Mito y Razón*. Barcelona: Paidós.
- Gadamer. (1993). *Verdad y método*. Fundamentos de una hermenéutica filosófica. Salamanca: Sígueme
- Gálvez Kruger, J. (2018). *El positivismo del Siglo XIX en el Perú*. FTPCL, Lima.
- García, M. (2002). *Derecho Penal Parte General*. Valencia: Tirano lo Blanch.

- Grondin, J. (s.f.). *¿Qué es la hermenéutica?*. Ebookmundo.com.
- Habermas, J. (s.f). *Teoría de la Acción Comunicativa, I. Racionalidad de la acción y racionalización social*. Madrid: Taurus humanidades.
- Hegel (2004). *Principios de la filosofía del derecho*. (2ª ed.). Buenos Aires: Editorial Sudamericana.
- Hesíodo. (s.f). *Trabajos y días*. Gredos.
- Hobbes, T. (1994). *Leviatán*. México: Fondo de cultura económica.
- Hobbes, T. (s.f). *Leviatán*. (2ª ed.). Madrid: Editora Nacional.
- Hurtado Pozo, J. (1987). *Manual de Derecho Penal*. (2ª. ed.) Lima: Eddili.
- Immanuel, K. (2008). *La Metafísica de las Costumbres*. (4ª ed.). Madrid:Tecnos.
- Ingenieros, J. (1913). *Criminología*. Madrid: Biblioteca científico.
- Jakobs, G. (s.f). *La ciencia del derecho penal ante las exigencias del presente*. Estudios de derecho judicial.
- Kant, I. (2008). *La Metafísica de las Costumbres*. (4ª. ed.). Madrid:Tecnos.
- Kelsen, H. (1982). *Teoría pura del derecho*. México: Universidad Nacional Autónoma de México.
- Kelsen, H. (1982). *Teoría pura del derecho*. (2ª. ed.) México:UNAM.
- Léonard, A. (1985).*Pensamiento contemporáneo y fe en Jesucristo*. Madrid: Ediciones Encuentro.
- Locke, J. (2005). *Ensayo sobre el entendimiento humano*. México: Fondo de Cultura Económica.

Martínez Ruiz, H. (2012). *Metodología de la Investigación*. México: CENGAGE Learning.

Mill, J.S. (2010). *Sobre la libertad*. La Guillotina: México.

Mounier, E. (1962) *El Personalismo*. Buenos Aires: Eudeba.

Mounier, E. (1993). *Obras completas*. Tomos I-IV. España: Sígueme.

Muñoz Conde, F. y García Arán, M. *Derecho Penal. Parte General*. (8ª ed.) Valencia: Tirant Lo Blanch.

Nedoncelle M. (1997). *La reciprocidad de las conciencias: ensayo sobre la naturaleza de la persona*. Madrid: Caparrós.

Rawls, J. (2006) *Teoría de la Justicia*. (6ª ed.) México: Fondo de Cultura Económica.

Ricoeur, P. (2004). *Tiempo y Narración I*. (5ª. ed.) México: Siglo veintiuno.

Roxín, C. (2000). *Derecho Procesal Penal*. Buenos Aires: Editores del puerto.

Stuart Mill, J. (2010). *Sobre la libertad*. México.

Wojtyla K. (1982). *Persona y acción*. Madrid: BAC.

Electrónicas

Agudelo Agudelo, C. A. “*La justicia con toga*” de Ronald Dworkin: ¿Los jueces son filósofos o son intérpretes moderados?. Recuperado de https://www.researchgate.net/publication/305245224_La_justicia_con_toga_de_Ronald_Dworkin_los_jueces_son_filosofos_o_son_interpretes_moderados

Ampudia M. (2019). *Juez Ramiro Salinas Siccha analiza el delito de peculado.*

Recuperado de

Andújar, J. (2017). *El juicio de Jesús de Nazaret.* Recuperado de

<https://silo.tips/download/el-juicio-de-jesus-de-nazaret>

Aplastamiento por elefante (2012). Recuperado de

<http://conhdehistoria.blogspot.com/2012/09/aplastamiento-por-elefante.html>

Atienza, M. (2005). *Las razones del Derecho. Teoría de la argumentación jurídica.*

