

UNIVERSIDAD PERUANA LOS ANDES

ESCUELA DE POSGRADO

DOCTORADO EN DERECHO



TESIS

**Crítica filosófica del estado constitucional de derecho según
Ferrajoli a la condena no pronunciada peruana, 2022**

Para optar : El Grado Académico de Doctor en Derecho

Autor : Mg. Jose Antonio Bastidas Cajahuaringa

Asesor : Dr. Luis Alberto Poma Lagos

Línea de Investigación
Institucional : Desarrollo Humano y Derechos

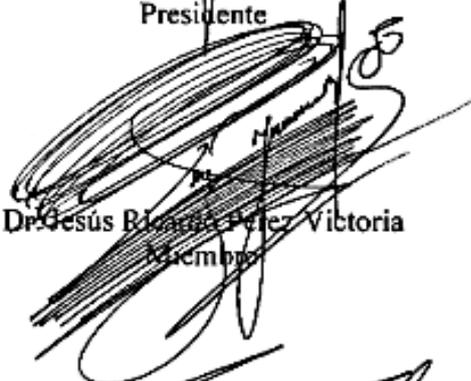
Fecha de Inicio y
Culminación : 05.05.2022 – 08.12.2022

**HUANCAYO - PERÚ
2023**

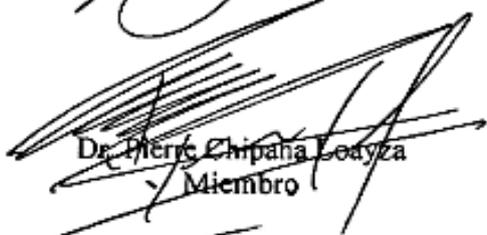
JURADO DE SUSTENTACIÓN DE TESIS



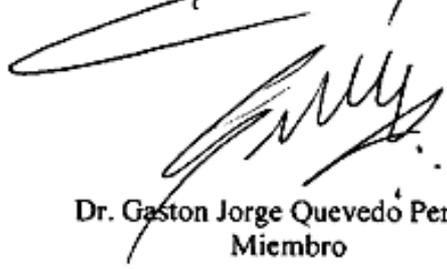
Dr. Aguedo Alvizo Bejar Mormontoy
Presidente



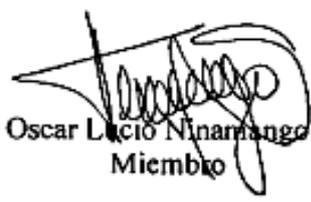
Dr. Jesús Ricardo Pérez Victoria
Miembro



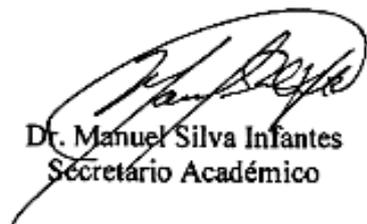
Dr. Pierre Chipaha Loayza
Miembro



Dr. Gastón Jorge Quevedo Pereyra
Miembro



Dr. Oscar Lucio Ninamango Solís
Miembro



Dr. Manuel Silva Infantes
Secretario Académico

DEDICATORIA

Al creador de todas las cosas, el que me ha dado fortaleza para continuar cuando a punto de caer he estado; por ello, con toda la humanidad que de mi corazón puede emanar, dedico primeramente mi trabajo a Dios.

De igual forma, dedico esta tesis a mi madre que ha sabido formarme con buenos sentimientos, hábitos y valores lo cual me ha ayudado a salir adelante en los momentos más difíciles.

Al hombre que me dio la vida, el cual a pesar de haberlo perdido a muy temprana edad ha estado siempre cuidándome y guiándome desde el cielo.

AGRADECIMIENTO

En primer lugar, doy infinitamente gracias, Dios, por haberme dado fuerza y valor para culminar esta etapa de mi vida.

Agradezco también la confianza y el apoyo brindado por parte de mi madre, que sin duda alguna en el trayecto de mi vida me ha demostrado su amor, corrigiendo mis faltas y celebrando mis triunfos.

A mi hermana Karem Bastidas Cajahuaringa, que con su apoyo me ha ayudado a afrontar los retos que se me han presentado a lo largo de mi.

A mi padre Pelayo Bastidas Inga, que siempre lo he sentido presente en mi vida. Y sé que está orgulloso de la persona en la cual me he convertido.

Agradezco, a mi tío Alejandro Fernandez Bastidas que con su ayuda, cariño y comprensión han sido parte fundamental de mi vida.

Al Mg. Pierre Moisés Vivanco Núñez por su colaboración, brindada durante la elaboración de este proyecto de investigación.

CONSTANCIA DE SIMILITUD

N ° 0046 - POSGRADO - 2023

La Oficina de Propiedad Intelectual y Publicaciones, hace constar mediante la presente, que la **TESIS** titulada:

CRÍTICA FILOSÓFICA DEL ESTADO CONSTITUCIONAL DE DERECHO SEGÚN FERRAJOLI A LA CONDENA NO PRONUNCIADA PERUANA, 2022

Con la siguiente información:

Con Autor(es) : **MG. BASTIDAS CAJAHUARINGA JOSE ANTONIO**

Asesor(a) : **DR. POMA LAGOS LUIS ALBERTO**

Fue analizado con fecha **22/10/2023** con el software de prevención de plagio (Turnitin); y con la siguiente configuración:

Excluye Bibliografía.

X

Excluye Citas.

X

Excluye Cadenas hasta 20 palabras.

X

Otro criterio (especificar)

El documento presenta un porcentaje de similitud de **20 %**.

En tal sentido, de acuerdo a los criterios de porcentajes establecidos en el artículo N°15 del Reglamento de uso de Software de Prevención de Plagio Versión 2.0. Se declara, que el trabajo de investigación: ***Si contiene un porcentaje aceptable de similitud.***

Observaciones:

En señal de conformidad y verificación se firma y sella la presente constancia.

Huancayo, 23 de Octubre de 2023.



MTRA. LIZET DORIELA MANTARI MINCAMI
JEFA

Oficina de Propiedad Intelectual y Publicaciones

CONTENIDO

ACTA DE SUSTENTACIÓN DE TESIS	2
DEDICATORIA	3
AGRADECIMIENTO	4
CONTENIDO DE TABLAS	12
CONTENIDO DE FIGURAS	12
RESUMEN	13
ABSTRACT	14
ABSTRATO	15
INTRODUCCIÓN	16
CAPÍTULO I: PLANTEAMIENTO DEL PROBLEMA.....	22
1.1. DESCRIPCIÓN DE LA REALIDAD PROBLEMÁTICA	22
1.2. FORMULACIÓN DEL PROBLEMA.....	26
1.2.1. Problema general.....	26
1.2.2. Problemas específicos.	26
1.3. JUSTIFICACIÓN	26
1.3.1. Epistemológica.....	26
1.3.2. Social.....	26
1.3.3. Teórica.....	27
1.3.4. Metodológica.....	28
1.4. OBJETIVOS	29
1.4.1. Objetivo general.	29
1.4.2. Objetivos específicos.	29
CAPÍTULO II: MARCO TEÓRICO.....	30

2.1. ANTECEDENTES	30
2.1.1. Nacionales.....	30
2.1.2. Internacionales.....	36
2.2. BASES TEÓRICAS O CIENTÍFICAS	47
2.2.1. Estado Constitucional según Luigi Ferrajoli.....	47
2.2.1.1. Elementos filosóficos estructurales.....	47
2.2.1.1.1. Poder Constituyente y constituidos.....	47
2.2.1.1.2. Acto Constituyente.....	51
2.2.1.1.3. La representación política, la división y separación de poderes.....	54
2.2.1.2. Democracia formal y sustancial.....	56
2.2.1.3. Funciones de gobierno – garantía.....	61
2.2.1.4. La noción de un Estado Constitucional de Derecho.....	69
2.2.1.5. La jurisdicción. Cuatro características estructurales.....	70
2.2.1.6. Paz y derechos vitales.....	72
2.2.1.7. Derechos del más débil.....	74
2.2.1.8. La constitución. Una definición al tiempo estructural y axiológica.....	75
2.2.1.8.1. Paradigma del constitucionalismo global.....	76
2.2.1.9. La legislación en el Estado Constitucional de Derecho.....	78
2.2.1.9.1. Jerarquía de las fuentes y jerarquía de las normas.....	79
2.2.1.9.2. Antinomias y lagunas.....	82
2.2.2.10. Constitución y leyes entre legitimidad e ilegitimidad, validez e invalidez, efectividad e inefectividad.....	84
2.2.2.10.1. Los tres paradigmas del derecho.....	86
2.2.2. Condena no pronunciada.....	89

2.2.2.1. Suspensión de la ejecución de la pena.	89
2.2.2.1.1. Breve historia.	89
2.2.2.1.2. Definición.	90
2.2.2.1.3. Regulación jurídica y naturaleza.	92
2.2.2.1.4. Presupuestos y requisitos.	93
2.2.2.1.5. Derecho comparado.	94
A. Argentina.	94
B. Brasil.	94
C. Colombia.	95
D. España.	96
E. Reglas de conducta.	97
2.2.2.2. Tesis de la pena.	98
2.2.2.2.1. Las teorías retribucionistas.	99
2.2.2.2.2. Las teorías relativas.	99
2.2.2.2.3. Las teorías eclécticas.	100
2.2.2.2.4. Clases de pena.	101
2.2.2.2.5. La pena privativa de libertad y las medidas alternativas.	103
A. Cuestiones generales.	103
B. Medidas alternativas en el Perú.	104
C. Clases.	105
C.1. Sustitución de penas.	105
C.2. Conversión de penas.	106
C.3. Suspensión de la ejecución de la pena.	107
C.4. Reserva del fallo condenatorio.	107

C.5. Exención de pena.	109
D. Modalidades alternativas reguladas en el cuerpo jurídico penal peruano de 1991.	110
2.2.2.3. Artículo 61 del cuerpo jurídico penal peruano de 1991.	110
2.2.2.3.1. Desaparición de la condenación o condena sin pronunciamiento.	110
A. Algunos aspectos de la condena no pronunciada.	110
B. Derecho comparado.	111
B.1. Argentina.	111
B.2. Brasil.	112
B.3. Colombia.	112
B.4. Italia.	112
C. Jurisprudencia.	113
C.1. Tribunal Constitucional.	113
C.2. Poder Judicial.	114
D. Extinción de condena por cumplimiento de las reglas de comportamiento.	118
E. Exégesis del artículo 61.	118
E. 1. Regulación normativa de la condena no pronunciada.	118
E.2. Requisitos para considerar a la sentencia como no pronunciada. ...	119
E.3. Las reglas de conducta.	120
E.4. Efectos del desobedecimiento de las reglas de comportamiento. ...	122
F. prohibición de la suspensión de la ejecución de la pena y la condena no pronunciada.	123

G. Relación de la Carta Magna de 1979 con la Constitución Política de 1993 en cuanto a la punición estatal.....	125
2.2.2.3.2. Artículo 61 Constitución del 79 y 93 en relación comparativa del 61 y su nacimiento.	128
2.3. MARCO CONCEPTUAL	129
CAPÍTULO III: METODOLOGÍA	132
3.1. DISEÑO METODOLÓGICO.....	132
3.1.1. Método de investigación.	132
3.1.1.1 Método general.	132
3.1.1.2 Método particular.	132
3.1.2. Tipo investigación.	133
3.1.3. Nivel de investigación.	133
3.1.4. Diseño de investigación propiamente dicho.	134
3.2. PROCEDIMIENTO DEL MUESTRO.....	136
3.2.1. Escenario de estudio.....	136
3.2.2. Caracterización de sujetos o fenómenos.	136
3.2.3. Mapeamiento.....	137
3.2.4. Técnicas e instrumentos de recolección de datos.....	140
3.2.4.1. Técnicas de recolección de datos.....	140
3.2.4.2. Instrumento de recolección de datos.	140
3.2.5. Tratamiento de la información.	141
CAPÍTULO IV: RESULTADOS	143
4.1. DESCRIPCIÓN DE LOS RESULTADOS	143
4.1.1. Análisis descriptivo de resultados del objetivo uno.	143

4.1.2. Análisis descriptivo de resultados del objetivo dos	154
4.2. TEORIZACIÓN DE LA UNIDADES TEMÁTICAS.....	158
4.2.1. La función de gobierno - garantía respecto a la filosofía del Estado Constitucional de Derecho según Ferrajoli ha evaluado como negativa a la figura jurídica de la condena no pronunciada peruana.	158
4.2.2. La democracia sustancial respecto a la filosofía del Estado Constitucional de Derecho según Ferrajoli ha evaluado como negativa a la figura jurídica de la condena no pronunciada peruana.	168
DISCUSIÓN DE LOS RESULTADOS	176
CONCLUSIONES	180
RECOMENDACIONES	183
REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS	185
ANEXOS	192
MATRIZ DE CONSISTENCIA	193
CONSENTIMIENTO INFORMADO	194
EVIDENCIAS FOTOGRÁFICAS	195
COMPROMISO DE AUTORÍA	196

CONTENIDO DE TABLAS

Tabla 1. Cuadro de causa y efecto del diseño explicativo.....	135
Tabla 2. Modelo de instrumento de recolección de datos para la investigación cualitativa.....	141
Tabla 3. Matriz de consistencia	193

CONTENIDO DE FIGURAS

Figura 1. El Perú en manos de la delincuencia.....	23
---	----

RESUMEN

La investigación partió del **problema:** ¿Cómo la filosofía del Estado Constitucional de Derecho según Ferrajoli influye a la figura jurídica de la condena no pronunciada del Código Penal peruano, 2022?; siendo el **objetivo:** Analizar como la filosofía del Estado Constitucional de Derecho según Ferrajoli influye a la figura jurídica de la condena no pronunciada del Código Penal peruano, 2022; la concepción **metodológica** de la investigación se situó dentro del tipo aplicado; en el nivel descriptivo, luego utilizó el método científico, así como los métodos particulares como hermenéutica exegética y al sistemático, con un diseño observacional y explicativo, siendo además que la investigación por ser una investigación dogmática jurídica, tuvo escenario como estudio al ordenamiento jurídico peruano. Para la recolección de información se utilizó las fichas textuales y de resumen, asimismo se utilizó la técnica del análisis documental. El **resultado** más importante fue que: Los elementos del Estado Constitucional según Ferrajoli es tener una democracia sustancial, garantías primarias y un acto constituyente. La **conclusión** fue: La figura jurídica de la condena no pronunciada contraviene el paradigma del Estado Constitucional de Derecho (Ferrajoliano) por no cumplir la finalidad, de seguir una democracia sustancial y tener el orden de una norma de garantía primaria acorde a la democracia sustancia, porque trae consigo inseguridad jurídica, pues no está acorde a los fines de la teoría de la pena. La **recomendación** fue: Derogar el artículo 61 del Código Penal.

Palabras Clave: La función de gobierno – garantía, democracia sustancial, Paradigma de un Estado Constitucional de Derecho de Luigi Ferrajoli y Condena no pronunciada.

ABSTRACT

The investigation started from the problem: How does the philosophy of the Constitutional State of Law according to Ferrajoli influence the legal figure of the unpronounced sentence of the Peruvian Penal Code, 2022?; The objective being: Analyze how the philosophy of the Constitutional State of Law according to Ferrajoli influences the legal figure of the unpronounced sentence of the Peruvian Penal Code, 2022; the methodological conception of the investigation was situated within the type applied; At the descriptive level, he then used the scientific method, as well as particular methods such as exegetical and systematic hermeneutics, with an observational and explanatory design, also being that the research, because it is a legal dogmatic investigation, had a scenario as a study of the Peruvian legal system. . For the collection of information, the textual and summary sheets were used, as well as the technique of documentary analysis. The most important result was that: The elements of the Constitutional State according to Ferrajoli is to have a substantial democracy, primary guarantees and a constituent act. The conclusion was: The legal figure of the unpronounced sentence contravenes the paradigm of the Constitutional State of Law (Ferrajoliano) for not fulfilling the purpose, of following a substantial democracy and having the order of a primary guarantee norm according to the substance democracy, because it brings with it legal uncertainty, since it is not in accordance with the purposes of the theory of punishment. The recommendation was: Repeal article 61 of the Penal Code.

Keywords: The function of government - guarantee, substantial democracy, Paradigm of a Constitutional State of Law by Luigi Ferrajoli and Unpronounced sentence.

ABSTRATO

A investigação partiu do problema: Como a filosofia do Estado Constitucional de Direito segundo Ferrajoli influencia a figura jurídica da sentença não pronunciada do Código Penal peruano, 2022?; O objetivo é: Analisar como a filosofia do Estado Constitucional de Direito segundo Ferrajoli influencia a figura jurídica da sentença não pronunciada do Código Penal peruano, 2022; a concepção metodológica da investigação situou-se dentro do tipo aplicado; A nível descritivo, utilizou então o método científico, bem como métodos particulares como a hermenêutica exegética e sistemática, com um desígnio observacional e explicativo, sendo também que a investigação, por se tratar de uma investigação dogmática jurídica, teve como cenário um cenário estudo do ordenamento jurídico peruano. Para a coleta de informações, foram utilizadas as fichas textuais e sumárias, bem como a técnica de análise documental. O resultado mais importante foi que: Os elementos do Estado Constitucional de acordo com Ferrajoli é ter uma democracia substancial, garantias primárias e um ato constituinte. A conclusão foi: A figura jurídica da sentença não pronunciada contraria o paradigma do Estado Constitucional de Direito (Ferrajoliano) por não cumprir a finalidade, de seguir uma democracia substancial e ter ordem de norma de garantia primária segundo a democracia substantiva, porque traz consigo insegurança jurídica, pois não está de acordo com os propósitos da teoria da pena. A recomendação foi: Revogar o artigo 61 do Código Penal.

Palavras-chave: A função de governo - garantia, democracia substancial, Paradigma de um Estado Constitucional de Direito de Luigi Ferrajoli e Sentença não pronunciada.

INTRODUCCIÓN

La presente investigación tiene como **título**: Crítica filosófica del Estado Constitucional de Derecho según Ferrajoli a la condena no pronunciada peruana, siendo el **objetivo** de analizar como la filosofía del Estado Constitucional de Derecho según Ferrajoli influye a la figura jurídica de la condena no pronunciada del Código Penal peruano, cuyo **propósito** se centró en analizar exhaustiva si la condena no pronunciada cumple con los parámetros fijados del paradigma del Estado Constitucional de Derecho de Luigi Ferrajoli.

En ese sentido, la condena no pronunciada desde un plano del Estado Constitucional de Derecho de Luigi Ferrajoli se evidencia que lesiona principios esenciales consagradas por la norma constitucional que han sido amparadas por la democracia sustancial y formal, es por ello, que esta figura del derecho penal lleva consigo un efecto beneficioso no solamente es discriminatorio sino que también crea impunidad, siendo contrario con la finalidad del derecho penal y con la responsabilidad penal del sentenciado.

En ese orden de ideas, es necesario dar a conocer la **formulación del problema general** que fue: ¿Cómo la filosofía del Estado Constitucional de Derecho según Ferrajoli influye a la figura jurídica de la condena no pronunciada del Código Penal peruano, 2022?, del mismo modo el **objetivo general** fue: Analizar como la filosofía del Estado Constitucional de Derecho según Ferrajoli influye a la figura jurídica de la condena no pronunciada del Código Penal peruano, 2022.

Asimismo, es pertinente dar a conocer con respecto a la **justificación epistemológica** se realizó un estudio de los fundamentos, postulados y principios de la

filosofía de Luigi Ferrajoli de su concepción del paradigma del Estado Constitucional del Derecho, con la finalidad de dar a conocer la insustancialidad constitucional del artículo 61 del Código Penal, y establecer las razones científicas para su derogación de nuestro ordenamiento jurídico, asimismo como **justificación social** se contribuirá al cumplimiento estricto de la protección de bienes jurídicos dentro de la aplicación de la norma penal, por otro lado beneficiará al Estado con la plena ejecución de la sanción en la etapa de ejecución de la pena, en ese sentido como **justificación teórica** se realizó el análisis de la filosofía de Luigi Ferrajoli con respecto al paradigma del Estado Constitucional de Derecho y la institución de la condena no pronunciada del Código Penal, que es desproporcional por sus efectos y finalmente como **justificación metodológica** se utilizó el método científico que sirvió para analizar sistemáticamente y de manera objetiva las categorías de estudio, teniendo como instrumento de recolección al fichaje, siendo el nivel de investigación descriptivo y con un tipo aplicado, finalmente para la teorización de los objetivos de investigación se utilizó a la argumentación jurídica para el procesamiento de información de cada una de las hipótesis planteadas.

Por consiguiente, la investigación está compuesta por seis capítulos, así vamos a detallar de manera general cada una de ellas. **En el primer capítulo** denominado planteamiento del problema, se aborda los siguientes temas, la descripción de la realidad problemática, delimitación del problema, la justificación, entre otros.

En éste primer capítulo se pone énfasis a la formulación del problema, la cual tiene como **pregunta general**: ¿Cómo la filosofía del Estado Constitucional de Derecho según Ferrajoli influye a la figura jurídica de la condena no pronunciada del Código Penal peruano, 2022?, asimismo en el **objetivo general** de la investigación, es: Analizar como

la filosofía del Estado Constitucional de Derecho según Ferrajoli influye a la figura jurídica de la condena no pronunciada del Código Penal peruano, 2022.