Recuperado de

http://perso.unifr.ch/derechopenal/assets/files/obrasjuridicas/oj_20151108_

01.pdf

Atienza, M. (2014). “*Ni positivismo jurídico ni neoconstitucionalismo: una defensa*

del constitucionalismo postpositivista”, recuperado de

<https://dfddip.ua.es/es/documentos/una-defensa-del->

[neopositivismo.pdf?noCache=1415618881091](https://dfddip.ua.es/es/documentos/una-defensa-del-neopositivismo.pdf?noCache=1415618881091)

Atienza, M. y Ruiz Manero, J. (2007). *Dejemos atrás el positivismo jurídico.*

Recuperado de

http://www.scielo.org.mx/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S1405-

02182007000200001

Baratta, A. (1980). *Criminología y Dogmática Penal. Pasado y futuro del modelo*

integral de la Ciencia Penal. Rapers: Revista de Sociología. Recuperado de

<https://papers.uab.cat/article/view/v13-baratta/pdf-es>

Bentham, J. (1824). *Teoría de las penas y de las recompensas.* Recuperado de

http://cdigital.dgb.uanl.mx/la/1080043788_C/1080045964_T3/1080045964_

MA.PDF

Bentham, J. (1834). *Principios de Legislación y de codificación*. Tomo I. Madrid.

Recuperado de <http://fama2.us.es/fde/principiosDeLegislacionT1.pdf>

Bobbio, N. (1991). *El tiempo de los Derechos*. Recuperado de

http://culturadh.org/ue/wp-content/files_mf/144977835110.pdf

Bonorino, P. R. y Peña Ayazo, J. I. *Filosofía del Derecho*. Recuperado de

<http://media1.introduccioni.webgarden.es/files/media1:4b37983af1e24.pdf>.
[u
pl/Casos%20dificiles.pdf](http://media1.introduccioni.webgarden.es/files/media1:4b37983af1e24.pdf)

Bruzonne, G. (2016). *La prisión preventiva en su encrucijada*. En La Reforma Procesal Penal a 10 años de su implementación en el Perú. (pp. 109-128).

Recuperado de https://issuu.com/nuevocodigoprocesalpenalperu/docs/compendio_de_ponencias_internaciona

Calsamiglia, A. *Postpositivismo*. Recuperado de

[file:///C:/Users/Usuario/Downloads/postpositivismo-0%20\(1\).pdf](file:///C:/Users/Usuario/Downloads/postpositivismo-0%20(1).pdf)

Carta de las naciones unidas. (1945). Recuperado de

https://www.oas.org/36ag/espanol/doc_referencia/Carta_NU.pdf

Convención americana sobre derechos humanos. (1969). Recuperado de

https://www.oas.org/dil/esp/tratados_b-32_convencion_americana_sobre_derechos_humanos.htm

Del Rosal Blasco. (2009). *¿Hacia el derecho penal de la postmodernidad?*

Universidad de Alicante: Revista electrónica de Ciencias Penal y Criminología. Recuperado de <http://criminet.ugr.es/recpc/11/recpc11-08.pdf>

- Derrida, J. (1986). *De la Gramatología*. Recuperado de <http://eltalondeaquiles.pucp.edu.pe/wp-content/uploads/2017/05/derrida-jacques-de-la-gramatologia-compressed.pdf>
- Derrida, J. (1996). *El monolingüismo del otro*. Recuperado de <https://roxanarodriguezortiz.files.wordpress.com/2011/04/derrida-el-monolinguisimo-del-otro.pdf>
- Descartes, R. (2010). *Discurso del método*. Recuperado des <http://www.posgrado.unam.mx/musica/lecturas/LecturaIntroduccionInvestigacionMusical/epistemologia/Descartes-Discurso-Del-Metodo.pdf>
- Dworkin, R. (1989). *Los derechos en serio*. (2ª. ed). Recuperado de https://legis.pe/wp-content/uploads/2017/09/Descargue-en-PDF-Los-Derechos-en-serio-de-Ronal-Dworkin-Legis.pe_.pdf
- Ferrajoli, L. (1995). *Derecho y razón*. Madrid: Trotta. Recuperado de <http://www.poderjudicial.gob.do/consultas/biblioteca/Textos/DERECHO%20Y%20RAZON%20-%20TEORIA%20DEL%20GARANTISMO%20PENAL%20-%20Luigi%20Ferrajoli.pdf>
- Guamán, K. A., Hernández, E. L. y Lloay, S. I. (2020). *El positivismo y el positivismo jurídico*. Recuperado de http://scielo.sld.cu/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S2218-36202020000400265
- Habermas, J. (1987). *Teoría de la acción comunicativa, I*. Recuperado de: <https://zoonpolitikonmx.files.wordpress.com/2014/03/habermas-jurgen-teoria-de-la-accion-comunicativa-i.pdf>