Consecutivamente se abordó los antecedentes de investigación, con la finalidad de saber hasta donde se investigó referente al tema de investigación, por otro lado, también se identificó cuál fue el último estatus de las investigaciones sobre la filosofía de Luigi Ferrajoli (que es la categoría 1) y condena no pronunciada (que es la categoría 2), en consecuencia, se detallan las bases teóricas de la investigación, las mismas que se profundizaron y sistematizaron de acuerdo con las categorías de investigación.

El **capítulo tres** es referente a la metodología es donde se desarrolló y describió la forma de cómo se realizó la recolección y el procesamiento de la información, en ese sentido, se utilizó el método científico y como método específico la hermenéutica jurídica, siendo el tipo de investigación aplicada, con nivel descriptivo y un diseño observacional, para logra todo ello se utilizó la técnica del análisis documental junto con el instrumento de fichaje; ya sea textual, de resumen y bibliográfica.

El **capítulo cuatro** denominado resultados se puso en evidencia lo más resaltante de forma más sistemática, siendo estos datos utilizados para el correspondiente análisis y discusión con el objeto de arribar a una teorización, asimismo en este capítulo se consiguió sistematizar toda la información que se recabo a través de la bases teóricas y que fueron consignadas en cada objetivo específico según su correspondencia para después realizar un examen crítico académico, siendo los principales resultados:

- La suspensión de la ejecución de la pena, en ese aspecto es preciso partir desde un aspecto general a lo particular, siendo necesario uso del método de deducción es así como en el ámbito general se colocaría la suspensión de la ejecución de las

penas y, por otro lado, en el ámbito particular se concentraría lo que es la condena pronunciada o también conocida como la desaparición de las condenas.

- Las tres figuras que presupone Luigi Ferrajoli como “políticamente representativos”, “internamente divididos” y “entre ellos separados” deberían de responder sí dentro del sistema democrático y de derecho se justifica la representación política, es decir, en cuando a la división y a la separación de poderes. Sobre el primer punto nos referimos a la clásica teoría desenvuelta por Montesquieu postula que la separación de poderes es vital e importante, por ello que, existe una separación entre el poder legislativo, judicial y ejecutivo que se convirtió en una adopción dentro de todos los países y sistemas políticos.
- Por su parte, la función de gobierno se entrelaza con el espacio político donde se determinan deficiencias, parámetros y utilidades para cubrir las necesidades e intereses de forma general, sin embargo, la función de garantía abarca a la jurisdicción y la administración razón por la cual se tiene mayor consideración al criterio de corrección y fundamento de los presupuestos legales.

Consecutivamente se desarrolló sobre el análisis y discusión de los resultados de cada teorización por los objetivos específicos se sobrepone una valoración de juicio a través de la información sistematizada que fue recabada, todo ello, para arribar a las conclusiones lógicas argumentativas, las principales discusiones fueron:

- Es así como, ratificamos que la figura jurídica de la condena no pronunciada permite que se burlen del sistema penal, esto como consecuencia de las diferentes circunstancias que podría girar en torno a la posición de la sanción penal, en ese aspecto consideramos que esta figura jurídica no tiene ninguna trascendencia

dentro del ordenamiento jurídico, y además no guarda seguridad jurídica para la sociedad, por ende, debe de ser derogada.

- Las normas constitucionales se encuentran sujetas a la Constitución Política del Perú, donde no solamente se sitúan las normas de carácter estructural del Estado, sino que también la parte subjetiva, es decir los derechos fundamentales, en ese contexto, esta norma de normas adopta lo antecedido por la Constitución de 1979 sobre el sistema penal que establece sobre la prevención y persecución del delito, del mismo modo la Constitución de 1993 preceptúa lo mismo
- La concepción de la democracia sustancial no solamente contrapone la concepción de lo formal, sino que dentro de su discusión esta supera el modelo de democracia que se considera como insuficiente, siendo así una especie de modelo con mayor reforzamiento de la democracia formal que complementa “el deber ser” del derecho a través de la democratización

En esa misma línea, se exponen las principales conclusiones, que fueron las siguientes:

- El paradigma del Estado Constitucional de Derecho establece consigo tres componentes necesarios para cumplir tal finalidad, en ese sentido, se ha podido evidenciar que el componente de democracia sustancial no estaría, siendo respetado por la condena no pronunciada, toda vez que sería contraria a lo establecido dentro de la norma constitucional con respecto a los derechos vitales, ya que solamente su efecto de la condena no pronunciada está enfocada a un determinado grupo y no para toda la sociedad y consigo estaría generando inseguridad jurídica.

- Como se ha sostenido la función de gobierno y garantía están enfocadas en cumplir las normas constitucionales con la finalidad de cumplir con la teoría de un Estado garantista, en efecto se ha podido establecer que el funcionamiento del Estado es garantizar los derechos fundamentales, en consecuencia, con la condena no pronunciada no se estaría cumpliendo el resarcimiento a la víctima o agraviado esto por su efecto jurídico y por el olvido del injusto penal.
- Como se ha señalado la posición de Luigi Ferrajoli sobre la democracia sustancial versa sobre la garantía primaria y secundaria que permite salvaguardar los derechos fundamentales de la persona, asimismo este viene hacer el componente necesario para poder llamar a un Estado Constitucional de Derecho, ya que se preserva la garantía de los actos funcionales dentro de la creación den normas jurídicas como en la aplicación de tales normas, en ese sentido la condena no pronunciada colisiona directamente con un el principio constitucional de igualdad ante la ley y con la finalidad del derecho y la prevención especial y general creando un escenario de desigualdad al momento de la determinación de la sanción penal.

Y como punto último, se consignaron recomendaciones, las cuales están expuestas en orden sistemático.

Tenemos la certeza que este trabajo de investigación será de vital importancia para la comunidad jurídica, por ello, que aceptamos cualquier crítica con la finalidad de llegar a establecer posiciones académicas alturadas.

El autor

CAPÍTULO I: PLANTEAMIENTO DEL PROBLEMA

1.1. DESCRIPCIÓN DE LA REALIDAD PROBLEMÁTICA

La presente investigación es de vital importancia para la comunidad jurídica y la perfección del ordenamiento jurídico, es así que el **diagnóstico del problema** se sitúa en la institución jurídica de la “condena no pronunciada” establecida en el artículo 61 del Código Penal y analizada desde la concepción filosofía de Luigi Ferrajoli con respecto al paradigma del Estado Constitucional de Derecho, esto a que se puede advertir de *prima facie* que la figura jurídica penal no se ajusta a una “democracia sustancial”, esto debido a que se puede colegir que la aplicación de la figura jurídica de la sentencia no pronunciada entraña intereses particulares que solo beneficia a un grupo específico impidiendo de esa manera que exista una verdadera igualdad en la aplicación de la norma penal, además, la no ejecución efectiva de la pena genera circunstancias que no se despliegan de manera idónea en perseguir el delito y sancionarlo, dado que, los efectos intimidatorios o integrativos que podría generar se descartan de plano al no materializarse dentro de la realidad social, por tanto, se puede advertir que, existe una doble problemática generada por la vigencia del artículo 61 del Código Penal dentro del ordenamiento jurídico penal, esto sin la intervención de los postulados de la filosofía de Luigi Ferrajoli.

En ese sentido, desde el punto de vista social, la aplicación y vigencia de la condena no pronunciada genera dentro de la sociedad una apariencia de inseguridad e ineficiencia de la administración de justicia, dado que, las personas que efectivamente atravesaron por un proceso penal y fueron encontradas culpables por la comisión del delito adecuándose a los presupuestos de la condena no pronunciada no sufren los efectos de la pena ya que solamente se les impone reglas de conducta por un determinado tiempo,

todo ello, emite el mensaje de impunidad y de la futilidad de la potestad punitiva, además alienta a otras personas a cometer delitos que no superen los cuatro años de pena privativa de libertad para que se efectivice su aplicación, en tal sentido, se puede advertir que la condena no pronunciada conlleva a un problema social, dado que, genera en la población la visión de flexibilidad para los delincuentes y la posibilidad de cometer delitos sin repercusión penal alguna.

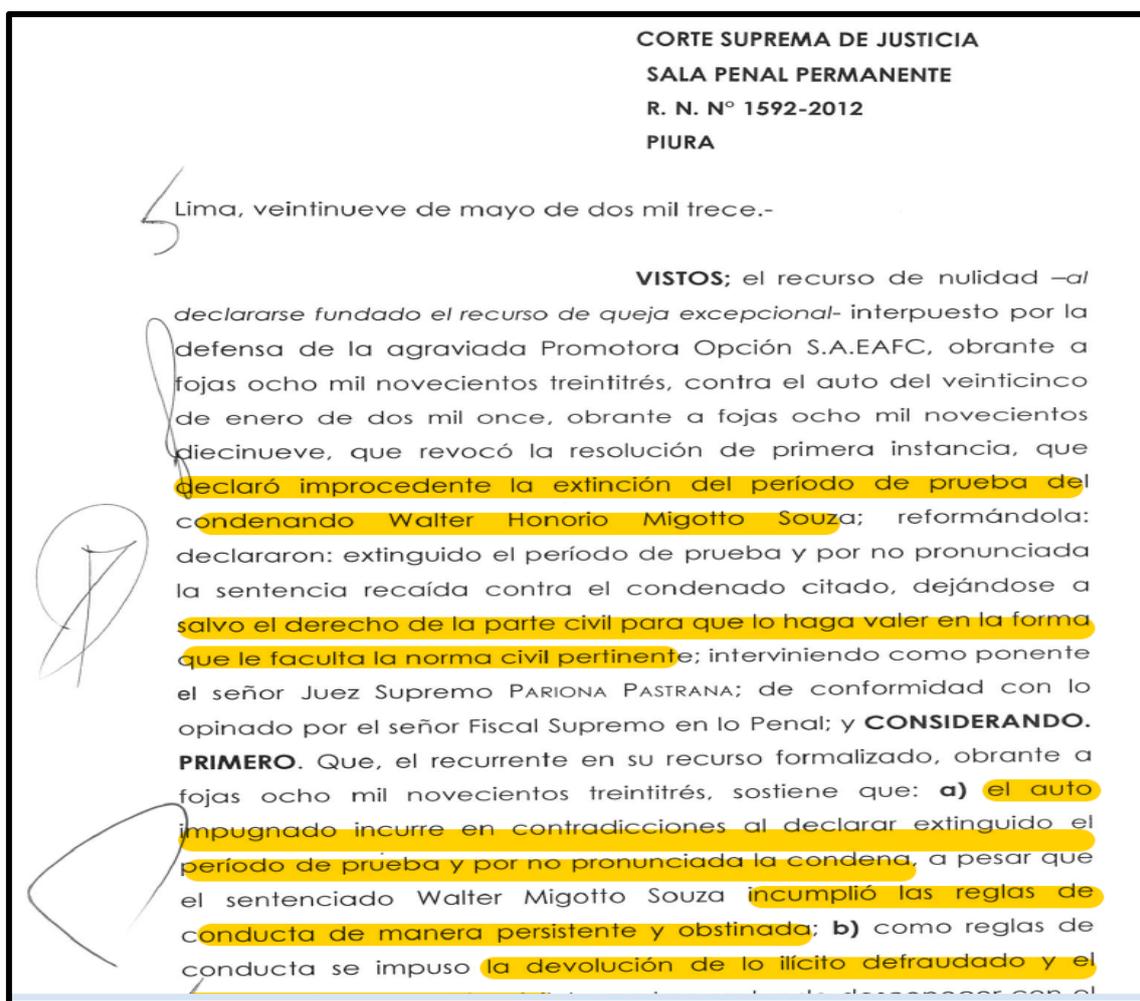


Figura 1. Recurso de nulidad sobre la condena no pronunciada
Fuente: Corte Suprema de Justicia de la Republica de Perú (2012)

En la figura citada se evidencia un recurso de nulidad cuyo contenido es realista a la problemática que hemos mencionado con anterioridad esto debido a que en esta resolución de la Corte Suprema de Justicia del Estado peruano ratifica lo sostenido en el

artículo 61 del Código Penal, en cumplimiento del principio de legalidad normativa, en ese sentido, se le condeno a Walter Honorio Migotto Souza como autor de los delitos de defraudación, fraude en la administración de personas jurídicas y falsedad ideológico, en agravio de la empresa Promotora Opción S.A.A. imponiéndole cuatro años de pena privativa de libertad aplicándose la suspensión de la ejecución de la pena por un plazo de dos años y se estableció reglas de conducta, entre estas estaba la “restitución” de la suma de doscientos cincuenta mil novecientos dólares americanos con cinco centavos de dólar, en un plazo de cincuenta días, además de ello, como reparación civil se fijó el pago de cuarenta mil nuevos soles a favor de la parte agraviada. Dicho fallo fue confirmado en la segunda instancia, en el transcurso de la ejecución de la sentencia se prorrogó el plazo de prueba por un año más, en ese sentido, no se cumplió con esta regla de conducta de la restitución de la suma de dinero defraudada a la empresa, por ende es que se plantea este recurso de nulidad para que se revierta los efectos de la condena no pronunciada, pero en última instancia la Corte Suprema ratifica el cumplimiento de los requisitos del artículo 61 del CP, al haberse cumplido el periodo de prueba y no haberse infringido de manera persistente y obstinada las reglas de conducta, por tales motivos nos parece que es desproporcionada y permite que se genere impunidad, ya que no se devolvió el dinero defraudado generándose así una situación de desigualdad frente a la sanción de otros delitos.

En consecuencia, la democracia sustancial da cabida al respeto de los derechos fundamentales, los que no están sujetos a negociación, por ello, se debería debatir una nueva postura a la política criminal con la democracia sustancial _el conflicto es que está poniendo a debate la impunidad_ por buena conducta, cuando incluso no se puede garantizar su debida motivación, sino por derechos premiales y no de una verdadera

reivindicación, lo justo sería que incluso la persona al reconocer el delito sepa la responsabilidad que debe atenerse y no pensar que será recompensado por el mal que hizo.

El **pronóstico del problema o las consecuencias negativas** es que si la figura jurídica de la condena no pronunciada continúa vigente se estaría generando un escenario de inseguridad dentro de la estructura social, dado que, se pondría en cuestionamiento la eficacia y aplicación de la potestad punitiva como una prerrogativa absoluta del Estado, así mismo, también se cuestionaría la eficacia de la persecución penal generando un escenario de cuestionamientos sobre los titulares de la acción penal y sobre los juzgadores, por tanto, la población tendría la idea de una brecha en la seguridad pública, que en realidad, existen delitos que pueden ser cometidos sin alguna repercusión penal, esta pequeña idea de inflexión o debilidad dentro de la potestad punitiva generara que las personas puedan llegar a considerar la ruta criminal como un camino viable y benéfico.

Por lo tanto, el **control del pronóstico** o solución al problema detectado es que se estipule se derogue el artículo 61 del Código Penal, es decir, que la figura jurídica de la condena no pronunciada sea expurgada del ordenamiento jurídico penal, todo ello, para lograr una consonancia entre una democracia sustancial y las normas penales que se encuentran vigentes dentro del ordenamiento jurídico penal, todo ello, para lograr expurgar las políticas criminales empleadas por el Estado que no sean congruentes con una verdadera democracia sustancial.

Estando a lo mencionado, planteamos la siguiente interrogante: ¿Cómo la filosofía del Estado Constitucional de Derecho según Ferrajoli influye a la figura jurídica de la condena no pronunciada peruana del año 2022?

1.2. FORMULACIÓN DEL PROBLEMA

1.2.1. Problema general.

¿Cómo la filosofía del Estado Constitucional de Derecho según Ferrajoli influye a la figura jurídica de la condena no pronunciada del Código Penal peruano, 2022?

1.2.2. Problemas específicos.

A. ¿Cómo la función de gobierno-garantía respecto a la filosofía del Estado Constitucional de Derecho según Ferrajoli influye a la figura jurídica de la condena no pronunciada del Código Penal peruano, 2022?

B. ¿Cómo la democracia sustancial respecto a la filosofía del Estado Constitucional de Derecho según Ferrajoli influye a la figura jurídica de la condena no pronunciada del Código Penal peruano, 2022?

1.3. JUSTIFICACIÓN

1.3.1. Epistemológica.

El presente fenómeno de estudio emprendió su desarrollo epistemológico a partir de los principios, fundamentos y métodos esgrimidos de la filosofía de Luigi Ferrajoli con respecto al Estado Constitucional de Derecho, todo ello con el **objetivo principal de dar a conocer la insustancialidad constitucional del artículo 61 del Código Penal, en ese sentido, prescribe y regula a la institución jurídica de la condena no pronunciada** para así lograr la abrogación de esta institución jurídica del ordenamiento jurídico penal.

1.3.2. Social.

El presente fenómeno de estudio tiene el aporte para con el Estado, a fin de que de un **cumplimiento estricto de la protección de los bienes jurídicos dentro de la aplicación de la norma penal, lo cual por consecuencia lógica beneficiaria en sentido**

estricto a los mismos ciudadano del Estado (no solo a los mismos justiciables), en tanto, no existiría una burla por parte del procesado de utilizar la maquinaria del juzgado penal, terminar con una sentencia condenatoria con pena suspensiva de la libertad (cuando es menos de 4 años y bajo ciertos delitos), para luego de pasar el periodo de prueba aplique el artículo 61 y judicialmente se extinga la sentencia condenatoria y el antecedente penal que generó la condena.

Lo dicho anteriormente no se condice con los fines de la pena, y bajo un Estado Constitucional formal (como lo llama Ferrajoli), es imposible aplicar inconstitucionalidad a dicho artículo en cuestión, más al contrario es motivo de plausibilidad en la actualidad y utilizado por los operadores del derecho generando indignidad para quien ha sufrido una vulneración a su bien jurídico (desde la óptima penal) como víctima, más al contrario con la postura de Ferrajoli permitirá consolidar una persecución penal fulminante que genere los efectos de la pena de manera adecuada en la población en general (y no a un sector privilegiado), a su vez también permite cumplir con el propósito de ampliar la lucha contra la criminalidad y afianzar la seguridad jurídica y la apariencia de derecho dentro de la estructura social del Estado, para ello, es indispensable que se derogue el artículo 61 del Código Penal.

1.3.3. Teórica.

Como justificación teórica es que **se realizó un análisis desde la filosofía del cómo entiende el Estado Constitucional de Derecho según Luigi Ferrajoli en relación con la condena no pronunciada**, a razón que el Estado constitucional estándar, la cual vivimos, según Ferrajoli la comprende como un Estado positivista o legislativo o incluso Estado Constitucional de Derecho formal, la cual no vela por la coherencia entre la interpretación y finalidad sustancial de todo el ordenamiento jurídico, sino que solo vela

por la técnica legislativa y la formalidad con la que es aplicada actualmente toda norma del ordenamiento jurídico.

Y como se viene advirtiendo, la aplicación de la condena no pronunciada genera que la etapa de ejecución de la pena no se concrete, en tal sentido, no podría desencadenarse los efectos de la pena, generando que, las etapas de creación de la norma penal y aplicación de la norma penal resulte en fútiles o irreales, en tanto, dicha institución no generaría alguna clase de impacto coercitivo o de utilidad al derecho penal, siendo que la potestad punitiva no tendría ninguna aplicación práctica, generando que existan cuestionamientos sobre el objeto, la importancia y la naturaleza jurídica del derecho penal, además que, la política criminal que genera la existencia de la figura jurídica de la condena no pronunciada nos permite vislumbrar la existencia solo de una democracia formal, más no sustancial.

1.3.4. Metodológica.

En orden a la naturaleza de la investigación se utilizó al método científico, toda vez que se va a **analizar de manera sistemática y objetiva sobre ambas categorías de estudio se tuvo como instrumento de recolección de datos a la ficha (bibliográfica, textual y de resumen), tanto de la filosofía de Luigi Ferrajoli y de la figura dogmática de la condena no pronunciada**; así, al estar encaminado a un nivel descriptivo se analizaron las particularidades de cada categoría y su correspondencia, para utilizar por último la argumentación jurídica como método de procesamiento de datos con tal de poder teorizar los objetivos planteados.

1.4. OBJETIVOS

1.4.1. Objetivo general.

Analizar como la filosofía del Estado Constitucional de Derecho según Ferrajoli influye a la figura jurídica de la condena no pronunciada del Código Penal peruano, 2022.

1.4.2. Objetivos específicos.

A. Identificar como la función de gobierno-garantía respecto a la filosofía del Estado Constitucional de Derecho según Ferrajoli influye a la figura jurídica de la condena no pronunciada del Código Penal peruano, 2022.

B. Determinar como la democracia sustancial respecto a la filosofía del Estado Constitucional de Derecho según Ferrajoli influye a la figura jurídica de la condena no pronunciada del Código Penal peruano, 2022.