Habermas, J. *Acción comunicativa y razón sin trascendencia*. Ebookmundo.com

Hart, H.L.A. (1961). *El concepto de derecho*. Recuperado de <https://www.academia.edu/6574051/28490884-El-Concepto-de-Derecho-Herbert-Hart>

Heidegger, M. (1926). *Ser y tiempo*. Recuperado de <http://www.afoiceeomartelo.com.br/posfsa/Autores/Heidegger,%20Martin/Heidegger%20-%20Ser%20y%20tiempo.pdf>

Hernández Sampieri, R. & Fernández Collado, C. y Baptista Lucio, P. (2006) *Metodología de la investigación*. (4ta ed.) México: McGraw-Hill.

<https://www.peruweek.pe/juez-ramiro-salinas-siccha-analiza-el-delito-de-peculado/>

Hume, D. (1779). *Diálogos sobre religión natural*. Recuperado de <http://maestrosdelsaber.com/material/libros/Filosofia/Hume,%20David/Es%20Filo%20Hume,%20David%20-%20Dialogos%20sobre%20Religion%20Natural.pdf>

Hume, D. (2001). *Tratado de la Naturaleza humana*. Recuperado de <https://www.dipualba.es/publicaciones/LibrosPapel/LibrosRed/Clasicos/Libros/Hume.pm65.pdf>

Kelsen, H. *¿Qué es la Justicia?*. Recuperado de https://www.academia.edu/8420081/122793204-Hans-Kelsen-Que-Es-La-Justicia-pdf_1_

Limaico Limaico, M., L. (2015). *El cumplimiento del “principio de intervención mínima” penal en el juzgamiento del delito de hurto y sus efectos jurídicos*. (Tesis de Grado). Universidad Regional Autónoma de los Andes, Ecuador.

Martos Nuñez. *El principio de Intervención penal mínima*. Recuperado de <https://idus.us.es/xmlui/bitstream/handle/11441/72110/El%20principio%20de%20intervenci%C3%B3n%20penal%20m%C3%ADnima.pdf?sequence=1&isAllowed=y>

Milanese. (2005). *El moderno derecho penal y la quiebra del “principio de intervención mínima”*. Recuperado de <https://derechopenalonline.com/el-moderno-derecho-penal-y-la-quiebra-del-principio-de-intervencion-minima/>

Mill, J.S. (1997). *El utilitarismo*. Recuperado de http://pdfhumanidades.com/sites/default/files/apuntes/Mill%20Stuart_%20Que%20es%20el%20utilitarismo%20%2818%20copias%29%20.PDF

Mir Puig, S. (1982). *Función de la pena y teoría del delito en el Estado social y democrático de Derecho*. Recuperado de <http://www.ucipfg.com/Repositorio/MCSH/MCSH-08/BLOQUE-ACADEMICO/Unidad-3/lecturas/2.pdf>

Mir Puig, S. (2003). *Introducción a las bases del derecho penal*. IB: Buenos Aires.

Mir Puig, S. (2016). *Derecho penal parte general*. Reppertor: Barcelona.

Monroy Rodríguez A. A. (2013) *Principle of minimum intervention, ¿rhetoricorreality?*. Facultad de Derecho y Ciencias sociales UPTC.

Müllet I. (2007) *Los Juristas del Horror*. Recuperado de <http://www.pensamientopenal.com.ar/system/files/2015/03/doctrina40705.pdf>

Nieto Vélez, A. (s.f.). *Apuntes sobre el positivismo jurídico*. Recuperado de [file:///C:/Users/Usuario/Downloads/15877-Texto%20del%20art%C3%ADculo-63077-1-10-20161201%20\(1\).pdf](file:///C:/Users/Usuario/Downloads/15877-Texto%20del%20art%C3%ADculo-63077-1-10-20161201%20(1).pdf)

Ozafrain, L. (2016). *El principio de “ultima ratio”. Fundamentos en el Derecho Internacional de los Derechos Humanos para una política criminal minimalista*. (Tesis de Maestría). Universidad Nacional de La Plata.

Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (1966). Recuperado de <https://www.ohchr.org/SP/professionalinterest/pages/ccpr.aspx>

Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (1966). Recuperado de <https://www.ohchr.org/SP/ProfessionalInterest/Pages/CESCR.aspx>

Paulson, S.L. (2019). *La filosofía del derecho de Gustav Radbruch y tres ensayos de posguerra de Gustav Radbruch*. Recuperado de <https://www.marcialpons.es/media/pdf/9788491235798.pdf>

Paytan Arias, M. (2016). *Vulneración del principio de “ultima ratio”, en las sentencias, en delitos de cohecho pasivo impropio de mínima cuantía, Corte Superior de Justicia de Huancavelica -2016*. (Tesis para título profesional). Universidad Nacional de Huancavelica-Huancavelica.

Platón. (s.f.) *Apología de Sócrates*. Recuperado de <https://www.lectulandia.co/book/apologia-de-socrates/>

Sartre, J. P. (2009). *El existencialismo es un humanismo*. Recuperado de <https://epdf.pub/el-existencialismo-es-un-humanismoa907dc6b34105d3c70b9c3ea22ce80e726164.html>

Sartre, J. P. (s.f.). *El ser y la nada*. Recuperado de <https://elartedepreguntar.files.wordpress.com/2009/06/sartre-jean-paul-el-ser-y-la-nada.pdf>

Silva, J. M. (2001). *La expansión del Derecho penal*. Civitas: Madrid.

Spencer, H. (2003). *Primeros Principios*. Recuperado desde <https://www.biblioteca.org.ar/libros/89633.pdf>

Tamayo R. y Salmorán. Capítulo III. *La teoría del derecho de John Austin*. Recuperado de <https://archivos.juridicas.unam.mx/www/bjv/libros/2/923/4.pdf>

Tamayo y Salmorán, R. (1986). *La teoría del Derecho de John Austin*. En R. Tamayo y Salmorán, *el Derecho y la Ciencia del Derecho*. (pp. 37-58). Recuperado de <https://drive.google.com/file/d/1-VG26tKhvTle9eebola-ksxTJrIBBun4/view>

Tribunal Constitucional. *Pleno Jurisdiccional 0012-2006-PI/TC*. Recuperado de <https://www.tc.gob.pe/jurisprudencia/2006/00012-2006-AI.pdf>

Tribunal Supremo de España. Sentencia N° 434/2014. Recuperado de <http://www.legaltoday.com/informacion-juridica/jurisprudencia/penal/sentencia-tribunal-supremo-num-21652013-03-06-2014#>

Vattimo G. (1991). *Ética de la interpretación*. Barcelona: Paidós. Recuperado de <http://pdfhumanidades.com/sites/default/files/apuntes/Vattimo%20-%20Etica%20de%20la%20interpretacion.pdf>

Vattimo, G. (1987). *El fin de la modernidad. Nihilismo y hermenéutica en la cultura posmoderna*. (2ª. ed) Barcelona: Gedisa

Villavicencio Terreros, F. (s.f.). *Límites a la Función Punitiva Estatal*. Derecho & Sociedad N°21. Recuperado de <http://blog.pucp.edu.pe/blog/derysoc/2008/06/10/limites-a-la-funcion-punitiva-estatal/>

Zaffaroni E. & Croxalto G. (s.f). *Friedrich Spee:de la caza de brujas al moderno derecho penal*. Recuperado de <http://www.derecho.uba.ar/publicaciones/pensar-en-derecho/revistas/11/friedrich-spee-de-la-caza-de-brujas-al-moderno-derecho-penal.pdf>

Zaffaroni, E. R. (2010). *Crímenes de masa*. Recuperado de <https://es.scribd.com/document/375052918/1-ZAFFARONI-Crimenes-de-Masa>

Zaffaroni, E. R. (2012). *La cuestión criminal*. Recuperado de https://static.legis.pe/wp-content/uploads/2019/03/Eugenio-Raul-Zaffaroni-La-cuestion-criminal-Legis.pe_.pdf

ANEXO I

ENTREVISTA

Objetivo

La presente entrevista tiene como objetivo recabar su perspectiva sobre problema de investigación referido al análisis de los paradigmas jurídicos “positivismo” y “posmodernismo” y su influencia en las decisiones de los Magistrados, respecto al principio de mínima intervención del Derecho Penal.

Datos del entrevistado

Apellidos y Nombres:

Profesión:.....

Años de experiencia en la materia:

Dependencia laboral:

Cuestionario

1.- ¿Cómo define Ud. El “principio de intervención mínima” o *ultima ratio* del derecho penal?

.....

2.- ¿Usted Considera que hay evolución en la observancia del “principio de intervención mínima” penal o *ultima ratio* entre los siglos XIX, XX y XXI?

.....

3.- ¿Usted considera que los principios de mínima intervención penal o criterios de *ultima ratio* están tipificados en el ordenamiento jurídico peruano?

.....

4.- ¿Usted considera que los fiscales, defensores de la legalidad, ejercitan la acción penal ponderando el “principio de intervención mínima” penal?

.....

5.- ¿Cree usted que los jueces imparten justicia considerando el “principio de intervención mínima” penal o *ultima ratio*?

.....

6.- ¿Cree usted que existe una política criminal peruana adecuada que responda a un sistema integral de defensa y protección de los bienes jurídicos?

.....

7.- ¿Cree usted que los gobiernos se preocupan por la implementación de los programas de prevención social de la violencia y del delito?

.....

8.- ¿Cree usted que los ciudadanos conocen y valoran la existencia del “principio de intervención mínima” penal?

.....

ANEXO II

ENCUESTA

Objetivo

La presente encuesta tiene como objetivo recabar su perspectiva sobre problema de investigación referido análisis de los paradigmas jurídicos “positivismo” y “posmodernismo” y su influencia en las decisiones de los Magistrados, respecto al principio de mínima intervención del Derecho Penal.

Datos del entrevistado

Apellidos y Nombres:

Profesión:.....

Años de experiencia en la materia:

Dependencia laboral:

Cuestionario

1.- Existe definición o conceptualización sobre el “principio de intervención mínima” o ultima ratio del derecho penal.

1.- Muy de acuerdo

4.- En desacuerdo

2.- De acuerdo

5.- Muy en desacuerdo

3.- Ni de acuerdo ni en desacuerdo

2.- Hay evolución en la observancia del “principio de intervención mínima” penal o ultima ratio entre los siglos XIX, XX y XXI.

1.- Muy de acuerdo

4.- En desacuerdo

2.- De acuerdo

5.- Muy en desacuerdo

3.- Ni de acuerdo ni en desacuerdo

3.- Los principios de mínima intervención penal o criterios de ultima ratio están tipificados en el ordenamiento jurídico peruano.

1.- Muy de acuerdo

4.- En desacuerdo

2.- De acuerdo

5.- Muy en desacuerdo

3.- Ni de acuerdo ni en desacuerdo

4.- Los fiscales, defensores de la legalidad, ejercitan la acción penal ponderando el “principio de intervención mínima” penal.

1.- Muy de acuerdo

4.- En desacuerdo

2.- De acuerdo

5.- Muy en desacuerdo

3.- Ni de acuerdo ni en desacuerdo

5.- Los jueces imparten justicia considerando el “principio de intervención mínima” penal o ultima ratio.

1.- Muy de acuerdo

4.- En desacuerdo

2.- De acuerdo

5.- Muy en desacuerdo

3.- Ni de acuerdo ni en desacuerdo

6.- Existe una política criminal peruana adecuada que responda a un sistema integral de defensa y protección de los bienes jurídicos.

1.- Muy de acuerdo

4.- En desacuerdo

2.- De acuerdo

5.- Muy en desacuerdo

3.- Ni de acuerdo ni en desacuerdo

7.- Los gobiernos se preocupan por la implementación de los programas de prevención social de la violencia y del delito.

1.- Muy de acuerdo

4.- En desacuerdo

2.- De acuerdo

5.- Muy en desacuerdo

3.- Ni de acuerdo ni en desacuerdo

8.- Los ciudadanos conocen y valoran la existencia del “principio de intervención mínima” penal.

1.- Muy de acuerdo

4.- En desacuerdo

2.- De acuerdo

5.- Muy en desacuerdo

3.- Ni de acuerdo ni en desacuerdo