CAPÍTULO II: MARCO TEÓRICO

2.1. ANTECEDENTES

2.1.1. Nacionales.

En el ámbito nacional se ha encontrado la tesis titulada: *El garantismo y el eficientísimo en el proceso penal peruano*: estudio de casos en las provincias altas del distrito judicial de cusco, **por** Sumire (2018), sustentada en la ciudad de Arequipa para optar el **grado de doctor en derecho** por la Universidad Nacional de San Agustín de Arequipa, la cual, **tuvo como propósito** determinar cuáles son los factores clave y los requisitos indispensables para que se susciten las garantías dentro de una democracia sustancial, todo ello, para lograr incrementar de manera ostensible el ámbito garantista del derecho penal, dado que, se establece que existe una correlación inescindible entre el nivel de garantismo que ostenta y despliega la constitución con el nivel de garantismo que se puede observar dentro del ámbito penal; **relacionándose así con nuestra tesis** debido a que se precedente establecer que el garantismo constitucional nos permite colegir que debe de existir una verdadera disposición y correlato constitucional dentro de todas las instituciones penales dentro del ordenamiento jurídico penal, en tal sentido, se puede mencionar que, las instituciones ajenas al constitucionalismo sustancial son en esencia figuras jurídicas que deben ser expurgadas del ordenamiento jurídico penal; así la tesis llegó a las siguientes conclusiones:

- Primera: Si el modelo procesal penal se erige como un modelo garantista y eficaz, no se ha trabajado los parámetros de análisis sobre las implicancias de eficacia, mucho menos sobre la eficiencia. El análisis doctrinario parece asumirlas como sinónimo de economía procesal y como la mejoría de la actividad investigativa, del contradictorio y de la resolución de casos, donde se resalta plazos cortos,

buena defensa, ahorro de recursos, resoluciones bien motivadas, entre otros parámetros.

- Segunda: El Estado Constitucional de Derecho obliga a los operadores del proceso penal garantizar la vigencia de los derechos fundamentales y los principios procesales en todas las etapas del proceso, donde los jueces tienen una especial función de interpretar y aplicar los derechos y principios constitucionales, habiendo el Estado peruano dotado relativamente de herramientas garantistas – tutela de derechos y procesos constitucionales– ante la afectación de algún derecho del imputado, sin dejar de proteger al agraviado.
- Quinta: Un modelo garantista y eficiente debe potenciar el manejo de las audiencias inmediatas y las decisiones orales en una sola sesión. Definir protocolos y estrategias investigativas sobre la idoneidad y pertinencia de los actos de investigación y actos de prueba, depurando la sobreabundancia e impulsando las convenciones probatorias, capacitar a los abogados en estrategias de defensa sustancial a partir de casos concretos. La Corte Superior debe transformar los ETI Penales en unidades de investigación hacia la calidad del proceso penal, pasando del análisis a la práctica y réplica de manejo de audiencia eficiente.

Finalmente, la tesis, pese a ser de corte doctoral, **carece de una metodología**, por lo cual el interesado puede observar en las referencias bibliográficas el enlace pertinente para cerciorar y contrastar que lo dicho por la tesista es cierto.

De los antecedentes nacionales se tiene el **artículo indexado** llevado a cabo por la Facultad de Derecho de la Universidad San Martín de Porres, Lima, Perú, con el título de: *“La negación de la finalidad del proceso penal por acción del neo punitivismo. El*

caso peruano. El caso de la prohibición del beneficio de la suspensión del cumplimiento de la pena privativa de la libertad”, desarrollado por Ríos (2019), publicado en la prestigiosa Revista de la Facultad de Derecho (49), pp. 1 – 29, **esta investigación tuvo como propósito** develar que en el Perú el legislador, el juzgador y administrador prefieren a un mecanismo pragmático que no son equivalentes con los postulados filosóficos del derecho, ni al sentido de sancionar o de declarar una condena no pronunciada, en consecuencia, se debe reformular esta perspectiva e incluso derogar las normas que sean necesarias, de ese modo, **se relaciona con nuestra investigación** al cuestionar nuestra legislación en estricto a las normas que regulan la pena sin sustento filosófico, las mismas que son aplicadas por mero pragmatismo, es del caso del artículo 61 nuestro cuerpo normativo que regula el Código Penal. En esa perspectiva, el artículo mencionado llega a las siguientes conclusiones:

- El *ius puniendi* se caracteriza por el poder del Estado para castigar las conductas delictivas con la finalidad de conservar el *statu quo* mediante procesos de criminalización definiendo el comportamiento, dictando responsabilidad penal, penas y ejecutando las mismas.
- El ejercicio de ese poder está supeditado a ejercerse bajo las condiciones del debido proceso, es decir, respetando derechos y garantías de ambas partes.
- Desde una perspectiva criminológica, se busca prevenir las conductas delictuosas, y desde allí, se asevera un sistema equitativo, esto es, de trato de igualdad social, en consecuencia, las penas aplicables y a la vez su ejecución debe ir en armonía.
- Los institutos alternativos de prevención, como el caso de la suspensión de la condena y la desaparición de la condena deben sujetarse a límites y ser evaluados desde la filosofía y la criminología.

Para finalizar, el trabajo de investigación mencionado **carece de una metodología**, de tal modo, quién considere pertinente puede contrastar que lo afirmado por la tesista es correcto.

De igual forma, precede a la presente investigación la tesis titulada: **“Sanción penal y modernas tendencias del derecho penitenciario”**, desarrollada **por** Salas (2019), sustentada en la ciudad de Cuzco para obtener el **grado académico de doctor** por la Universidad Andina del Cuzco, dicha tesis **tuvo como propósito** develar que nuestro sistema respecto a la pena no está cumpliendo sus finalidades, esto es, la de resocializar y por otro lado, se evidencia que la criminalidad está avanzando progresivamente siendo un indicador negativo de nuestro sistema de prevención. **En relación con nuestro trabajo**, se evidencia que se comparte la idea de los efectos negativos de la aplicación de la pena no pronunciada como suerte de un beneficio que permite al delincuente eximir su condena. Así, el investigador del trabajo en mención concluye de la siguiente manera:

- En el Perú no se cumplen los objetivos de la pena, no hay resocialización de parte del condenado ni cuando es sancionado por pena privativa de libertad u otra pena alternativa.
- La criminalidad en todas sus manifestaciones, esto es, la conocida como común, la de crimen organizado, etc. Se están incrementando como consecuencia de un sistema deficiente de la prevención criminal.
- El sistema de prevención y de ejecución de las penas en nuestro país se debe guiar de las modernas tendencias del derecho penitenciario, a fin de erradicar los beneficios sin sentido y sobre todo las condenas no pronunciadas.

Para dar por concluido con este antecedente, vale indicar que **no cuenta con una metodología de investigación**, en tanto, de ser necesaria su corroboración se debe acudir al enlace referido en la bibliografía de la presente investigación.

Como otro antecedentes nacionales, resulta importante el **artículo indexado** de investigación científica impulsado por la Universidad de Ciencias Aplicadas, Lima, Perú, titulado: *“Teorías de los fines de la pena: la problemática aplicación de la prevención especial en la política criminal peruana”*, por Farfán (2021), publicado en la revista Ius et Veritas (62), pp. 230 – 252, este artículo **tuvo como propósito** de la discusión deficiencia de la materialización de la teoría de prevención especial de la pena en el Perú, afirmando que ésta no se está aplicando de manera correcta, en consecuencia se debe reformular, en tal circunstancia, **se relaciona con nuestro trabajo** al cuestionar la aplicación de la pena no pronunciada como consecuencia de una mala praxis de la teoría de la prevención especial. En ese sentido se comprende que el autor del trabajo tomado en cuenta concluye en lo siguiente:

- Si bien es cierto, los roles que asume la pena en nuestro ordenamiento jurídico peruano son diversos, el principal consiste en la prevención genérica preventiva, esto implica que la aplicación de las penas sea eficiente.
- La poca eficiencia del sistema de prevención recae en problemas de mala praxis de este, cayendo en dos extremos, por un lado, el exceso de penas privativas de libertad y por otro, la desaparición de la condena.
- Se debe reformular e implementar nuevas políticas públicas para ser más eficiente el sistema de prevención general, donde no solo interfiera el derecho, sino también el apoyo social.

Para dar por finalizado, es preciso decir, que el trabajo referido **no cuenta con una metodología de investigación**, por ende, de ser necesaria su corroboración se debe acudir al enlace referido en la bibliografía de la presente investigación.

En el ámbito nacional se ha encontrado la tesis titulada: *El Perú como a estado constitucional de derechos y su afectación por la corrupción*, por Cabrera (2018), recogida en la **revista jurídica científica**, por la Universidad Señor de Sipán, en la presente **investigación se ha desarrollado** relación al estado constitucional de derecho como garantía de la seguridad jurídica para ello se ha hecho referencia sobre el estado constitucional de derecho, pues entiende por éste se consolida en la garantía de los derechos sociales, derechos de libertad asegurando los intereses generales de toda la sociedad y además haciendo prevalecer la justicia sobre la ley, en esencia un estado de derecho Constitucional implica toda norma política cuyo contenido jurídico vincula a las disposiciones de los poderes públicos que se encuentran separados de acuerdo a la división clásica realizada por Montesquieu la cual se separa en el poder ejecutivo, legislativo y judicial, y este resultado se entrelaza con nuestro tema de investigación porque el investigador realizó un estudio íntegro sobre la supremacía de la Constitución ante las leyes subordinadas indicándose un orden jurídico del sistema jerárquico que coloca a la Constitución como una norma supraordenado de la cual emanan las funciones del poder público y otras normas jurídicas subordinadas a este, es así la tesis llegó a las siguientes conclusiones:

- La supremacía constitucional se origina por la voluntad popular lo cual implica que este poder no se encuentra subordinada sí no que se coloca en el grado supraordenado para que las demás normas guarden coherencia y significado con el control que realiza el estado constitucional de derecho.

- La Constitución al constituir una norma súper ordenada debe contemplar la garantía de los derechos vitales en razón que su primacía ante las demás leyes le otorga un orden jerárquico para que toda norma que sea contraria a esta se declare como ilícita o anulable, legitimo o ilegítimo.

Finalmente, el trabajo de investigación **carece de una metodología**, por lo cual el interesado puede observar en las referencias bibliográficas el enlace pertinente para cerciorarse y contrastar que lo dicho por la tesista es cierto.

2.1.2. Internacionales.

En el ámbito internacional se ha encontrado la tesis titulada: *La carga invertida de los derechos fundamentales; el estado constitucional como principios y como garantías*, por Bechara (2019), sustentada en Bellaterra, España para optar el **grado de doctor** por la Universidad Autónoma de Barcelona, la cual **tuvo como propósito** efectuar una explicación sobre la carga invertida de los derechos fundamentales en un estado democrático de derecho empero dentro de una verdadera democracia sustancial, alejada de los intereses particulares y las formas arbitrarias de generación de políticas criminales que benefician a un grupo particular de ciudadanos, dado que, dentro del antecedente antes citado se señala que la igualdad en la aplicación de las normas legales debe de ser la principal premisa para el ejercicio o aplicación de las premisas o prerrogativas estatales, todo ello, en consonancia con los postulados garantistas dentro de la constitución, por ello, es importante realizar una diferenciación entre las pseudo garantías constitucionales tergiversadas por un intereses particular y las verdaderas garantías constitucionales producto de una democracia sustancial; **relacionándose así con nuestra tesis** debido a que aborda el tema de las garantías constitucionales que provienen de una democracia sustancial y una verdad constitucionalización garantista de los actos públicos que

proviene del Estado, en tal sentido, resulta imperioso relacionarlo con el presente trabajo de investigación en cuanto al tema de la democracia sustancial en las verdaderas garantías constitucionales en un gobierno democrático; así la tesis llegó a las siguientes conclusiones:

- Las teorías constitucionales de Robert ALEXY y Luigi FERRAJOLI si bien nacieron en contextos y momentos distintos, tienen fuertes rasgos de conexidad y complementariedad práctica, esto se da especialmente porque los dos modelos teóricos-constitucionales, se gestan al interior del constitucionalismo europeo de segunda posguerra, y en la matriz de dos culturas jurídicas sólidas y de democracias constitucionales estables. El modelo de sistema jurídico de tres niveles propuesto por ALEXY, en el sentido de entender que los modernos sistemas jurídicos se integran por normas estructuralmente concebidas, como principios, reglas y procedimientos.
- Donde las normas de procedimiento cumplen un papel trascendental en la materialización judicial, de las normas fundamentales en su fase positiva de consagración en la Constitución. Por su parte FERRAJOLI, identifica que las reglas deben integrar el modelo del Estado constitucional de derecho, a partir de unas garantías institucionales provistas, de mecanismos en el mismo nivel normativo de construcción y gestación de los derechos, antes de la activación judicial de las garantías secundarias de protección. La noción por ende en la que FERRAJOLI, distingue toda su teorización se da en el sentido, de conectar pragmáticamente la noción protección con el escenario judicial, el cual está más cerca desde la perspectiva teórica de ALEXY, y en un segundo lugar la noción de

garantía, que Ferrajoli la direcciona y relaciona con la estatalidad misma, más que en un sentido judicial o jurisdiccional concreto.

Finalmente, la tesis, pese a ser de corte doctoral, **carece de una metodología**, por lo cual el interesado puede observar en las referencias bibliográficas el enlace pertinente para cerciorar y contrastar que lo dicho por la tesista es cierto.

En el ámbito internacional se ha encontrado la tesis titulada: ***El activismo jurisdiccional y el garantismo penal en la administración de justicia del Ecuador***, por Acosta (2019), sustentada en la ciudad de Ambato para optar el **grado de doctor** en derecho por la Universidad Técnica de Ambato, la cual, **tuvo como propósito** determinar cuáles son los límites de la potestad punitiva del Estado frente a las garantías político criminales que se establecen como frenos naturales de tal potestad, además de, determinar cómo se suscita la influencia de las garantías constitucionales frente a la aplicación o empleo de la potestad punitiva estatal, todo ello, para poder colegir los adecuados baremos garantistas que deben de emplear en la persecución penal dentro de los delitos de corrupción de funcionarios, para lograr advertir, las garantías que deben de aplicarse en el caso específico de los delitos de infracción del deber, si existen diferencias con los delitos de dominio o deben de aplicarse garantías especiales para los delitos cometidos por funcionarios públicos; **relacionándose así** con nuestra tesis debido a que se establecer la inescindible relación que existe entre las garantías constitucionales propias de una democracia sustancial con lo cual se determinan las garantías necesarias que deben de aplicarse dentro del ejercicio de la potestad punitiva estatal, en tal sentido, resulta necesario que dentro de los delitos en contra de la administración de justicia se logre establecer los parámetros para la aplicación de una democracia sustancial respaldada por

garantías dentro de la aplicación de la potestad punitiva; así la tesis llegó a las siguientes conclusiones

- Primera: Si el modelo procesal penal se erige como un modelo garantista y eficaz, no se ha trabajado los parámetros de análisis sobre las implicancias de eficacia, mucho menos sobre la eficiencia. El análisis doctrinario parece asumirlas como sinónimo de economía procesal y como la mejoría de la actividad investigativa, del contradictorio y de la resolución de casos, donde se resalta plazos cortos, buena defensa, ahorro de recursos, resoluciones bien motivadas, entre otros parámetros.
- Segunda: El Estado Constitucional de Derecho obliga a los operadores del proceso penal garantizar la vigencia de los derechos fundamentales y los principios procesales en todas las etapas del proceso, donde los jueces tienen una especial función de interpretar y aplicar los derechos y principios constitucionales, habiendo el Estado peruano dotado relativamente de herramientas garantistas – tutela de derechos y procesos constitucionales– ante la afectación de algún derecho del imputado, sin dejar de proteger al agraviado.
- Tercera: En los órganos jurisdiccionales de las provincias altas de Cusco, el modelo procesal penal se viene implementando con relativo éxito, con nivel de garantismo satisfactorio incluida la eficacia en la presunción de inocencia, motivación de disposiciones y resoluciones judiciales, aunque relativa en la defensa formal, en la cantidad de sesiones de audiencias, en la observancia de los plazos, sobre todo, en los procesos comunes y procesos por delitos graves y complejos, donde el modelo pierde fortaleza al devenir el proceso en burocrático, ritualista, con garantías relativizadas, con muchas sesiones de audiencias

prolongadas, perdiendo su esencia la inmediación y el contradictorio en perjuicio del justiciable y de la calidad de las decisiones.

Finalmente, la tesis, pese a ser de corte doctoral, carece de una metodología, por lo cual el interesado puede observar en las referencias bibliográficas el enlace pertinente para cerciorar y contrastar que lo dicho por la tesista es cierto.

A nivel internacional se han ventilado diversos trabajos de investigación que se relacionan con el nuestro, así tenemos la tesis titulada: *“Injusto Penal y teoría de las normas: consideraciones normológicas sobre el delito y la pena”*, diseñada por Alpaca (2019), sustentada en León para **optar el grado de doctor** por la Universidad de León, esta tesis **se preocupa en demostrar** cuál es el propósito de las consecuencias de la norma desde la perspectiva de la teoría de la pena, **se relaciona con nuestro trabajo** al afirmar que las consecuencias de la condena es prevenir las conductas delictivas, las cuales se deben tratar en la medida posible con mucha prudencia dejando de lado las condenas no pronunciadas. De allí que, el autor llega a las conclusiones que siguen:

- En el ordenamiento jurídico se tiene dos tipos de normas: las primarias que se dirigen a todos los ciudadanos y las secundarias, normas aplicables exclusivamente a los jueces.
- Tanto las normas primarias y secundarias buscan un fin, un sentido exhaustivo para con el derecho Penal, este es, prevenir. Las primeras protegen bienes jurídicos atropellados por el ciudadano y los segundos bienes jurídicos del ciudadano en relación con la actividad deficiente del Estado.
- Si se trata de prevenir, tanto normas primarias y secundarias, la pena debe ser aplicada tal cual, es decir, sin relativizarla.

Ya para terminar, es idóneo mencionar que la tesis tomada en cuenta **no tiene metodología de investigación**, por ende, de ser necesaria su corroboración se debe acudir al enlace referido en la bibliografía de la presente investigación.

Asimismo, como antecedente internacional la tesis titulada: “*De la sociedad disciplinaria a la sociedad de control: la evolución de las formas control y sus mutaciones en las cárceles españolas*”, llevada a cabo por Peña (2019), sustentada en Madrid para optar el **grado de doctor** por la Universidad Complutense de Madrid, **tuvo como propósito** que los sistemas de control en España no están cumpliendo con sus finalidades inclusive con la implementación de políticas de bienestar para los que han sido condenados se persiste en tal problemática, eso amerita una reforma, de allí que, **se relaciona con nuestra** investigación al postular una crítica al sistema de control y por otra parte, una reforma de la normatividad que sea necesaria, esto incluiría el respaldo legal de las condenas no pronunciadas. Partiendo de esa perspectiva, el autor concluye que:

- Las maneras de realizar los delitos se están modificando, y en paralelo a ese fenómeno, se ha tratado de humanizar las cárceles con la implementación de nuevas formas de control, como, por ejemplo, los grilletes electrónicos, sin embargo, esto resulta deficiente en el sentido que, en los delitos de menor gravedad y donde el delincuente se muestra entre comillas auténtico, la condena se convierte a una no pronunciada perdiendo el horizonte los sistemas de control.
- Los sistemas de control van más allá de todo tipo de muralla o armamento, también debe trascender a los infractores de la ley que han sido beneficiados con penas alternas a las de privativa de libertad, implementándose controles silenciosos y eficaces.

Antes de desarrollar el otro antecedente conviene señalar, que la referida tesis **no tiene metodología de investigación**, por ende, de ser necesaria su corroboración se debe acudir al enlace referido en la bibliografía de la presente investigación.

Como resultado de búsqueda de antecedentes internacionales, se tiene finalmente a la tesis titulada: *“La reinserción social de los infractores extranjeros en el Código Penal”*, realizada **por** Campos (2019), sustentada en Málaga para optar el **grado de doctor** por la Universidad de Málaga, esta investigación **tuvo como propósito** hacer hincapié en la vulneración de la finalidad de la pena cuando se expulsa a los extranjeros que hayan delinquido, esto lleva a cuestionar si en realidad con la praxis se busca resocializar al delincuente, o más bien, dejarlo a cuenta suya que se dirija al puerto que crea conveniente, **esto encuentra relación con nuestro trabajo** al cuestionar la mala praxis de la ejecución de las condenas, cuando estas incluso se dejan sin efecto a mérito de un periodo de prueba que sin lugar a dudas no ha sido controlado ni suficiente para afirmar la resocialización y por ende, la pena no pronunciada para este tipo de delincuentes no es idónea siendo que, nada nos asegura que ya se resocializó. En tal perspectiva, el autor nos muestra las siguientes conclusiones:

- El sistema jurídico español devora en la práctica la finalidad de resocialización de los condenados por condena delictuosa.
- La expulsión de los extranjeros que han delinquido no coadyuva en el desarrollo de la finalidad de la pena, esto es, la resocialización.
- Afirma que un delincuente se ha resocializado por haber cumplido un pequeño periodo de prueba sin haber tenido los cuidados y formación suficiente, es una grave amenaza para la institución de la pena de prevención especial, puesto que, se está atribuyendo un título falso.

Por último, es menester subrayar que el trabajo referido no tiene una metodología de investigación, en consecuencia, el interesado deberá corroborar con el enlace correspondiente dejado en la bibliografía de ser necesario.

Como investigación internacional, se tiene la tesis titulada: *Poder constituyente derivado y control constitucional en Ecuador. Análisis normativo y jurisprudencial*, por Quintana (2019), sustentada en Quito para obtener el título de magister, por la Universidad Andina Simón Bolívar, Ecuador; en esta **investigación se desarrolló** sobre lo que concierne al poder constituyente y la reforma de un cambio constitucional, para ello el investigador ha desarrollado las implicancias y limitaciones del poder constituyente, definiendo así en primer lugar al poder constituyente originario, y esto en base a que es desde ahí que se parte para tener una generalidad de conceptos con relación al poder constituyente y el vínculo que existe entre la jerarquización de grado de las normas constitucionales, por tal razón, sostienen que el poder constituyente se relaciona con la titularidad de la soberanía y que éste nace como la voluntad popular del pueblo, asimismo **esta investigación se relacionan con la nuestra** debido a que se determina que en efecto el que dio origen al poder constituyente sin lugar a duda es la voluntad del pueblo, por ello se considera que esta norma es superior a las demás normas que derivan o se encuentran subordinadas al orden jurídico, por ello, las conclusiones de dicha investigación fueron las siguientes:

- El poder constituyente originario en determinadas ocasiones ha interferido en las nociones de reforma y cambio constitucional debido a que otorga el poder constituyente derivado ejercer una tarea que realice ciertas modificaciones a los textos constitucionales, pues ejercer el poder originario constituye una alteración

a los elementos constitutivos de un estado o al de la estructura esencial de la Constitución.

- En ese sentido, existe una deficiencia normativa desde el plano constitucional como legal razón por la cual los procedimientos de enmienda y reformación deben ser controlados bajo el poder constituyente ya que éste tiene como facultad ejercer los debidos procedimientos bajo el control de los límites y ejercicio de las funciones del poder público.
- Actualmente, la noción de un poder constituyente implica que éste debe ser controlado, sin embargo, al ser producto de la voluntad popular este goza de una supremacía constitucional, no obstante, se evidencia limitaciones implícitas que limitan al poder constituyente en concretizar un verdadero estado de derecho.

Finalmente, el artículo indexado, **carece de una metodología**, por lo cual el interesado puede observar en las referencias bibliográficas el enlace pertinente para cerciorarse y contrastar que lo dicho por el tesista es cierto.

Como investigación internacional, se tiene al artículo indexado titulado: ***Constituyente permanente en México y el problema de los límites de la reforma constitucional***, por Neria (2018), recogida de la Revista estudios constitucionales, Volumen 16, Universidad autónoma de Baja California, México; en esta **investigación se desarrolló** sobre una reforma constitucional identificando inicialmente al poder constituyente permanente, para ello el investigador ha desarrollado profundamente las definiciones sobre aquellas constituciones escritas y no escritas, del mismo modo, ha realizado una clasificación de los textos constitucionales en base a que el poder constituyente influye en el origen del texto constitucional, es así que se ha logrado evidenciar que el poder constituyente tiene atribuciones fundadas en la voluntad de la

colectividad, es decir, éste se da a posteriori del poder constitutivo, por consiguiente también se ha tocado el tema sobre la división de los poderes teniendo como partida al poder constituyente, los poderes constituidos y el poder de reforma de la Constitución, asimismo **esta investigación se relacionan con la nuestra** debido a que se tiene como idea principal que el poder constituyente contempla la división de poderes desde la perspectiva de determinados principios para alcanzar los objetivos axiológicos del Estado, conjuntamente para proteger y garantizar la dignidad humana, por lo tanto, el poder constituyente es concebido como aquella facultad inherente que se le otorga a todo ciudadano, por ello, las conclusiones de dicha investigación fueron las siguientes:

- La separación de poderes influye como un principio y la reforma constitucional ya que éste debe cumplir con el ejercicio de la función de garantía de una supremacía constitucional, en tal sentido, existe la necesidad de referir sobre los límites del ejercicio del poder político cuando se hace referencia a una reforma constitucional, ya que solo se entenderá que el poder político es válido siempre y cuando guarde coherencia y significado con La Constitución.
- Al constituir el poder constituyente la mera voluntad de la colectividad ello implicaría que ante una reforma constitucional esta facultad estaría en manos de estos por lo que resultaría de alguna manera un tanto complejo ya que se podría llegar a trastocar los límites que son muy relevantes.
- Los límites que se establecen por la propia regulación constitucional ante el procedimiento de revisión constitucional derivan de las denominadas cláusulas estipuladas dentro del funcionamiento de los órganos constitutivos del Estado por lo que una enmienda constitucional o reforma dan lugar y alguna manera a activar

el ejercicio del poder constituyente ya que éste se caracteriza por ser una norma de grado supraordenado.

Finalmente, el artículo indexado, **carece de una metodología**, por lo cual el interesado puede observar en las referencias bibliográficas el enlace pertinente para cerciorarse y contrastar que lo dicho por el tesista es cierto.

Como investigación internacional, se tiene al artículo indexado titulado: ***Materiales preliminares para un análisis crítico del poder constituyente***, por Sánchez (2020), recogida de la Revista telemática de filosofía del derecho, Volumen 23, Universidad de Sevilla; en esta **investigación se desarrolló** con respecto a la filosofía del derecho y su relación con el poder constituyente bajo su versión popular y su versión oligárquica, referido a análisis se basa en el propósito de que el poder instituye e influye en las dimensiones populares y oligárquicas, del mismo modo, se ha hecho referencia sobre las crisis actuales que afrontan los Estados constitucionales de derecho y básicamente el resultado de debilitamiento a causa del extenuación de los sistemas democráticos con relación a las garantías de los derechos fundamentales, asimismo **esta investigación se relacionan con la nuestra** debido a que se determina que el poder constituyente y la Constitución se sitúa en una realidad donde se interpreta y se resalta que el poder constituyente es el más relevante de un postulado político democrático, por ello, las conclusiones de dicha investigación fueron las siguientes:

- El poder constituido de los estados constitucionales de derecho bajo su expresión legislativa, ejecutiva y judicial escapa de la perspectiva de una esfera de objetividad, igualdad formal, neutralidad, generalidad y universal debido a que éste se encuentra en una lucha permanente con las fuerzas desiguales de los poderes conformados por grupos instituyentes oligárquicos.

- Es así que poder constituyente actúa dentro de los diversos contextos de las normas y los ordenamientos jurídicos formales y dentro de las esferas jurídicas no estatales teniendo como inició un paradigma pluralista del derecho, en esencia la separación de los poderes del Estado en cierta forma influye en los poderes instituyentes para así de marcar el grado de supraordenalidad de las normas formales y sustanciales.
- El poder constituyente desde la perspectiva de Ferrajoli implica que éste está orientado garantizar los derechos fundamentales debido a qué se trata ya que el poder que no se encuentra sujeto ni subordinado a otra norma equivalente a este, por lo tanto, está facultado para establecer los límites y deberes para poder público.

Finalmente, el artículo indexado, **carece de una metodología**, por lo cual el interesado puede observar en las referencias bibliográficas el enlace pertinente para cerciorarse y contrastar que lo dicho por el tesista es cierto.

2.2. BASES TEÓRICAS O CIENTÍFICAS

2.2.1. Estado Constitucional según Luigi Ferrajoli.

2.2.1.1. Elementos filosóficos estructurales.

2.2.1.1.1. Poder Constituyente y constituidos.

El poder constituyente y poder constituido es parte de la obra de *Principia iuris* de Ferrajoli quien plantea un nuevo paradigma sobre el estado constitucional de derecho, en esencia desarrolla y propone una perspectiva distinta a la típica caracterización del estado de derecho, así mismo, hace referencia sobre la situación constituyente que se caracteriza por su no sometimiento puesto que constituye un poder originario.

En ese sentido, para poder establecer respecto al poder constituyente y el poder constituido es necesario entender que la situación y el acto constituyente comparten el predicado antiguo de constituyente, es así como en la construcción del nuevo paradigma sostenida por Ferrajoli se da relevancia a la situación constituyente en razón que creemos adecuado el no colocar el acto constituyente debido a que todos los actos conlleva a situaciones (Ferrajoli, 2013a, p. 804).

En consecuencia, la situación constituyente se encuentra supraordenado ante los actos constituyentes, por lo que este se caracteriza por ser una situación no positivizada, es decir, que no es resultado de ningún acto jurídico y por ende solo puede tratarse de una situación activa dotada de poder, por consiguiente, exterior al derecho positivo es complejo referir de obligaciones o prohibiciones que son constituyentes u originarias.

Ahora bien, referir sobre un poder originario implica hacer mención del poder constituyente, debido a que es la noción elemental de la filosofía política y de las teorías del derecho aun cuando ha sido descuidado en ciertas oportunidades por la ciencia jurídica, esta adquiere relevancia a partir de su capacidad de revelar los fundamentos del derecho positivo (Ferrajoli, 2013a, p. 805).

En consecuencia, hablar de una situación constituyente no es lo mismo que referir sobre el poder constituyente debido a que el primero se trata meramente del poder originario que conlleva a cumplir ciertas obligaciones o prohibiciones, a diferencia el segundo suele darse como producto de la situación constituyente, siendo así que este designa el fundamento externo teniendo en cuenta el aspecto político antes incluso que el aspecto jurídico, de ahí que se logra designar si este es fundado o no fundado dentro del marco jurídico.

Desde esa perspectiva se afirma que el poder constituyente es de carácter relevante debido a que éste permite comprender o analizar la naturaleza del derecho positivo como una construcción humana. Es así como el desplazamiento de referido concepto es el resultado de una operación política que no siempre es consecuente, por lo que el fruto de este recae en el desconocimiento del paradigma iuspositivista del estado moderno y del derecho, asimismo, suele recaer en la naturalización paracientífica del derecho y el estado moderno y la neutralización política (Ferrajoli, 2013a, p. 806).

En síntesis, el poder constituyente se diferencia de cualquier otro poder por el grado de supraordenación, es decir, el poder constituyente no se subordina a ninguna norma semejante, por lo que en esencia esta situación constituyente es ejercido por un individuo constituyente, en tal sentido, el poder constituyente configurará aquella circunstancia de grado donde no se encuentra subordinado y que además resalta por el goce de autonomía.

En ese sentido, el poder constituyente se caracteriza por ser el resultado de una situación constituyente, razón por la cual el poder constituyente implica aquella situación centrada en el poder, soberanía y facultad, se entiende por éste como aquella potestad que no se encuentra positivizado, debido a que el poder constituyente no ha sido originado mediante un acto determinado sino por la situación constituyente, por consiguiente, solo se originará siempre y cuando se trate de un hecho meramente ejercido, es decir, cuando se trate de un poder que no se encuentra regulado por ninguna norma y es atribuido a un sujeto constituyente natural y no artificial se afirma ello debido a que cabe resaltar que los sujetos artificiales son productos de actos jurídicos (Ferrajoli, 2013a, p. 806).

Por ende, el poder constituido se diferencia en base a las consideraciones que se realizan como válidas o inválidas de aquellas decisiones que se aplica de una norma

formal, es decir, el poder constituido se encuentra conformado por actos preceptivos que se subordinan ante aquellas situaciones de grado supraordenado, es decir, a la situación constituyente, actos constituyentes y al poder constituyente propiamente ya que estos no se encuentran subordinados y conforman el grado supraordenalidad.

Por otro lado, Ferrajoli (2013a, p. 807) afirma que este poder será ejercido de forma concreta, pues no cabe la posibilidad que se desarrolle de forma actuable debido a que en todo momento se desarrollará como una situación concretamente actuada y ello en razón a qué es postulada por aquellos sujetos constituyentes, en tal sentido, solo se puede hacer referencia de este cuando haya la existencia de la situación y el acto constituyente, que expresen su ejercicio, es así que solo será reconocido a posteriori, es decir, se reflejara desde el origen de la situación constituyente como resultado de su ejercicio, si existiera la ausencia es inconcebible hacer referencia sobre el poder constituyente.

En consecuencia, queda claro que los demás poderes jurídicos son considerados como poderes constituidos y esto en base a que existe una diferencia entre el poder constituyente y los poderes constituidos, la relación de oposición entre estos es que el poder constituyente no se encuentra constituido, mientras que los poderes constituidos ya sean de forma constitutivos o de decisionales son producidas por actos jurídicos, lo cual implica que se origina mediante el poder constituyente.

En suma, el poder constitutivo se encuentra sometido a la declaración y voluntad del poder constituyente toda vez que tiene que regirse de acuerdo con lo establecido en la Constitución, sin embargo, si los poderes constituidos no se rijan con la Constitución con relación a sus atribuciones ello implicaría el desconocimiento de la voluntad del poder originario, creador (Ferrajoli, 2013a, p. 807).

Por lo tanto, es evidente que el poder constituyente es único en su género cuando se hace referencia sobre su poder creador, en esencia es de este poder que se desprenden mediante la constitución los poderes constituidos, por tal razón los poderes constituidos deben su origen al poder constituyente.

2.2.1.1.2. Acto Constituyente.

Al respecto es necesario señalar que de acuerdo con lo expuesto por Ferrajoli la situación y el acto constituyente tienen significancia en razón que a través de estos es posible el ejercicio del poder constituyente, del mismo modo, es relevante recordar que el acto institutivo como constitutivo de una institución, reside en un efecto jurídico.

Por lo tanto, establecer una definición sobre el acto constituyente resulta ser complejo debido a que posterior a este se concreta el poder constituyente ejercido, sin embargo, para poder entender mejor en que reside el acto constituyente es necesario referir sobre el acto institutivo a partir de un precepto constitutivo de una determinada institución la cual puede ser comprendida como el resultado jurídico conformado por un ordenamiento o una persona artificial la cual se origina por un acto formal, no obstante, existe el caso dónde no constituye un acto formal y esto se da porque no se encuentra regulado por ninguna norma con respecto a la producción, pues este caso se concreta justamente en el acto constituyente o también como el acto institutivo de grado no subordinado a un sujeto constituyente (Ferrajoli, 2013a, p. 809).

Aunado a lo anterior, se puede afirmar que el acto constituyente puede ser entendido como aquel acto de grado el cual no se encuentra subordinado a ningún otro, así mismo, mediante el acto constituyente es posible que se pueda ejercer el poder constituyente que dará origen a una o varias normas con relación a la producción jurídica, además referido poder puede ser atribuible al sujeto constituyente debido a que el acto

constituyente en esencia reside en la democracia por lo que básicamente este es la voluntad del pueblo.

Es así que, una institución constituyente forma parte del proceso del poder constituyente y además este se encuentra integrada por un conjunto de actos constituyentes como un acto institutivo, es decir, que toda institución constituyente integrado por los actos constituyentes puede originar un ordenamiento o sujeto artificial, por lo tanto, bajo la lógica que un ordenamiento no puede ser considerado como sujeto o persona jurídica, también se puntualiza que un sujeto no puede ser considerado como un ordenamiento, en ese sentido, se puede entender que el acto constituyente en efecto es posterior a la situación constituyente y posterior al poder constituyente, siendo así que es concebido como la fuente de normas con respecto a la producción, normas que se encuentran establecidas en la Constitución, a todo lo referido anteriormente resulta necesario referir que existe un rasgo principal que distingue al acto constituyente en esencia este rasgo es el grado supraordenado ante cualquier otro acto y la naturaleza de ser un acto constituyente y originario (Ferrajoli, 2013a, p. 809).

Por lo tanto, el acto constituyente además de ser un precepto, es también un acto informal el cual tiene carácter facultativo y esto se debe a que no existe ningún acto de grado supraordenado sino subordinado ante este, por ello este es considerado el punto de inicio del sistema conjuntamente con la situación constituyente debido a la producción de las normas constitucionales que se reflejan en la Constitución y posterior a ello la producción de los poderes constitutivos, por esa razón son considerados como la base y la producción de normas constitucionales, ya que no existen normas que regulen sus efectos.

En consecuencia, la naturaleza informal, preceptiva, normativa y desregulada del acto constituyente radica en la posición entre el hecho y derecho, contemplada desde dentro o abajo no es más que un acto jurídico institutivo y normativo, ahora bien visto desde la perspectiva del ordenamiento constitutivo, el acto constituyente recae en un hecho extrajurídico y contemplada, por otra parte apreciado desde afuera o desde el ordenamiento sustituido este, recae en hechos antijurídicos, por tal motivo, el acto constituyente tiene un orden supraordenado ante cualquier otro acto debido a que goza de la facultad para dar origen a una Constitución (Ferrajoli, 2013a, p. 811).

Por otra parte, la revisión de una Constitución debe darse de acuerdo a la forma y los límites que se encuentran determinados por el ejercicio del acto constituyente ya que mediante la Constitución es que se faculta atribuciones al poder constituido, bajo este supuesto, es que puede ser inválido si se vulnera aquellos límites y formas establecidas por la Constitución, no obstante, si el poder de revisión está orientada a dar origen a la Constitución sí puede considerarse como un acto meramente constituyente, aun cuando este sea anticonstitucional con relación a la existencia de una Constitución y esto porque su ejercicio será proporcional a un acto revolucionario o subversivo ante el ordenamiento preexistente lo cual conlleva a constituir un ilícito.

En síntesis, la atribución ejercida por el pueblo a través de la situación y actos constituyentes, abarcan las condiciones de democracia política relacionadas con el momento constituyente, por lo que las condiciones de democracia del acto constituyente no se relacionan con las características democráticas y políticas de un ordenamiento que haya sido originado y atribuido de forma ulterior, por lo tanto, la relevancia de las condiciones determinadas por la Constitución son efectos importantes como producto del acto constituyente. En realidad, es posible que se den actos constituyentes democráticos

que originan constituciones no democráticas, así como, constituciones democráticas como resultado de actos constituyentes no democráticos (Ferrajoli, 2013a, p. 813).

2.2.1.1.3. La representación política, la división y separación de poderes.

La representación política, la división y separación de poderes están sujetas a las distribuciones y atribuciones al igual que otras normas de competencia, es así, que la representación política es una norma de competencia, la cual imputa la representación orgánica de los órganos en mérito al desempeño de sus funciones públicas y a los funcionarios elegidos a través del ejercicio del derecho político de voto o a la persona artificial, es decir, la representación política en esencia es la norma de competencia por el cual la representación orgánica se desarrollara bajo el orden del desempeño de las funciones públicas que son atribuidas a aquellos sujetos que son elegidos a través del derecho político de voto (Ferrajoli, 2013a, p. 816).

En tal sentido, según Ferrajoli la representación política permite designar el vínculo de los representantes con sus electores, es por eso que la relación entre estos dos es netamente político, no obstante, éste se diferencia de la representación jurídica debido a que éste tiene como finalidad establecer una relación jurídica entre dos sujetos, dónde uno actúa en nombre y por cuenta del otro, es por ello, que el acto de representación le son atribuidos al representado a quien le sirve los actos de interés, por ende, no existe ninguna relación representativa jurídica entre los elegidos y los electores, en todo caso la única representación jurídica que puede existir entre estos últimos vendría a ser la orgánica con relación a la persona jurídica del Estado y uno de los órganos o con otra institución política que les fuese atribuibles referidos actos.

Por lo tanto, Ferrajoli (2013a, p. 816) refiere que la representación jurídica y la representación política comparten la exclusión del conflicto de intereses entre los representados y los representantes, esta exclusión es un elemento desde el aspecto jurídico, debido a que de forma implícita abarca el carácter público de aquellas funciones que son ejercidas por los representantes políticos, es decir, están relacionados con la esfera pública e intereses universales que permiten la exclusión de todo tipo de subordinación a cualquier interés privado, en esencia, el voto es quien evidencia las opiniones y el interés particular de cada votante. De acuerdo con lo expresado el representante político no puede tener ningún vínculo con determinados electores puesto que éste tiene como obligación representar el interés de todos, es así como el conflicto de intereses conlleva a la exclusión de la representación jurídica y política, en razón que allí si es inconcebible referir sobre determinado sentido de representación.

Por otro lado, referir sobre la división de poderes resulta complicado, en razón que existen dos acepciones desde donde pueden ser definidas; la primera es desde el aspecto de división entre poderes y el segundo es desde el aspecto de división de poder, pues bien ambas acepciones resultan contemplar significados distintos, siendo así que el primer sentido de división hace referencia básicamente a la separación y el término poderes en forma plural, hace referencia a la designación de distintas funciones atribuidas a diferentes instituciones; el segundo sentido de división hace referencia a una distribución y el término poder en forma singular, hace referencia a la designación de funciones imputadas casi siempre a una misma institución (Ferrajoli, 2013a, p. 818).

En ese sentido, para evitar equivocación alguna entre estos dos términos podemos entender por separación de los poderes al principio organizativo dónde diversas funciones se aplican a través de la imputación a las instituciones independientes, por otro lado, con

respecto a la división del poder podemos entender que éste tiene como objeto designar la articulación del poder basado en los controles y equilibrios recíprocos, es decir, la competencia relativa se dará en respecto con aquella facultad de dividir las instituciones, órganos o diversos funcionarios con el objetivo de que un poder sea delimitado por otro sujeto, como es el caso entre el vínculo del gobierno y el parlamento, en razón que el gobierno requiere de la confianza del parlamento para que este pueda ser ejercer sus atribuciones por la Constitución debidamente, por otra parte, muy distinto a ello en la separación entre los poderes constituye una reciprocidad de independencia entre la titularidad de las instituciones como resultado de los poderes separados (Ferrajoli, 2013a, p. 822).

2.2.1.2. Democracia formal y sustancial.

Con relación a la democracia desde sus vertientes formales, sustanciales, simples o complejas ocurren solo cuando estas se encuentran establecidas bajo normas de derecho positivo, es decir, que necesariamente se requiere que estén preestablecidas por reglas positivizadas. Ahora bien, la democracia formal y sustancial abarcan normas sobre producción que pueden presentarse de forma implícita o explícita.

Por consiguiente, sobre la democracia formal se podría afirmar que es equivalente a una democracia política en base a que se centra en la forma en que el Estado va a desempeñar las funciones legislativas propiamente, por lo tanto, las normas formales abarcan todo lo concerniente a la forma de las decisiones, de voto que se producen de forma idónea y válida para la expresión de sus destinatarios (Ferrajoli, 2013b, p. 16).

Por consiguiente, Ferrajoli (2013b, p. 18) menciona que entre la democracia y el derecho existe un nexo racional, práctico, meta-teórico y teórico, por lo que el derecho positivo no constituye de forma absoluta una mera democracia, siendo así qué podría

ocurrir que ante la separación ius-positivista entre la justicia y el derecho ocurra una antidemocracia y a la vez que este sea injusto, sin embargo, la democracia requiere esencialmente del derecho, porque existe la posibilidad de la existencia del derecho sin democracia, pero es difícil que la democracia pueda desarrollarse sin derecho, en razón que la democracia constituye un conjunto de reglas para el válido ejercicio de un determinado poder, sin embargo, referir sobre la democracia implica dos referir bajo dos vertientes que serían la democracia formal y la democracia sustancial; como ya se refirió en párrafos anteriores la democracia formal se encuentra relacionada con el derecho de voto el cual se desarrolla de forma efectiva en la actualidad aun cuando se presenta irregularidades en el derecho de elección, en esencia el derecho de voto o democracia formal permite conferir poderes de autodeterminación colectivas e individuales donde se debe garantizar la igualdad de titularidad entre todas las personas, no obstante, el derecho sustancial es la que tiene mayor relevancia debido a que es el medio de construcción de los derechos fundamentales.

Con lo que respecta a la democracia sustancial este constituye mayor significancia en el sentido que no es posible contemplar negociación alguna, debido a que la democracia sustancial guarda una correlación entre los ideales y principios basadas en una igualdad estipulada en la Constitución, en ese sentido, la consustancialidad de las normas deber estar en plena concordancia, deben encajar con lo establecido en la Constitución.

Por otro lado, el establecer límites y vínculos bajo reglas a los poderes que se puedan ejercer de forma arbitraria implica que se debe garantizar el ejercicio del poder bajo la tutela de los intereses colectivos, por ende la imposición de las reglas permite que se pueda limitar y vincular diversos tipos de poderes, con la finalidad de poder garantizar

el interés de todos, ya que a través de la imposición de reglas se podrá determinar una igualdad en los derechos fundamentales de cada norma constitucional jerarquizada y supraordenado ante aquellos poderes (Ferrajoli, 2013b, p. 22).

La democracia constitucional juntamente con sus garantías jurídicas se apega a la teoría de la validez de las normas, pues siempre radica en el sistema monodinámico, la cual implica que se encuentra constituida por normas sobre su producción, normas que son colocadas en el vértice de las fuentes y las normas de forma jerarquizada, asimismo son idóneas para poder determinar los requisitos primordiales de forma, de sustancia, de vigencia y de la validez formal y sustancial de cada norma producida.

En consecuencia, la democracia formal es la base de la teoría de la vigencia y de la validez formal, mientras que la democracia sustancial es la base de la teoría de la validez sustancial, de ahí que surge la discrepancia entre la validez sustancial y la vigencia de acuerdo con *quod principia placuit legis habet vigorem* que hace referencia a que no siempre recae en la validez, por esta razón todo ello forma parte de la estructura de una democracia constitucional, así por ejemplo desde esta perspectiva se podría afirmar que no toda decisión relacionada a la autonomía política y a la autonomía civil resultan ser válidos pues para que una decisión pueda ser válida es necesario que debe estar bajo la democracia sustancial, es decir, que no debe transgredir los principios y los derechos fundamentales que se encuentran establecidos en la Constitución debido a que al referir a lo sustancial este implica que las normas deben encajar y deben vincularse con lo establecido en la Constitución dejando de lado otros cuerpos normativos externos a este (Ferrajoli, 2013b, p. 22)

Ahora bien, partiendo desde las dimensiones formales y sustanciales de la eficacia de la norma integran a otras distintas dimensiones de la democracia, las cuales se

encuentran establecidas en la Constitución como normas sobre la producción de otros derechos fundamentales, de derechos primarios como normas sustanciales y de derechos secundarios como norma formales, es así que bajo estos dos derechos se concretizan las dimensiones de la democracia formal y sustancial, en esencia, los derechos políticos y demás derechos que integran el poder del pueblo desde un doble sentido; el primero está orientada a la forma universal de las necesidades vitales y expectativas de la generalidad, lo cual se concretizan como poderes y contrapoderes, es decir, constituyen una totalidad de todos sus componentes, en base a ello es imposible que estos derechos puedan ser suprimidos, enajenados o reducidos debido a que pertenecen a todos y a cada uno (democracia formal) este básicamente es la expresión de la democracia bajo la propia dimensión política, estos derechos también se encuentran establecidos en las normas constitucionales que han sido el resultado de asambleas representativas, por ello constituyen el resultado de la voluntad popular, es decir, de la mayoría y que son solemnemente atribuidos a los actos constituyentes, el segundo hace referencia sobre los derechos fundamentales que son producto de una consustancialidad de la propia Constitución (democracia sustancial) por tal motivo esta democracia se encuentra vinculada con la democracia liberal, democracia social en base a que no es posible un sometimiento y no están sujetas a negociación o voto.

En tal sentido, para poder entender mejor es necesario referir sobre la cuatridimensionalidad; democracia política, democracia liberal, democracia civil y la democracia social, las condiciones para una democracia se centran en representaciones populares referentes a las actividades de gobierno y legislativas el cual debe contar con la garantía de un sufragio universal la cual es una de la primeras condiciones que se

vincula con la democracia formal o política y la democracia civil en razón que se trata de formas relacionadas con la producción de decisiones (voto) (Ferrajoli, 2013b, p. 27).

De tal modo, el establecimiento de las normas en la primera parte de la Constitución asegura la validez y la vigencia formal de las leyes y lo que es más relevante estas aseguran la validez sustancial, pero este depende de mucho de la coherencia en la que sus significados encajan con la norma sustantiva (Constitución) en razón que es por este que se cambia los contenidos de acuerdo a su sustancia liberal o social de la decisión producida, en esencia el establecimiento en la primera parte de la Constitución alude a los derechos fundamentales.

Por consiguiente, las reglas del primer tipo se centran en las normas de reconocimiento de un poder legítimo y de las decisiones formales que recaen en las validez de un ordenamiento democrático (democracia formal), por otro lado las reglas del segundo tipo evidencia la sustancia de la norma juntamente con la coherencia idónea con el significado del contenido, así mismo, abarca la razón social a lo que unos y otros se encuentran subordinados en referido ordenamiento (democracia sustancial), por lo tanto, estas primeras reglas cumplen con la finalidad de fundamentar la dimensión *nomodinámica* y las segundas reglas de formar la dimensión *nomoestática* de una democracia constitucional (Ferrajoli, 2013b, p. 28).

Por ende, Ferrajoli (2013b, p. 30) señala que la democracia formal es aquel ordenamiento donde todos los poderes se encuentran debidamente fundamentados ya sea de forma directa o indirecta, además contempla los derechos de poder de autonomía y eso en base a qué se refiere a la forma de decisión de la autodeterminación e identificación de los sujetos, es decir, de quién decide como un principio de la mayoría y consecuentemente el cómo decide (voto), en efecto se encuentra garantizado por la

universalización de todos los derechos secundarios ya sean políticos o civiles por lo que al tratarse de un estado de derecho es evidente que los poderes se encuentran sometidos a los derechos fundamentales que se encuentran establecidos en la Constitución.

Del mismo modo, la democracia sustancial está orientada a la sustancia con relación a las decisiones vinculadas con los derechos fundamentales de autonomía o libertad, es decir, que se constituyen en lo que no se debe decidir, por otro lado, también se trata de aquellos derecho no negociables, aquellos que no pueden ser sometidos a votación por su naturaleza de ser consustancial de una Constitución, en tal sentido estos se vinculan con los correspondientes derechos sociales, es decir, al que se puede decidir, de acuerdo al modelo normativo de una democracia constitucional, la democracia sustancial se relaciona con los poderes y derechos de autonomía privada como de autonomía política debido a que busca la garantía del interés primario y vital de todos y de cada uno.

2.2.1.3. Funciones de gobierno – garantía.

Con relación a las funciones de gobierno y las funciones de garantía estas se encuentran vinculadas con aquellas definiciones sobre la representación política, separación de los poderes y división del poder, debido a que estos forman parte de una pura formalidad, bajo estos se podrá determinar las funciones de gobierno, así como las funciones de garantía y esto en el sentido que bajo estas condiciones se determinará los poderes políticamente representativos, separados o divididos, así mismo, se establecerá cuáles son aquellos poderes que deben ser políticamente representativos y a la vez divididos de forma interna o que sean separados entre ellos (Ferrajoli, 2013a, p. 823).

Sin embargo, lo mencionado anteriormente debe estar estipulado dentro de la definición de Constitución, teniendo en cuenta los principios o condiciones que

caractericen su democracia, por lo tanto, cuando se habla de una separación se hace referencia a aquella doctrina que sostenía Montesquieu sobre la separación entre el poder legislativo, poder judicial y el poder ejecutivo la cual se centraba en aquellos sistemas políticos más simples a los sistemas políticos modernos.

Es así que desde aquel entonces ha existido un gran desarrollo con relación a las funciones de gobierno y las garantías que se le han sido confiadas al entorno público a comparación de las actuales democracias modernas de los poderes que son o no son representativos, divididos o separados implican una mayor complejidad si queremos relacionarlas con la tripartición realizada por Montesquieu, pues bien, aparte de existir un vínculo estrecho entre los tres clásicos poderes del Estado, también se suelen dar vínculos entre los poderes estatales, supraestatales e infraestatales, así como la relación entre poderes federales, estatales y regionales, del mismo modo, existe el vínculo entre los poderes públicos y los poderes económicos, entre los poderes de creación legislativa y los poderes de aplicación del derecho, entre las funciones de acusación y las funciones judiciales, entre los poderes de autoridades de garantía y los poderes políticos y otros poderes que se encuentran relacionados, por lo tanto, visto desde esta perspectiva la representación, separación y división de los poderes resultan ser un tanto complejas y por ello se plantea la reformulación de estos (Ferrajoli, 2013a, p. 825).

En consecuencia, recurrir a las tres formulas desde una óptica descriptiva para las diferentes formas de gobierno que se desarrollan en diferentes países no resulta ser de gran ayuda ya que existe una gran complejidad, en razón que los ordenamientos ofrecen soluciones que solo pueden ser aplicadas en el plano dogmático de los particulares sistemas jurídicos y más no para la teoría del derecho en sí misma, por ende, si analizamos la separación clásica realizada por Montesquieu y lo llevamos a la práctica esto nos

permitirá diferenciar que hoy en día los poderes se encuentran compartidos orgánicamente con otros poderes.

En suma, los poderes públicos al ser originados de las fuentes de legitimación, estos deben ser separados o atribuidos a determinados órganos que sean independientes, por lo tanto, también deben encontrarse divididos cuando cuenten con la misma facultad o cuando compartan una fuente idéntica de legitimación, contrario a ello, si de la óptica de la diversidad de facultades entre los poderes se diese la justificación de la separación, se puede justificar que éste sea distinto a la fuente de legitimación, del mismo modo, si se tratase de una justificación de la co-división se debe justificar que éstos tengan la fuente de legitimación en común (Ferrajoli, 2013a, p. 825).

Las funciones de gobierno se enfocan en el espacio de la política, en la cual se establecen los parámetros, deficiencias y utilidades de los frutos obtenidos para satisfacer la necesidad e interés general; contrario a este las funciones de garantía se enfocan al espacio de la jurisdicción y de la administración por lo que se tiene en cuenta como criterio la corrección y el fundamento de las constataciones de los presupuestos legales. En ese sentido las decisiones por las cuales ejercen las funciones de gobierno están orientadas a la aplicación formal y en el respeto sustancial de aquella norma que se encuentra supraordenado, al contrario de este las decisiones a través de las cuales se ejercen las funciones de garantía se basan en la aplicación formal y la aplicación sustancial de las normas con respecto a su producción, es decir, las funciones de gobierno se encuentran legitimadas sobre todo por la forma de su producción mientras que las funciones de garantía están primordialmente basadas por la sustancia de los contenidos producidos.

En consecuencia, las funciones de gobierno pueden ser entendidas como aquellas funciones legislativas y administrativas, que serán reconocidas como válidas sustancialmente si estos respetan aquella norma sustantiva que dio origen o que influyó en su producción, es decir que el ejercicio de las funciones de gobierno será válido siempre y cuando respeten la norma sustantiva supraordenada, dicho de otra manera, las funciones de gobierno pueden ser contempladas como funciones legislativas (Ferrajoli, 2013a, p. 825).

Así mismo, las funciones de garantía constituyen las funciones administrativas en razón que son garantías esenciales con referencia a la aplicación sustancial de la ley, siendo así que su aplicación será de forma obligatoria, en base a que satisfacen derechos sociales, tales como; el derecho social de salud, educación, previsión social, estas funciones de garantía están direccionadas a satisfacer necesidades bajo el principio mayoritario.

Del mismo modo, Ferrajoli (2013a, p. 826) refiere que las funciones de garantía en esencia son aquellas funciones públicas que integran garantías primarias o garantías secundarias originadas como el resultado del ejercicio de la función legislativa y además este constituye la actuación de actos válidos sustancialmente dependientes de la aplicación sustancial de la norma sustantiva que intervino en su producción, es decir, las funciones de garantía son aquellas funciones jurisdiccionales.

Por otro lado, las funciones de gobierno son las funciones administrativas que comparten el ejercicio facultativo, teniendo en cuenta en todo momento el respeto a los límites establecidos por la ley, esto implica aquellas funciones orientadas a obras públicas como política exterior, del mismo modo, se incluyen las funciones subsidiarias o

auxiliares vinculadas a la dirección política, no obstante, es necesario precisar la distinción entre estos ya que suele parecer que se trata de la misma función.

En síntesis, Ferrajoli (2013a, p. 827) connota que la diferencia que existe entre las funciones de gobierno y las funciones de garantía se centran en base a que las funciones de gobierno son todas las funciones que realizan el ejercicio dentro de la innovación jurídica mediante la ley u otras disposiciones administrativas teniendo como esencia el respeto sustancial de una norma supraordenado, sin embargo, las funciones de garantías permiten justificar la independencia de las funciones de gobierno, en tal sentido, su ejercicio se centra en la aplicación sustancial y formal de las normas que han permitido su producción.

Al haberse realizado la división de las funciones públicas hemos podido apreciar que estos se dividen entre las funciones de gobierno y las funciones de garantía, las cuales comparten una bipartición con referencia a las instituciones públicas, teniendo así a las instituciones de gobierno y las instituciones de garantía que integran a las instituciones públicas que reconocen las normas de competencia de los funcionarios y órganos encargados del ejercicio de las funciones de gobierno y de las funciones de garantía.

Ahora bien, las normas de reconocimiento que tienen las instituciones de gobierno parten de las instituciones públicas orientadas a reconocer las normas de competencia de todo los órganos y funcionarios facultados al ejercicio de funciones de gobierno; contrario a este las normas de reconocimiento de las instituciones de garantía como parte de instituciones públicas se centran en las normas de competencia de los órganos y funcionarios facultados a ejercer la función de garantía (Ferrajoli, 2013a, p. 829).

En consecuencia, las funciones de gobierno están referidos a las esferas de lo decidible debido a que éstas se centran en la valoración política o facultativo del interés

general, siendo así, que este parte tomando en cuenta la voluntad popular, contrario a este, las funciones de garantía se vinculan a la esfera relacionada con lo indecible, es decir, existe la necesidad que se encuentren relacionadas a la ley y a la tutela del derecho fundamental que se encuentre contemplada en la Constitución.

Por otro lado, con relación a la fuente de legitimación de las funciones de gobierno es básicamente la representación política, en razón que éste permite una mediación esencial de la voluntad popular, en ese sentido, las funciones de gobierno además de contener como fuente de legitimación a la racionalidad también cuentan con la legitimidad de la voluntad directa o indirecta de la mayoría del gobierno. Por el contrario, las funciones e instituciones de garantía a diferencia de las funciones de gobierno son anti mayoritarias debido a que tienen como objetivo garantizar de igual manera los derechos fundamentales de todos, bajo la facultad que tienen para sancionar y constatar los actos ilícitos o inválidos de los titulares que ejercen el poder público, en ese sentido la fuente de legitimación de las instituciones y funciones de garantía reside en la voluntad popular que se encuentra establecida en la ley mas no en la contingente voluntad popular (Ferrajoli, 2013a, p. 830).

En resumen, como se aprecia ambas fuentes de legitimación de las funciones de gobierno y de garantía resultan ser opuestas y esto se debe a que bajo la fórmula establecida por Hobbes *autoritas non veritas facit legem*, también conocida como la autoridad política legítima es la fuente de legitimación de la actividad legislativa y de gobierno, visto esta fórmula desde la democracia se puede afirmar que la autoridad en esencia surge de la voluntad popular tal es el caso que los representantes serán el resultado de la elección política bajo el principio de mayoría. Por otro lado, la fuente de legitimación de las funciones de garantía reside en, *veritas nones auctoritas facit*

iudicium, es decir, se tiene en cuenta lo que lo hace justo o injusto una decisión recaerá en verdadera de acuerdo con la aplicación sustancial de la ley porque éste será el único medio por el cual se produzca la mediación entre la voluntad popular y la jurisdicción.

En las funciones de garantías toda dependencia o condicionamiento referido a lo mayoritario es proporcional a una indebida interferencia en base a que todas las funciones contempladas están orientadas a la tutela de los derechos de forma general, es por ello que aunque estas funciones anti mayoritarias se presenten en las funciones de garantía éstas recaen en democracia aunque en un sentido diferente pero con la misma equivalente de significado que las funciones de gobierno legitimadas por representación (Ferrajoli, 2013a, p. 830).

En conclusión, la legitimación de la función de gobierno y la función de garantía constituyen ser convencionales y relativas, en base a que se respetará todas las garantías jurisdiccionales que sean justas y que además sean constatadas en base a la verdad por lo que será necesario aplicar la relatividad y proximidad de lo verdadero. Por otro lado, se determina la bipartición de las funciones públicas en dos; la función de gobierno y la función de garantía juntamente con sus fuentes de legitimación implica reformular la división del poder, así como la separación de poderes, bajo esta perspectiva la división se tutelaré concerniente a la organización de cualquier poder.

En ese sentido la división tutela la organización de los poderes de gobierno, legislativo y ejecutivo, así como los poderes de garantía, es decir, básicamente el poder judicial, por lo que se entiende que se desarrolla mediante una adecuada división orgánica, sin embargo, de alguna manera esta división es de carácter funcional, debido a que se ostenta en el procedimiento ya sea administrativo, jurisdiccional y legislativo, estos integran a todo acto del ejercicio del poder público, asimismo, contempla la partición de

varios órganos con funciones de control y con funciones de decisión facultades por legitimidad o como mérito (Ferrajoli, 2013a, p. 831).

Con relación a la separación, se podría afirmar que este tutela las funciones de garantía relacionadas a los de gobierno cuando el fin de la división del poder funcional controla el mérito o la legitimidad de ejercicio la finalidad de la separación se centra en la garantía de la independencia y de la imparcialidad, es así que otras funciones de garantía como la primaria se enfocan en desarrollar las instituciones educativas, sanitarias e inspección las cuales están en constantes exigencias competenciales.

Finalmente, la base axiológica de la separación de las funciones de garantía primarias y secundarias con relación a las funciones de gobierno se encuentran vinculadas por las fuentes de legitimación, distinto a esto las funciones de gobierno se fundamentan en la representación política y en el principio de mayoría, por lo tanto, es evidente que la función de garantía se fundamenta en la sujeción y la sustancialidad a la ley, es decir, se da bajo el principio de legalidad forzada o legalidad sustancial, lo cual implica que existirá una predisposición, subordinación y limitación por parte de la ley (Ferrajoli, 2013a, p. 831).

Además, las instituciones y funciones de garantía pueden ser caracterizadas desde dos instituciones; la primera es la institución de garantía primaria la cual hace referencia a la institución de garantía donde sus normas de reconocimiento versan sobre las normas de competitividad de los órganos y funcionarios delegados al ejercicio de la garantía primaria; el otro es la institución de garantía secundaria donde la norma de reconocimiento se centra en las normas de competitividad del órgano y el funcionario facultado al ejercicio de las cargos de garantías secundaria (Ferrajoli, 2013a, p. 831).

2.2.1.4. La noción de un Estado Constitucional de Derecho.

Al referir sobre un estado constitucional de derecho cabe precisar que sin democracia y sin división de poderes no sería posible una democracia constitucional, debido a que es necesario que exista una división de poderes, tal como lo realizó Montesquieu la clásica división de poderes consistía en el poder ejecutivo, poder legislativo y poder judicial, en esencia este filósofo concebía que la separación de poderes permitía disolver la concentración del poder en una sola persona, quien haciendo abuso de este poder podría haber emitido leyes abusivas, que el juzgado de forma arbitraria haya emitido leyes y que el juez bajo su facultad podría constituirse en un opresor.

Sin embargo, la sola división de poderes no es suficiente para instituir un estado constitucional de derecho, a este se debe sumar varios factores y principios constitucionales que deben estar establecidas en la Constitución, en razón que este constituye una norma supraordenado la cual puede conceder facultades y a la vez determinar deberes, en base a ello es que también se contemplan limitaciones y garantías a los derechos (Ferrajoli, 2013a, p. 425).

En tal sentido, la Constitución es la encargada de orientar y determinar las funciones de poder, y es que el modelo democrático de las constituciones no reside básicamente en un programa político, sino que éstas residen en el establecimiento de reglas de juegos político, ahora bien, al ser la Constitución el resultado de un acto constituyente y poder constituyente implica que éste contiene normas formales que dan lugar a la existencia de la limitación de poderes y la garantía de los derechos fundamentales en base a su sustancia lo cual hace posible referir sobre un Estado constitucional de derecho.

2.2.1.5. La jurisdicción. Cuatro características estructurales.

Al respecto, Ferrajoli (2013a, p. 831) menciona que la jurisdicción es una de las funciones más relevantes en la existencia del derecho como una función pública, esencialmente como una función de garantía secundaria dado que se direcciona a la organización y previsión de la extensión formal teniendo en cuenta la democracia constitucional, así mismo, al constituir la función de garantía secundaria de los derechos fundamentales ello implica que éste es un esencial factor de la dimensión sustancial.

Por ende, existe la necesidad de definir en que consiste la jurisdicción, siendo así que éste es el ejercicio de determinadas funciones judiciales ante la constatación de actos ilícitos o inválidos, dónde al tratarse de actos ilícitos se procederá a realizar la condena correspondiente por parte del juez en caso de tratarse de un acto inválido se procederá al realizar la anulación apropiada teniendo en cuenta la aplicación de las normas secundarias como la elaboración de las propias normas quebrantadas.

Del mismo modo, Ferrajoli (2013a, p. 833) refiere que es relevante determinar que el acto de jurisdicción es en esencia aquel acto sistemático en el ejercicio de la función judicial, así como este se encarga de verificar el quebrantamiento de una norma primaria, además, se encarga de declarar la anulación o la condena aplicando las normas transgredidas como normas sustantivas sobre su elaboración.

En tal sentido, la jurisdicción meramente como una actividad tiene como finalidad realizar otra actividad, en razón que se aplicara en actos inválidos o en actos ilícitos, en consecuencia, la jurisdicción se caracteriza porque se centra en el ejercicio de la función judicial que se desarrolla con la actuación de una garantía secundaria, pues bien, éste prevé la garantía de la anulabilidad de actos inválidos o actos ilícitos lo cual corresponde a la función de garantía secundaria (Ferrajoli, 2013a, p. 834).

Así mismo, la jurisdicción se caracteriza por realizar perennemente constataciones, es así que el juicio básicamente constituye un acto formal que permite constatar si un acto es inválido o ilícito, es decir, se trata de la infracción de una norma primaria, ante la cual se declarará la condena o anulación respectivamente, por lo que su sistematización será un acto declarativo donde primara la constatación y posteriormente se procederá anular o a condenar el acto inválido, ilícito o como también podría suceder que no se diese la constatación ni del uno ni del otro.

En consecuencia, la jurisdicción desde el modelo teórico resulta ser *ius-dicere o iuris-dictio*, por qué el juicio califica jurídicamente los hechos, es decir, lo realiza mediante la constatación de los hechos y *sus nomina iuris* al realizar dicha constatación es posible que pueda aplicarse a los primeros los segundos, es esta la naturaleza por la cual se da la aplicación sustancial y la subsunción de las constataciones de aquellos actos inválidos e ilícitos cuando quebrantan las normas primarias que están prohibidas.

Otra de las características de la jurisdicción es con relación a la aplicación de las normas secundarias al quebrantamiento que se constata a partir de las normas primarias, en esencia se trata de una actividad formal que ante el ejercicio de la función judicial realiza la constatación de un acto inválido o ilícito, ante ello aplica la norma secundaria para así poder pronunciar la condena por la anulación correspondiente frente a referidos actos, además, con dicho juicio se logra conectar las normas primarias con las secundarias en base a la constatación del quebrantamiento de las primeras y aplica a las segundas, seguidamente pronuncia la anulación o la condena (Ferrajoli, 2013a, p. 836).

Finalmente, la última característica de la jurisdicción implica perennemente la aplicación de la norma sustantiva sobre su producción de las normas, referido quebrantamiento permite constatar la realización de un acto inválido o ilícito, por lo tanto,

el juicio bajo esta característica permite aplicar de forma simultánea, las normas sustantivas sobre su producción, normas primarias vulneradas por actos inválidos o ilícitos respectivamente constatados, normas formales a raíz de normas secundarias dónde se prevé la anulación o condena para referidos actos.

2.2.1.6. Paz y derechos vitales.

En relación a la paz y los derechos vitales estos constituyen principios o condiciones sustanciales de la democracia contemplados en la definición de Constitución, referir sobre el principio de paz es el equivalente de un no realizar el uso desmedido de la fuerza y que además, el uso de la fuerza no debe de estar dentro de lo no regulado, sin embargo, ante esta negativa de no emplear desmedidamente la fuerza bajo el criterio de derecho y no derecho, no es lo suficientemente relevante para definir en sí a la paz, pues para determinar el significado de paz es forzoso integrarlo, ello no quiere decir que solo se tendrá en cuenta la garantía primaria con relación a la prohibición del uso desmedido de la fuerza sino que también se debe tener en cuenta la garantía secundaria, la cual hace referencia a la limitación del uso desmedido de la fuerza partiendo desde las formas y las condiciones normativas que se encuentran establecidas necesariamente para los casos en la que la prohibición es vulnerada, es decir, para aquellos casos donde el uso de la fuerza está determinado por una norma hipotética-deóntica cómo un acto de obligación y de una continuada expectativa provocada por un acto ilícito ante la forma de sanciones y medidas determinadas (Ferrajoli, 2013a, p. 838).

Por lo tanto, la paz puede ser garantizada en una vía primaria bajo la prohibición y en vías secundarias por la obligación, pues se entiende que la paz implica la existencia de una expectativa del no uso desmedido y ofensivo de la fuerza bajo lo regulado, en ese sentido, el resultado como un ilícito constituye una vulneración bajo el acto del uso de la

fuerza, por esa razón requiere estar garantizada por una vía primaria y secundaria y además debe existir una predisposición de forma específica por las normas hipotéticas-deónticas.

En virtud la paz constituye en sí la perspectiva de ausencia de violencia desregulada, al referir ello quiere decir, que el uso de la fuerza debe sujetarse a lo regulado jurídicamente de no ser así se estaría frente a la vulneración de la expectativa de la paz, de ahí es que se pretende que la garantía primaria y secundaria intervengan como principios constitutivos del derecho como ordenamiento, se prevé la prohibición de forma general del empleo de la fuerza de regulada, dicho de otra manera, refiere respectivamente a situaciones de guerra y de crimen; del mismo modo se prevé la obligación del uso de la fuerza como una alternativa en aquellos casos que éste previsto normativamente, regulada y limitada como respuesta ante actos ilícitos.

El principio de paz puede ser entendido como toda exclusión de la fuerza y la violencia, así mismo, también abarca a las excepciones del uso de la fuerza postuladas jurídicamente reguladas y previstas ante una mayor violencia cómo una alternativa, sin embargo, cualquier otro acto que se realice empleando el uso de la fuerza se encuentra excluido si en caso no se encuentra regulado normativamente y esto se debe a que la estipulación del significado de paz, en esencia es un principio jurídico, por lo tanto, todo acto de uso de la fuerza que no se encuentre regulada constituye la vulneración de la paz, entre referidos actos se encuentran por ejemplo, la guerra y el uso criminal de la violencia.

En efecto el principio de la paz tiene validez por la perspectiva del no uso de la fuerza la cual recaería en una negación, así como también es válida debido a que tiene como perspectiva el uso de la fuerza bajo la regulación de esta como sanción de un ilícito, de modo que implica una afirmación, en tal sentido, la paz se instituyó como resultado de

los derechos fundamentales por ese motivo es digno de una tutela de carácter vital. En ese marco, la paz y los derechos fundamentales tienen un nexo, debido a que a partir del término de paz se puede determinar en qué consiste un derecho vital, también continúa una extensa tradición filosófica y fundamentación jurídico-positiva, por lo tanto, los derechos fundamentales son vitales y se encuentran condicionados con la necesidad de la existencia de paz.

Aunado a lo anterior, Ferrajoli (2013a, p. 840) connota que se puede establecer una noción con respecto los derechos vitales, aun cuando no se puede especificar cuáles son referidos derechos, podremos asegurar que derechos vitales han sido reivindicadas y tomados como resultado de luchas y revoluciones por las constante transgresión a referidos derechos, pues bien entre estos derechos se encuentra el derecho a la vida, derecho a la libertad y propiedad, derecho de asociación y reunión y finalmente el derecho de trabajo y derechos sociales, la transgresión de estos derechos fundamentales afectaban de forma directa e indirecta la paz, así como la vida del titular que la poseía, en esencia, los derechos vitales son aquellos derechos fundamentales que necesitan ser garantizados para así garantizar la paz.

En síntesis, los derechos vitales se caracterizan por ser fundamentales y a la vez universales, así mismo, el garantizar los derechos vitales conlleva a que se garantice la paz y consigo a la indivisibilidad de los derechos fundamentales bajo la igualdad y la democracia para la tutela del más débil contra el más fuerte, es así como la universalidad de los derechos vitales se encuentra vinculada de forma intrínseca a la paz.

2.2.1.7. Derechos del más débil.

Al respecto, Ferrajoli (2016, p. 79) considera que el del más débil se encuentra vinculado con la minimización de la violencia en la sociedad en razón que la persona más

débil es en estos casos la persona más afectada o la víctima, a partir de eso es que se concibe la existencia de una sociedad equilibrada, es decir, que no exista exclusiones, desigualdades y que sobre todo exista la paz, el hacer referencia sobre la existencia de la paz es en medida a que éste se encuentra estrechamente relacionada con el derecho y la democracia, ya que como anteriormente se señalaba el derecho bajo la democracia garantiza que los derechos fundamentales no sean vulnerados.

Del mismo modo, el derecho del más débil plantea la existencia de un derecho como un sistema de garantías, es decir, que los controles de los poderes deben ser eficientes pues para ello se debe tomar en cuenta la estructura y la jerarquización de la norma supraordenado ante una norma subordinada ya que a través de este se puede asegurar y garantizar los derechos sociales de todos y cada uno, es así que aun cuando la democracia constitucional afronte crisis como resultado de la globalización vinculados al principio de legalidad es necesario que se apliquen los límites y controles estipulados en la Constitución.

2.2.1.8. La constitución. Una definición al tiempo estructural y axiológica.

La Constitución tras lo referido puede ser entendida como aquel estatuto producto del acto constituyente, además, este estatuto es parte de toda institución política, se encuentra integrada por normas de reconocimiento en la esfera pública y normas formales basadas en la competencia con respecto a la división de poderes que recae en democracia y no solo por lo referido, sí no también por la representatividad política de la función de gobierno mediante el ejercicio de los derechos políticos y su separación con relación a las funciones de las garantías, del mismo modo, las normas de reconocimiento en la esfera privada reconocen las normas hipotéticas que confían la facultad de los derechos civiles,

pues es así que se establece en la garantía de un conjunto de derechos de libertad y derechos sociales como aquellos derechos vitales en las normas sustantivas y esto bajo la noción estructural de una Constitución

En este aspecto, la Constitución es de grado supraordenado frente a cualquier otra norma del ordenamiento jurídico, por lo que su contenido estructural implica rigidez, es decir, no es posible que se altere a través de norma subordinada el contenido de la Constitución, pues dicha alteración solo puede ser posible de acuerdo la forma y a los límites que se encuentren establecidas dentro de sí misma, a partir de ello se considera al contenido estructural de la Constitución como normas fundamentales en comparación con otras normas que se encuentra en el ordenamiento (Ferrajoli, 2013a, p. 844).

Ahora bien, la Constitución a partir de la perspectiva axiológica resulta ser aquella disposición de la democracia bajo ciertas condiciones necesarias, sin embargo, podría resultar que la Constitución no sea de todo democrática es decir, que aunque estas sean antidemocráticas siempre toda institución política contendrá normas constitucionales, aun cuando estas normas no democráticas no se encuentren relacionadas con las funciones de gobierno o en la organización de las funciones públicas, funciones de garantía, contenidos de normas sustantivas y esto debido a que las constituciones de normas de reconocimiento pueden prescindir de la representación política, división un separación de poderes.

2.2.1.8.1. Paradigma del constitucionalismo global.

Con relación al paradigma del constitucionalismo global resulta necesario desarrollar sobre la teoría del derecho en base a que éste de acuerdo al desarrollo ha sufrido distintas transformaciones vinculadas a su estructura en grados del ordenamiento jurídico, hoy en día se encuentran alteradas las instituciones políticas, y las estructura que

se centran en las dimensiones sustanciales, formales y la validez de la democracia constitucional y esto se debe a las crisis que presentan las fuentes y el Estado soberano.

Como se aprecia, el plano jurídico se encuentra en crisis y éste se exterioriza en la posición demérito de la prerrogativa estatal con relación a la producción jurídica, en tal sentido, no es posible que los sistemas jurídicos ostenten sistemas cerrados, autónomos y unitarios de fuentes y normas establecidas dentro de la escala jerárquica, en razón que al contrario a este, existen poderes normativos públicos y privados que se encuentran fuera de los límites estatales y de determinados ordenamientos, por lo que su ejercicio se encuentra desligado a las escalas jerárquicas normativas (Ferrajoli, 2013a, 884).

En consecuencia, las crisis que afronta el constitucionalismo de alguna manera disuelven los nexos que se presentan en diversos tipos de poder, ya sean públicos o privados, además, también repercute en las fuentes de legitimación de las modernas democracias, por lo que se afirma una norma estatal constitucional o legislativa sobre la representación política y sobre la garantía del derecho fundamental.

La democracia política representativa y el estado constitucional de derecho al ser modelados por los estados nacionales corren el riesgo de desaparecer a medida que se desvanece su propia soberanía, en ese sentido, actualmente afrontar la globalización implica la defensa de la democracia y del estado de derecho ya que es posible que mediante la institución de nuevos poderes modernos supraestatales y fuentes de legitimación formal y sustancial que se construyan bajo la esfera pública global que esté a su nivel (Ferrajoli, 2013a, 885).

Referidos nexos pueden resultar ser la integración de nuevos tipos de ordenamientos bajo la condición de producir dimensiones de democracia a nivel supraestatal y esto será posible a sucesivos cambios con relación al paradigma de los

nacimientos de estados modernos y posteriormente con la forma constitucional, en tal sentido, es relevante que se introduzca nuevos conceptos de orden, para así analizar diversos niveles de constitucionalismo democrático. Por consiguiente, las instituciones originarias constituyen a las instituciones políticas donde el acto institutivo es producto del acto constituyente de igual manera las instituciones derivadas son aquellas que derivan del acto institutivo cómo un acto constitutivo cuya validez de producción se regula por la norma de producción que integran a otro ordenamiento.

Por ende, la institución originaria es la que tiene mayor relevancia con relación al estado nacional, mientras que las instituciones derivadas son originadas por actos constitutivos que se encuentran reguladas por normas de una institución originaria o en todo caso se originan por otra institución derivada, es decir, la diferencia que existe entre la institución originaria y la institución derivada básicamente se centra en que el primero es la producción por un acto constituyente y el segundo se da bajo el acto institutivo de un acto constitutivo (Ferrajoli, 2013a, 886).

De lo expuesto, se desprende que las instituciones originarias no admiten ninguna norma con relación a la producción de sus actos originarios y esto se debe a que está conformada por actos constituyentes que a la vez son originarios y desregulados; muy contrario a este las instituciones derivadas son producidas mediante los actos constitutivos, por lo que se prevé la existencia de normas que generan su formación y permiten que sean parte del ordenamiento de otra institución supraordenado.

2.2.1.9. La legislación en el Estado Constitucional de Derecho.

Al respecto, Ferrajoli (2016, p. 59) señala que el estado formal de derecho se conformó bajo la representación de un estado legislativo de derecho la cual estuvo sujeta al principio de legalidad siendo éste un criterio esencial para la existencia y la validez del

derecho, por lo tanto, bajo esta perspectiva se entendería que el derecho se encuentra el reducido a la ley y que esta ley tiene prevalencia ante las fuentes del derecho dado que existe un carácter de vinculatoriedad entre la ley y la Constitución.

En consecuencia, es en el estado legislativo de derecho donde se produce la afirmación y el reconocimiento del principio de legalidad como aquella norma que reconoce el derecho positivo pues bajo este es posible realizar el control de legalidad de los actos y parámetros que están referidos a la actuación fuera de la ley, en ese sentido, la legislación del estado constitucional de derecho cobra relevancia como aquel parámetro de control y los criterios formales de validez con relación al derecho.

Por lo tanto, la legislación del estado constitucional de derecho implica el reconocimiento de la jerarquización de la Constitución debido a que éste es una norma superior que se encuentra en la cúspide del ordenamiento jurídico, además, es producto del acto constituyente y por ende las normas contenidas tienen rango de grado ante otras normas subordinadas lo cual implica que las normas de limitación y garantía están bajo el criterio de protección de los derechos vitales.

2.2.1.9.1. Jerarquía de las fuentes y jerarquía de las normas.

Con relación a jerarquía de las fuentes y jerarquía de las normas es menester señalar que el ordenamiento constitucional y los otros ordenamientos constituyen un conjunto de fuentes y normas establecidos bajo un orden jerárquico, por lo que su estructura jerárquica en grados es el rasgo más relevante que lo caracteriza, no obstante, esta particularidad resulta ser un tanto compleja en los ordenamientos democráticos debido a que las normas están relacionadas por normas sobre la producción sustantivas y sobre todo formales, de ahí que representarlas implica hacerlo mediante varios niveles constitucionales, legales y reglamentarios que se encuentran subordinadas a la ley, para

ello, es necesario que se realice la distinción entre las tres dimensiones de cada fenómeno normativo, es decir, las fuentes, las normas y los textos normativos (Ferrajoli, 2013a, 852).

En ese sentido, es necesario definir sobre, los actos legislativos, normas constitucionales, leyes y las normas legales, siendo así que se tiene la noción que las normas constitucionales son aquéllas que se encuentran contenidas en la Constitución, del mismo modo, el acto legislativo recae en aquellas decisiones por el cual se ejercen las funciones legislativas y que además en la Constitución se establece las normas sobre la producción de estas, por otro lado la ley, es el resultado de un acto legislativo que se concretiza en un conjunto de normas, finalmente las normas legales son aquéllas que se encuentran contenidas en la ley.

Aunado a lo anterior, Ferrajoli (2013a, p. 854) refiere que las normas constitucionales son aquellas que pertenecen al conjunto de normas dispuestas en la Constitución, mientras que el acto legislativo es la fuente de grado que se encuentra subordinado a la Constitución, del mismo modo la ley y la norma legal constituyen el texto y la norma producida por él mismo.

En realidad, la estructuración de la Constitución sería bajo la perspectiva del acto constituyente de la siguiente manera; Constitución y normas constitucionales, que implicaría básicamente el resultado de un acto legislativo, ley y normas legales, estas se dan posterior al acto legislativo, textos normativos y normas subordinadas constituyen las sucesiones de los actos y situaciones; a partir de esta secuencia resulta conveniente establecer nuevas secuencias cómo la secuencia ascendente la cual constituye a un acto no constituyente, a partir de la observancia o inobservancia de la norma que se encuentra contenida en una norma legal, en esencia se tiene como fuente al acto legislativo el cual

conforme o no conforme con las normas constitucionales sobre su producción tienen como fuente al acto constituyente que ejerce el poder constituyente (Ferrajoli, 2013a, p. 856).

Otra de las secuencias residiría en la descendente, esta secuencia implica que ante un poder constituyente siempre existirá en acto qué es su facultad, es decir, que la institución política originaria será el resultado del acto constituyente institutivo que residirá en la democracia, por lo que se estipulará un conjunto de derechos vitales como producto de las normas sustantivas en base a qué son normas constitucionales que pueden ser sometidas a ser observadas o no observadas y que además los efectos son leyes o normas legales que pueden ser sometidas a la observancia o no observancia por acción u omisión de acuerdo a la disposición de producción que se regula.

Partiendo desde lo establecido, se asume que las secuencias permiten reconocer la unidad de todo ordenamiento, a través del empleo de los grados de escala ascendientes o descendientes, en tal sentido, la Constitución es la que establece el conjunto de normas reconocidas a partir de la unidad en todo el sistema normativo y gramatical, por otro lado, es menester indicar que existe un norte de interpretación posterior que puede ser realizado mediante la asociación a las secuencias vinculadas con el ejercicio de los poderes constituidos las cuales son facultadas por las instituciones producidas bajo el ejercicio del poder constituyente (Ferrajoli, 2013a, 886).

Los poderes pueden ser contemplados bajo el poder legislativo ordinario, el cual está orientada a realizar el ejercicio de producción de normas legales ordinarias, así mismo, puede ser contemplada bajo el poder legislativo de revisión constitucional, el cual está orientado a la producción de leyes constitucionales o de la revisión constitucional, siendo así que el proceso político se dará a través de estas dos secuencias que pueden ser

interpretadas e innovadas, además, puede darse bajo el proceso de realización en la Constitución el cual se desarrollará mediante la actividad legislativa y administrativa ordinaria de acuerdo a los grados del ordenamiento y el proceso constituyente con sus respectivas revisiones, extensiones y actualizaciones del proyecto constitucional conforme a los principios respectivos (Ferrajoli, p. 857).

2.2.1.9.2. Antinomias y lagunas.

Hacer mención sobre las antinomias y las lagunas es posible solo cuando se hace referencia a la inobservancia ya sea por acción u omisión de la norma sustantiva con relación a la producción normativa, es decir, a los resultados de la inobservancia, en caso de las antinomias suele darse la inobservancia de las normas existentes aunque sean ilegítimas, así como la inobservancia de la sustancialidad de la norma, muy contrario a este en el caso de las lagunas la inobservancia está referida a las normas inexistentes, por esta situación se puede hacer referencia sobre las antinomias y lagunas a partir de ordenamientos articulados establecidos en distintos niveles normativos que no han sido coherentes con la sustancialidad de la producción de normas (Ferrajoli, 2013a, 857).

Por lo tanto, Ferrajoli (2013a, p. 858) connota que las antinomias y lagunas se dan cuando los vicios que contienen no pueden ser subsanados por el intérprete, por ello solo será posible su eliminación por una determinada decisión, la antinomia se desarrollará bajo la abrogación legislativa de la norma ilegítima o la anulación jurisdiccional de forma existente. Por otro lado, la laguna se desarrollará mediante la introducción legislativa de la norma obligada ya sea en forma inexistente. En consecuencia, estos tipos de vicio están vinculados con los niveles normativos, por lo que una norma supraordenado se presenta vulnerada por una acción u omisión en un nivel de grado normativo subordinado.

En otro orden de ideas, suele acontecer que las normas de una Constitución rígida se dan la inaplicabilidad o porque son vacíos cuando son transgredidas por la actividad legislativa, es así como en el caso de las antinomias ocurre la contradicción de las normas vigentes en la comprobación, del mismo modo, en el caso de las lagunas esto ocurre porque estas son inactivadas por la omisión de producción de la norma requerida para su aplicación. A raíz de ello se evidencia que la problemática existente de las antinomias y las lagunas ocurre en los estados constitucionales de derecho en razón a que el problema de las garantías primarias y secundarias de la Constitución están referidos a los derechos fundamentales, por lo tanto, su sola vulneración y la inobservancia de la sustancia normativa conllevaría a la producción de antinomias, así mismo la ausencia de un derecho fundamental implicaría estar frente a lagunas (Ferrajoli, 2013a, 858).

En consecuencia, los derechos constitucionales al poseer un doble carácter genera ciertos inconvenientes, debido a que su característica con relación al rango constitucional, la supraordenación ante las normas legales ordinarias y su carácter constitucional de ser una norma deóntica-tético, es así que bajo estos dos caracteres es que se originan las antinomias y las lagunas, por ello la estipulación de los derechos fundamentales en la Constitución implica que se debe de realizar un contraste teniendo en cuenta el principio lógico de no contradicción, por ello, aquellos derechos que se encuentran establecidos en la Constitución equivalen a un rango constitucional frente a otras normas sustantivas que son producto del ejercicio legislativo.

Por consiguiente, las antinomias y las lagunas en esencia son vicios que se generan por la inobservancia sustancial, la falta de plenitud y la incoherencia sobre la producción de normas, pues es de conocimiento que las normas sustantivas son de grado supraordenado a las circunstancias y normas producidas por actos legislativos, al ser así

resulta que las normas supraordenado o normas sustantivas pueden resultar ser no coherentes a las normas legales producidas por el ejercicio de una función pública o privada que no estén en concordancia con los derechos fundamentales establecidos en la Constitución es justo en ese momento en que se da origen a las antinomias y los lagunas legales (Ferrajoli, 2013a, 858).

En conclusión, la presentación de una inobservancia ante un derecho fundamental que se encuentra determinado en la Constitución, genera a nivel normativo subordinado la formación de antinomias o lagunas porque el derecho constitucionalmente establecido no guarda coherencia válida con una norma legal subordinada, por esta razón, la norma dependiente incurre en una antinomia de contraste frente a la norma supraordenado, del mismo modo, con relación al vicio que se pueda producir por la omisión de la producción de una norma necesaria se estaría frente nada más que a una laguna normativa. Es por lo que las antinomias y las lagunas llevadas a una democracia constitucional son proporcionales al derecho ilegítimo por la vulneración o incumplimiento de lo determinado en las constituciones democráticas.

2.2.2.10. Constitución y leyes entre legitimidad e ilegitimidad, validez e invalidez, efectividad e ineffectividad.

En lo que respecta, la estructura de grados aplicados en las fuentes y las normas de producción, no todas se encuentran en el mismo nivel o grado, debido a que se encuentran jerarquizadas y determinadas en diferentes niveles, en esa línea, cada norma cuenta con una fuente que le otorga legitimidad, asimismo, se encuentra regulada por una norma supraordenado sobre su producción que le otorga validez, es así que en esta escala se alcanza a la fuente originaria donde este no es válido ni inválido, no es ni legítimo ni

ilegítimo y es el poder desregulado y originario con esto se hace referencia el acto constituyente (Ferrajoli, 2013a, 877).

En ese sentido, existe una relación de grado entre las normas y fuentes, lo cual implica que los actos legislativos y otras disposiciones vienen a ser el resultado del ejercicio de otros poderes, por consiguiente estos se regulan por otras normas encargados de su producción constitucional o legislativa, estos poderes condicionan su validez y su vigencia, en síntesis, estas normas se encuentran reguladas por aquellas normas formales, supraordenado y normas sustanciales, pues mediante la observancia es que se deriva su validez sustancial de determinada norma.

El vínculo sustancial determinado para las leyes por la Constitución, bajo un aspecto democrático no son otra cosa que los derechos fundamentales establecidos como aquellos derechos vitales y la determinación de deberes para el ejercicio de los poderes públicos, a partir de ello podemos referir que la norma legal al ser el resultado de un acto legislativo será legítimo si dicho acto es válido, vale decir que si éste se encuentra conforme en las formas y guarda coherencia en el significado con las normas constitucionales formales y sustantivas sobre su producción, podrán ser consideradas como normas legítimas, de suceder lo contrario estas normas recaerían en una ilegitimidad como resultado de un acto legislativo inválido debido a una incoherencia de significados con relación a lo establecido en la Constitución y desde un aspecto democrático (Ferrajoli, 2013a, 878).

En conclusión, la validez de la legitimidad y la fuente de las normas subordinadas son el efecto de las normas superiores, pero de igual manera la ineffectividad de una norma superior se refleja en la invalidez de la ilegitimidad y la fuente de las normas subordinadas, por consiguiente, resulta necesario concretizar que los principios de la

deóntica tienen eficacia deóntica y más no lógica, debido a que estos están dotados de coherencia. Por otro lado, con relación sobre la lógica de un estado constitucional de derecho, este se encuentra vinculada a la estructura normativa y a la coherencia entre los distintos niveles normativos del ordenamiento.

2.2.2.10.1. Los tres paradigmas del derecho.

Si bien es cierto el estado constitucional de derecho podría ser también no democrático y esto se debe por el vicio que contiene la dimensión política democrática, ya que sin este no es posible referir sobre la democracia aun cuando se tenga la dimensión social, liberal y civil, el estado de derecho se encuentra distinguido en base a las dimensiones formales y sustanciales.

El derecho Medieval se desarrollaba mediante la formación jurisprudencial y doctrinal mas no bajo la formación legislativa, en ese entonces no era posible la existencia de un sistema unitario y tampoco la formalización de fuentes positivas ya que existía la pluralidad de fuentes y ordenamientos que se originaban de instituciones asistentes y diferentes tales como la iglesia, los principados, las ciudades, el imperio y las corporaciones, sin embargo, ninguna de estas se encontraba monopolizada para producir normas jurídicas de ahí es que surge los paradigmas en el derecho (Ferrajoli, 2013b, p. 31).

Aunado a lo anterior, Ferrajoli (2013, p. 32) refiere que es por eso por lo que el derecho se encontraba determinada por la actualización y el desarrollo de la antigua tradición romanista, es decir, se desarrollaba mediante la elaboración doctrinal y la jurisprudencia, lo cual influenciaba a su validez, se encontraba sujeta a la racionalidad intrínseca o a la justicia de acuerdo con el contenido, es decir, su validez no estaba sujeta como hoy en día a la forma de su producción.

El derecho premoderno tenía como teoría el iusnaturalismo, contrario a este estaba el positivismo jurídico como una tesis opuesta sostenida por Hobbes pues éste hacía referencia a la instancia axiológica del derecho bajo el principio de la legalidad como una metanorma del reconocimiento de garantías, libertad y certeza contra toda arbitrariedad. En tal sentido, el estado de derecho se origina bajo la forma de un estado legislativo de derecho, siendo así que se afirma como criterio especial del derecho válido al principio de legalidad, por consiguiente, es gracias a este principio y a las codificaciones de las normas jurídicas validas que se alcanza la revolución de un monopolio estatal con referencia a la producción jurídica (Ferrajoli, 2013b, p. 33).

Bajo la experiencia jurídica premoderna es que se da la mutación del primer paradigma pues se instituye cambios relevantes que se encuentran vinculados a la fundamentación iuspositivista del derecho, dichos cambios se centran en la naturaleza y el estatuto epistemológico de la ciencia jurídica, en la naturaleza y la estructura del derecho, así mismo, en la naturaleza del papel de la filosofía política, en la naturaleza y el papel de la jurisdicción. Este primer cambio está orientado a la existencia de la validez de una norma jurídica, en esencia este cambio está relacionado más a la forma del contenido de las normas.

El segundo cambio, que se logra evidenciar estaba orientado a la jurisdicción, siendo así que se deja de lado la producción jurisprudencial del derecho y se integra a la ley y al principio de legalidad como aquellas únicas fuentes de legitimación, pues al ser la ley establecida por una autoridad éste tiene como efecto transformar los juicios de comprobación de acuerdo a lo preestablecido por la ley según el principio de Hobbes, *veritas non auctoritas facit iudicium* la cual sirve para establecer las garantías y certeza del derecho a la igualdad ante la ley contra toda arbitrariedad (Ferrajoli, 2013b, p. 34).

El tercer cambio que hace es con referencia a la ciencia jurídica que se desarrolla al derecho como objeto, se establece el reconocimiento del principio de legalidad que permite el reconocimiento de un derecho existente y es así que la ciencia jurídica deja de ser una ciencia normativa para así convertirse en una disciplina cognoscitiva, interpretativa de un objeto, autónomo del derecho positivo.

En consecuencia, de ahí es que surge los tres paradigmas del derecho las cuales constituyen en primer orden la alteración de la teoría de la validez, en un estado constitucional de derecho que tiene una Constitución, de acuerdo a la vértice de jerarquías las leyes se encuentran subordinadas no sola las normas formales sobre su producción sino a las normas sustanciales con relación a su significado, por lo tanto, no se pueden admitir como válidas aquellas normas legales que tienen un significado que va contra las normas constitucionales, pues la existencia o vigencia de estas normas contempladas en el paradigma paleo-positivistas se encontraban separadas a la justicia por lo que se descomponen de la validez sustancial (Ferrajoli, 2013b, p. 46).

Del mismo modo, Ferrajoli (2013, p. 38) puntualiza que se ve afectada la naturaleza y el papel de la jurisdicción, debido a que se incorpora los principios y derechos fundamentales a un nivel constitucional, es decir, que la existencia de normas inválidas al estar en contraste con estas se transforman con relación al vínculo del juez y la ley, en efecto, ya no se da como en el viejo paradigma de la sujeción acrítica como condicionada a la ley a partir de su contenido, sino que ahora la sujeción se da ante la Constitución y en consecuencia a la ley que es válida siempre y cuando esté establecida en la Constitución.

Finalmente, se cambia el paradigma epistemológico de la ciencia jurídica debido a qué es necesario la transformación de las condiciones de la validez, mediante este la

ciencia jurídica es impuesta bajo una función ya no de forma explicativa y valorativa sino que se le otorga la función de ser crítica y proyectiva, en esencia, el viejo paradigma del estado de derecho legislativo solo era posible desde un ámbito ético-político, desde la oportunidad o la razonabilidad, lo cual dejaba fuera a aquellos vicios jurídicos de sustancias internas a la legislación, pues todo ello cambia ya que dentro del sistema normativo de un estado constitucional de derecho este es la disciplina bajo las formas de producción jurídica y los significados normativos que articulan la estructura formal de la Constitución (Ferrajoli, 2013, p. 40).

2.2.2. Condena no pronunciada.

2.2.2.1. Suspensión de la ejecución de la pena.

Como estructura metodológica para una mejor comprensión de la variable (condena no pronunciada) es oportuno desarrollar partiendo desde lo más general hasta lo más particular (deducción), en ese orden de ideas tenemos que, la suspensión de ejecución de penas vendría a ser el ámbito general y la condena pronunciada el ámbito específico conocido también como desaparición de las condenas.

2.2.2.1.1. Breve historia.

La legislación peruana de 1924 tuvo a bien considerar (tuvo presente) que la llamada suspensión de la pena (*poena*) no era sino, una condicionada condena, la misma que se utilizaba sólo para crímenes no dolosos, es decir, crímenes cometidos por culpa, sin embargo, esto ha ido evolucionando con el pasar del tiempo hasta concebir hoy en día que éste tipo de pena también se extiende a los casos donde requieren una condena no mayor a dos años de pena privativa de libertad bajo los parámetros que el sancionado no sea reincidente (Bacigalupo, 1999, p. 67).

Respecto al nacimiento de la figura jurídica de la suspensión de la pena se tiene al año 1800 aproximadamente siendo tres los lugares de nacimiento: Norteamérica, Francia y Bélgica. Ahora bien, la cultura del derecho anglosajón entiende que la suspensión de pena es la expresión de responsabilidad, es decir, si es del caso que no existe ninguna manifestación de sanción, entonces, el sujeto debe cumplir un tiempo de prueba donde se evalúa y se indica las obligaciones a realizar, todas ellas con su respectiva supervisión (García, 2012, p. 159).

2.2.2.1.2. Definición.

Para entender de forma exhaustiva la figura jurídica de **suspensión condicional de la pena**, la cual es conocida también como **suspensión de la ejecución de la pena** e incluso como **condenación condicional** y además que, esta acecha a ser denominada acorde al idioma que se maneje, así, por ejemplo, tenemos las siguientes maneras: *sospensione* [Italia], *suspensão* [Brasil], *Strafaussetzung zur Bewährung* [Alemania], etcétera. Al margen de ello, se hace necesario definirla a pesar de las diversas definiciones que se han dado, es por ello, que para efectos del presente trabajo se tomará solo algunas de ellas.

Como apertura a este bagaje de definiciones de suspensión de ejecución de la pena se tiene la desarrollada por el jurista Carlos Creus (1992), quién dota de otra denominación a la suspensión de ejecución de la pena sin quebrar el principio lógico y ontológico de la identidad de tal figura, así, con esta aclaración el jurista expone:

La condenación condicional denominada por el Código Penal, también conocida como *condena de ejecución condicional*, no es sino, aquel mecanismo que dota al juez la posibilidad de individualizar la pena frente a un caso en concreto de cuya interpretación resultan ciertas categorías de autores. De este modo, de acuerdo con

nuestro ordenamiento jurídico – penal la condenación condicional de la condena tiene como consecuencia dejar en suspenso el ejercicio de la pena a cambio de una buena actitud del condenado, es decir, que éste no vuelva a cometer nuevos delitos (art. 26 y ss., Cód. Penal) (p. 501).

De allí que, la *conditio sine qua non* implica que el condenado no cometa nuevos hechos delictivos dentro del plazo establecido.

Por otra parte, siguiendo con el intento de definir la suspensión de la ejecución de la pena, de acuerdo con una tesis cuya temática es la pena, vale decir, una tesis relativa (en el sentido que hay diversas tesis relativas como la prevención general positiva o negativa, etcétera) el penalista Esteban Righi (2016) señala que:

El fundamento de la condena de ejecución condicional se arraiga a la teoría de la prevención especial, cuyo efecto radica en la consecuencia de las penas privativas de libertad estrictamente cortas. Esto parte de la premisa que con la imposición de una pena corta revela el escaso contenido del injusto y a la vez, de culpabilidad, en tal circunstancia se debe aplicar la función retributiva teniendo como razón a la utilidad social y no perjudicar con su ejecución (p. 694).

De ello, se infiere que la poca entidad de la conducta delictiva se toma en cuenta y es a partir de allí, que encuentra sentido el límite de la pena para preferir la imposición de la suspensión de la ejecución de la pena (artículo 51 inciso 1), siendo del caso peruano, por ejemplo, no superior a los cuatro años de pena privativa de libertad.

De modo que, la finalidad y la función de la condena de ejecución condicional para el penalista Esteban Righi (2016) consiste en lo siguiente:

(...) La condena de ejecución condicional tiene la finalidad de advertir al condenado y a la vez, cumple la función de prevención en el sentido que, orienta

al sentenciado a poner límites a su conducta y por ende respetar el ordenamiento normativo (p. 694).

Dicho esto, se evidencia que la condena de ejecución condicional se relaciona de forma estrecha con una de las tesis relativas de la pena, esta es, la tesis de la prevención especial positiva; cabe señalar que existen otro tipo de tesis relativas, por ejemplo, la prevención general positiva, prevención especial negativa, prevención general negativa.

Otro punto importante es el principio de no-necesidad de la ejecución de la pena, que opera con la finalidad de declarar la suspensión de la ejecución de la pena. La misma que se sustenta en la necesidad de prevención, es decir, si se trata de acomodar a una postura preventiva especial la ejecución de un castigo no sería posible, y desde luego al margen de una postura preventiva general se desarrolla una suerte de intimidación respecto de la ejecución del castigo cuando se exhorta para que el agente no cometa hechos delictivos durante su periodo de prueba (Bramont-Arias, 2002, p. 449).

2.2.2.1.3. Regulación jurídica y naturaleza.

Nuestra legislación peruana ha positivizado la posibilidad de suspender la pena suspendiéndola, es decir, esta institución se regula dentro de nuestro Código, en tal efecto, la norma vigente descrita en el Código Penal de 1991, Libro Primero, Capítulo IV, se encuentra en los artículos 57, 58, 59, 60 y 67. El artículo 57 describe los requisitos, el artículo 58 refiere las reglas de conducta, el artículo 59 describe las consecuencias del incumplimiento, el artículo 60 hace referencia al acto de renovar la suspensión de la pena y el artículo 61 tipifica la condena no pronunciada. En definitiva, nuestro ordenamiento jurídico regula por un lado la suspensión de la pena y por otro la condena no pronunciada, esto es, que tenemos dos figuras distintas.

La suspensión de la ejecución de la pena no reemplaza la pena de prisión ya que, cuando uno se refiere a **sustitución** o **reemplazo** significa que se sule algo por algo, y la suspensión de la ejecución no cumple con ese requisito, sino más bien tiene el objetivo de alejarlo al sancionado de la cárcel, es decir, busca no internarlo de acuerdo a las normas del *iudex*, dándole confianza respecto a la obediencia de la norma y la ausencia de reincidencia (Abel, 2017, p. 83).

2.2.2.1.4. Presupuestos y requisitos.

Respecto a los requisitos de la suspensión de la pena de acuerdo con nuestro ordenamiento jurídico vigente del Código de 1991, en su artículo 57, enumera lo siguiente como requisitos indispensables:

- La condena no debe sobrepasar los cuatro años de privativa de libertad.
- Naturaleza, el modo de la conducta delictuosa, conducta en el proceso y la personalidad del sujeto, permitan al juez llegar a la conclusión que el condenado será incapaz de cometer nuevo delito. Ese pronóstico que tiene que ver con las conductas futuras del delincuente deben estar motivadas respectivamente.
- Que el agente no tenga la condición de reincidente o habitual.

Es decir, de acuerdo con este Código de 1991 y su artículo 57 se determina los requisitos de la suspensión de la ejecución de la pena en tres incisos, siendo los dos primeros presupuestos, así, el primero es un presupuesto formal y el segundo es un presupuesto material (parámetros indispensables a considerar para la suspensión de la ejecución de la pena por parte del *iudex*). Entonces, siendo los dos presupuestos formal y materia, el presupuesto formal consiste en lo siguiente: la pena de prisión no tiene que superar los cuatro años y, el sujeto no tiene que haber reincidentado ni haber caído en habitualidad, y el material: la naturaleza, el modus operandi del delito, la conducta y la

personalidad del sujeto, dotan de factibilidad al *iudex* de que el agente está en la capacidad de no incurrir en nueva conducta delictiva.

2.2.2.1.5. Derecho comparado.

El Perú no es el único país que ha normado esta figura jurídica, por ello, para efectos de comprender mejor la suspensión de la ejecución de la pena, pasamos a desarrollar desde la normativa del derecho comparado teniendo como referente a España, Chile, Argentina, entre otros.

A. Argentina.

El Código Penal de Argentina regula la figura que suspende la ejecución del castigo en el artículo 26.

El artículo 26 del Código citado indica que, en las ocasiones de primera sanción, es decir, condena a pena privativa de libertad no mayor a tres años de pena privativa de libertad dependerá del juzgador dictaminar en la misma resolución que se suspenda el cumplimiento de la sanción (*poena*). Para ello, la decisión debe estar fundada (condicionada con castigo de nulidad) en caso de ausencia de moral en la personalidad del condenado, su comportamiento después al hecho delictivo, las razones que lo conllevaron a cometer delito, la característica del suceso y otras situaciones que comprueben que no conviene la aplicación efectiva de la prisión deben estar debidamente sustentadas. Vale señalar que hay otros aspectos que regula este artículo 26.

B. Brasil.

El Código Penal de Brasil en el artículo 77 describe los requisitos de la suspensión condicionada de la *poena*, además, los siguientes artículos también tienen que ver con este, ya que, estipulan la revocación (*revogação*) facultativa, revocación obligatoria,

etcétera). La suspensión de la pena de acuerdo con su lenguaje portugués es conocida como *suspensão da pena*.

De acuerdo con esta regulación se tiene que los requisitos de la suspensión de la pena son los siguientes: El sancionado debe carecer del título de reincidente para con los delitos dolosos (artículo 77. I), además, se exige en torno a la culpabilidad, así como los antecedentes, la conducta social y la personalidad del sujeto y las circunstancias autorice la llamada concesión del beneficio (artículo 77. II), finalmente se requiere que no sea indicada en el artículo 44 de dicho Código (artículo 77. III).

C. Colombia.

En Colombia el tema que se está desarrollando se encuentra tipificado en su artículo 63 del Código penal.

Este artículo 63 de la legislación colombiana tiene el *nomen iuris* de suspensión condicional de la ejecución de la pena, y se encarga de establecer el tiempo de suspensión de la pena (ya sea con referencia a la pena de prisión dictaminada en sentencia de instancia inferior o también superior), este tiempo de suspensión se prolonga entre los dos y cinco años; la misma que se pueda dar *ex officio* o a solicitud del interesado, sólo en los casos que se cuente con los siguientes requisitos esenciales: 1) La pena privativa de libertad no tiene que superar los cuatro años, 2) de no tener antecedentes penales la persona condenada y el delito cometido no consiste en alguno de las conductas ilícitas establecidas en el inciso 2º, artículo 68ª correspondiente a la Ley 599, 3) este es del caso que el condenado tiene antecedentes penales, sin embargo, es por un delito con dolo retroactivo entre los cinco años, es decir, años precedentes, entonces, el juzgador puede optar por esta medida cuando considera que los antecedentes tienen indicios de que señalan la no necesidad de la ejecución del castigo. Vale recalcar, que de acuerdo con esta legislación

la suspensión de la ejecución no tendrá extensión a la responsabilidad civil *ex delicto*. Para culminar, hay que mencionar que el juzgador puede exigir que se den castigos que no sea la prisión, accesorias a aquella, es decir, otro tipo de penas. Siguiendo con esta ilación de ideas, el artículo 64 del Código colombiano refiere la liberación condicional, además que plasma sus requisitos y demás aspectos importantes.

También es importante señalar que el artículo 65 del Código colombiano desarrolla los requisitos de las obligaciones, estas son: informar, reparar el daño causado, entre otras para contar con el reconocimiento de la suspensión condicional de la ejecución de la pena y por ende de la libertad condicional.

D. España.

La legislación española ha concedido para esta temática el artículo 80 de su Código Penal y siguientes.

Así tenemos que, el artículo 80 del Código penal español reza que el juzgador a través de una sentencia fundamentada podrá poner en suspenso la ejecución de las penas de prisión siempre en cuando no superen los dos años, ahora bien, de ser el caso de que existan motivos razonables de la espera de la ejecución de la sanción no es viable para eludir que el sancionado volverá a cometer hechos delictivos en el futuro, es decir, hechos nuevos.

De allí que, El juzgador tendrá que evaluar las situaciones concretas del hecho delictivo para poder llegar a una correcta sentencia, dicha evaluación comprende: las situaciones personales del castigado, antecedentes, comportamiento anterior, su iniciativa de resarcir el daño, situación familiar, situación social, y las consecuencias que queda esperar respecto de la suspensión de ejecución y del cumplimiento de las medidas que se le haya impuesto.

Por otro lado, el artículo 80 refiere cuáles serían las condiciones para dejar en suspenso la llamada ejecución de la pena, esto es, haber cometido delito por primera vez, la pena debe ser de menos de dos años, entre otros requisitos. Sin embargo, esto es relativo, ya que, hay la posibilidad que el juzgador suspenda cualquier pena sin cumplir incluso los requisitos esenciales cuando el condenado tenga una enfermedad grave e incurable.

E. Reglas de conducta.

Una vez desarrollado los puntos anteriores, es necesario abarcar las reglas de conducta, toda vez que, aquello cuanto nos refiere el artículo 61 de la legislación peruana de 1991 se detalla sobre las bases de comportamiento de forma exhaustiva, entendiendo que la condena no pronunciada se relaciona de forma estrecha con las reglas de conducta. Al margen de ello, es decir, entendiendo la relación que existe en estas dos figuras jurídicas se hace necesario desarrollar el tópico de la suspensión a las reglas de conducta, así como con la condena no pronunciada, más aún cuando radica allí la no omisión. Por consiguiente, en lo que sigue desarrollamos la temática de las reglas.

En primer lugar, hay que mencionar que las reglas de conducta deben ser cumplidas de forma cabal por el sujeto beneficiado con la suspensión de ejecución de la pena o las medidas alternativas que corresponda, ahora bien, en caso no se obedece estas reglas emitidas obviamente por el juez competente, entonces, se aplicará el artículo 59 del Código Penal de 1991 (Castillo, 2004, p. 89).

Las reglas a las que estamos haciendo mención se encuentran descritas de forma clara y precisa en el artículo 58 del Código Penal peruano en nueve incisos de la siguiente manera. Queda vetado frecuentar en determinados lugares, debe estar presente siempre en el sitio donde se reside, es decir, no se puede ausentar sin la autorización del *iudex*,

apersonarse de forma mensual al juzgado de forma personal y obligatoria con el objeto de informar y sustentar la rutina de vida, reparar los daños causados por el delito o de lo contrario realizar el pago que corresponda en fracciones, etc.

Como ya íbamos mencionando anteriormente, en caso de existir desobediencia a las reglas citadas anteriormente, entonces se procede a aplicar el artículo 59 del Código Penal peruano, esto es, si por ejemplo se incurre en nuevo hecho delictivo, en consecuencia, los efectos serían los siguientes: 1) amonestación, 2) prórroga del período de suspensión, y 3) revocatoria de la suspensión.

2.2.2.2. Tesis de la pena.

En nuestro tiempo tenemos diversas teorías que nos ilustran sobre la pena (aclaremos que en el presente trabajo sustituimos el término teoría por el de tesis), y es que, estas tesis buscan dar respuesta a la siguiente cuestión: ¿Cuál es el sentido del castigo? En ese sentido, cada postura planteada ya sea desde la tesis absoluta, relativa, etcétera buscan la respuesta a la interrogante descrita, de hecho, cada desarrollo doctrinal lo responde de forma diversa teniendo como base la idea de los filósofos y juristas.

Por ello, la polémica de la legitimidad del derecho penal fue controversial por mucho tiempo, ya que, el tema de la función de la pena abordada tanto por filósofos y juristas era o no correcta (Jaén, 1999, p. 23).

Con el pasar del tiempo se llega a la conclusión que la reacción del Estado frente a los comportamientos delictivos no es sino, la pena. Dicho de otro modo, el estado sustenta su acto de imponer la pena cuando ésta es necesaria. En definitiva, las tesis de la pena se convierten en el sustento histórico del sustento del órgano estatal respecto a la aplicación de la pena. Es más, estas teorías han llegado mucho más allá intentado perfilar la función del derecho penal y la función de la pena (Hurtado, 2011, p. 38).

Si bien es cierto, el estado tiene la potestad para punir, también se ha establecido límites para utilizar tal poder, por ello, el derecho criminal elaboró diversas teorías, las cuales son: teorías relativas, absolutas y mixtas (Bramont, 1978, p. 61)

La pena sin duda alguna es la manifestación más trascendental del derecho penal, a la vez, se vincula con la potestad estatal para punir el desorden y buscar el orden en la sociedad, a esto se conoce como el control social para controlar a esas conductas que no permiten conseguir el orden social, sino más bien interfiere (Villavicencio, 2006, p. 45).

2.2.2.2.1. Las teorías retribucionistas.

De acuerdo con esta perspectiva resulta que, si el sujeto comete un delito la pena tiene el rol de retributiva, es decir, la pena crea un mal en recompensa de otro mal que es originado por el sujeto al cometer el delito, es decir, si un sujeto causa un mal a él también se le debe causar otro mal (Jescheck, 1993, p.67).

De este modo, este tipo de teorías comparten los siguientes puntos: 1) la pena debe ejecutarse al 100%, 2) la pena debe ser igual al perjuicio ocasionado, y 3) la pena no debe buscar fines de prevención (Jaén, 1999, p. 25).

En cuanto a terminología, esta tesis retributiva también denominada tesis absoluta, tesis de la justicia o también clásica, se produce a consecuencia de la verdad absoluta, siendo la justicia total, aquí la pena es cabalmente notable, solo si se aplica la pena es posible garantizar el dominio de la *iustitia* (Guanarteme, 2016, p. 107).

2.2.2.2.2. Las teorías relativas.

Por otro lado, como contraria a la tesis retributiva tenemos a la de prevención, la cual, postula la utilidad de la pena penal, la misma que trasciende la retribución. La pena actúa como tutela para la sociedad siendo que, el sujeto que delinquiró ya no vuelva a delinquir (Muñoz, 1998, p. 50).

A estas teorías denominadas de prevención se les conoce como relativas, las cuales toman en cuenta la finalidad de la pena desde una perspectiva positiva, útil para la sociedad, de allí su diferencia con las retributivas o absolutas, entonces, se considera necesaria la prevención desde la relatividad y se desarraiga de tener como base a la justicia en concreto, sino más bien, busca la prevención (García, 2008, p. 75).

En pocas palabras, de acuerdo con el fin y el medio de la pena, ésta ya no es un objetivo sino más bien una vía.

Ahora bien, estas teorías se han desarrollado al margen de dos puntos de vista. El primero, denominada prevención general entiende que la pena es la vía idónea para prevenir las conductas delictivas a través de la intimidación, es decir, la pena cumple el rol de amenaza para toda persona, a esto se le denomina prevención negativa; el segundo, se trata de la prevención especial, también conocida prevención general positiva ya que concibe al ser humano como fin en sí mismo, de ahí que, se preocupa en prevenir los hechos delictivos por cada sujeto en específico (Quintores, 1996, p. 49).

En definitiva, esta teoría de la prevención se clasifica de dos maneras: 1) tesis de la prevención general, la cual, se subdivide en dos puntos: teoría de la prevención general positiva (busca con la pena que la vigencia de la norma resulte reafirmada) y la teoría de prevención general negativa (la pena es una amenaza para que no se cometan delitos) y 2) Teoría de la prevención especial, la cual, se desarrolla en la búsqueda de la evitación de futuros crímenes influyendo en el sujeto delictivo, es decir, la pena debe proteger, resocializar y de cierto modo causar intimidación (Prado, 1995, p. 63).

2.2.2.2.3. Las teorías eclécticas.

Desde otro ángulo la doctrina ha desarrollado las teorías mixtas, las cuales, tienen diversas finalidades que complementan los límites de la pena y su aspecto útil, es así, que

la pena se sustenta en la protección de la sociedad, además, se arraiga a la limitación máxima de los requerimientos preventivos, es decir, eludir la emisión de una pena suprema diseñada para el sujeto que realizó el delito (Feijóo, 2017, p. 91).

En concreto, según el criterio mixto la pena tiene tres manifestaciones: primero, la pena cumple el rol de lanzar una amenaza con el objetivo de tutelar los intereses jurídicos, el segundo consiste en la imposición de la pena y por último el momento preciso en que se ejecuta la pena (Barja, 2002, p. 157).

De ahí que, entre los postulados de la tesis absoluta y relativa nace la tesis mixta, realizando una especie de mezcla entre las dos primeras y dotando a la pena un carácter justo como las teorías absolutas y un carácter útil de acuerdo con las de prevención. Es por ello, que esta teoría busca con la pena que ésta sea proporcional, teniendo presente la culpabilidad y su finalidad debe ser siempre prevenir hechos delictivos en la sociedad (Villa, 1998, p. 57).

2.2.2.2.4. *Clases de pena.*

La legislación peruana vigente establece diversas modalidades de penas, conocidas como: pena de prisión, de multa, de limitación de derechos y restrictivas de libertad, todo ello acorde al artículo 28 del Código Penal de 1991, es decir, que cualquiera de estas penas puede ser aplicables frente a un delito o falta según corresponda, a continuación, desarrollamos cada una de ellas.

- (a) **La pena privativa de libertad:** este tipo de pena limita el derecho a la libertad de tránsito (*ius movendi et ambulandi*) del autor del delito, quién ingresa a una penitenciaría. Este tipo de pena ha recibido críticas, pero a pesar de ello, sigue siendo correcta para reprimir los crímenes del contexto social (García, 2012, p. 111).

La pena de prisión se concibe a aquella que es fruto de la decisión del juzgador mediante sentencia en contra del sujeto que se ha probado su culpabilidad en juicio penal como consecuencia de la comisión de un delito, al agente se le priva de su libertad ambulatoria como sanción.

Según la historia se devela que este tipo de pena es la más usada, por lo menos acorde a las normas de occidente este es el castigo más drástico, ya que, se priva el derecho de la libertad al sujeto en un juicio penal (Hornle, 2015, p. 23).

La pena privativa de libertad se determina por el poder legislativo teniendo como base la gravedad del hecho delictivo, es decir, son proporcionales con el delito, entonces, la pena será más leve si el delito es leve y más severa si el delito es más grave. Sin embargo, en la realidad esto se relativiza basta con poner un ejemplo, la vida es un bien jurídico de invaluable y debe merecer una pena grave por lo menos en los delitos dolosos que ponen fin a la misma o atentan contra ella, es de nuestro caso que el legislador ha considerado 6 años como mínimo y máximo 20, respecto al mínimo legal se considera que debe ser mayor.

(b) Las penas restrictivas de libertad: este tipo de pena consiste en limitar el derecho de transitar y se manifiesta de dos maneras: 1) castigo de expulsión del territorio cuando se trata de situaciones extranjeras, y 2) y la pena de expatriar cuando se trate de casos nacionales (Gamboa, 2005, p. 204).

El artículo 30 del Código Penal vigente describe este tipo de penas que restringen la libertad, la cual, como primera medida requiere de una pena de prisión, es decir, el sujeto ya perdió su derecho a la libertad de tránsito con anterioridad.

Dicha pena consiste en un aislamiento del territorio del país de forma obligatoria, esto se puede dar de dos formas: primero, expulsión y segundo, la expatriación,

referente a extranjeros el primero y el segunda a nacionales (Bramont-Arias, 2002, p. 454).

(c) **Las penas limitativas de derecho:** este tipo de penas que limitan derechos no se aplican en desmedro a la vida, cuerpo, la salud o libertad de movimiento. Nuestra legislación lo describe en los artículos 31 y 40 del Código Penal teniendo en cuenta lo siguiente: inhabilitación, limitación de días con libertad y prestación de servicios a la comunidad (Bramont-Arias, 2002, p. 456).

(d) **La pena de multa:** este tipo de pena lo encontramos en el artículo 41 del Código Penal, esta pena impuesta por el juzgador obliga al agente a pagar una cantidad de dinero al aparato estatal, el cálculo se realiza a través de días multa. Además, que, para calcular el monto en concreto se toma en cuenta el nivel de gastos y patrimonio del agente, esto es, *inter alia* (Bramont-Arias, 2002, p. 460).

En resumidas cuentas, la pena de multa consiste en el reintegro que hace el sancionado al aparato estatal, dicho reintegro se realiza en dinero, el cual, como ya se mencionó se calcula y se fija por días multa acorde a los parámetros del vínculo con su patrimonio, renta, remuneración y gastos (Reynoso, 1996, p. 159).

2.2.2.2.5. *La pena privativa de libertad y las medidas alternativas.*

A. Cuestiones generales.

Las penas alternativas a las de prisión o privación de libertad ponen límite a los castigos más drásticos, es decir, son vías que amortiguan de cierto modo a la pena, reemplazan la aplicación de la pena privativa de libertad, de cierto modo prevalece el derecho a la libertad (García, 2015, p. 108).

En este sentido, cuando tenemos la pena de prisión convertida a las medidas alternativas del derecho punitivo se llega a cumplir la finalidad de disminuir la agresividad del poder estatal, informal y delictiva, siendo que, el Estado tiene la facultad de castigar y tomar el control de los hechos delictivos en favor del orden (Guardiola, 2011, p. 143).

Vale decir, que el Estado reacciona a los delitos buscando la prevención de futuros o nuevos hechos delictivos, de allí, erradica toda conducta delictiva muchas veces imponiendo en determinadas sociedades las penas más drásticas con el objeto de velar por el interés y orden social.

Finalmente, todo cuanto incumbe a las medidas de seguridad y la pena de prisión no hacen sino buscar justicia siendo una de sus funciones principales y, por otro lado, la función social que tutela el interés de todos los individuos previniendo las conductas delictivas en pro de la cautela de los bienes jurídicos reconocidos (Vidal, 2006, p. 19).

B. Medidas alternativas en el Perú.

De acuerdo con el trabajo titulado “Las medidas alternativas a las penas privativas de libertad en el Código Penal Peruano” se hace notar que el procedimiento de transformación penal en los años 80 s y 90s del siglo XX se arraigó al tema de la despenalización el cual, fue quien condujo al aparato legislativo peruano. A partir de allí, se permitió la incorporación de nuevas manifestaciones de la pena, es decir, alternas a la de prisión beneficiando a un sector de agentes delictivos. De tal circunstancia, la Exposición de Motivos en el título “Las Penas” manifiesta que respecto a la pena de prisión queda vigente para los delitos denominados graves, a la vez, manifiesta su preocupación de la búsqueda de medidas alternas para los sujetos considerados no peligrosos, es decir, de conductas delictivas leves. Todo ello, en base a que la

construcción de centros penitenciarios conlleva costos elevados y esto hace pensar en nuevas formas de castigo para los sujetos que no representan peligro a la sociedad. Así, tenemos como medidas alternas: 1) exención de pena, 2), reserva del fallo condenatorio 3) suspensión de la ejecución de la pena, 4) sustitución de penas privativas de libertad, y 5) conversión de penas privativas de libertad (Prado, 1998, s/p).

Ahora, la pena no está por mero gusto, sino que, cumple objetivos tales como: prevenir, socializar, proteger bienes jurídicos, cuidar o velar por el respeto de la dignidad humana, el orden social, con todo ello, da opciones de qué forma aplicar la pena de acuerdo con el comportamiento desviado del agresor y cuál conviene más para su resocialización (Mir, 2011, p. 52).

En fin, el Estado impone las sanciones penales cuando se lesione o ponga en peligro los bienes jurídicos y en esa línea las penas cumplen dos funciones importantes para el derecho, la primera que busca una prevención general con la inducción de ciertos comportamientos merecedores de pena y la segunda alega una prevención especial entendiendo o haciendo de la pena el mecanismo para evitar la comisión de nuevos hechos delictivos (Osset, 2016, p. 96).

C. Clases.

C.1. Sustitución de penas.

Para entender el origen la sustitución de penas es menester citar a Víctor Prado Saldarriaga (s/f) quién señala : “La sustitución de penas es de origen brasileño y consiste en reemplazar las penas privativas de libertad por otras alternativas como prestación de servicios a la comunidad o de limitación de días libres cuando no superen los 3 años (...)” (s/p); es decir, dicho de otro modo se sustituye una pena por otra, normalmente una grave por una menos leve considerando los años de pena de prisión.

Este tema de sustitución de pena, nuestra legislación peruana lo regula en el artículo 32 y 33 del Código Penal de 1991 señalando que la sustitución de la pena está dirigida a suplir la pena de prisión por otra que no menoscabe la libertad ambulatoria del sancionado, es decir, la pena de prisión es sustituida por una de limitación de derechos (Manzanares, 2008, p. 167).

C.2. Conversión de penas.

La conversión (*conversão*) de las penas se tipifica a partir del artículo 52 al 56 del Código Penal vigente, así tenemos la conversión de pena de prisión, la conversión de pena de multa, así como la transformación de la pena a la realización de servicios a la comunidad y por último la limitativa de días libres.

Ahora bien, de forma específica cada artículo describe de modo particular a las modalidades citadas anteriormente referido a la conversión de la pena: el artículo 52 se encarga de la transformación de la pena de libertad, el artículo 52-A describe la transformación de la pena de prisión en ejecución, el artículo 52-B menciona la transformación de la pena de prisión por la de vigilancia electrónica personal, el artículo 53 todo cuanto compete a la revocación de la transformación, el artículo 54 respecto a la revocación de la transformación por haber realizado una conducta delictiva con dolo, el artículo 55 hace mención a la transformación de las penas limitativas de derechos a privativas de libertad y el artículo 56 regula la transformación de la pena de multa.

La *conversão* de la *poena* en resumidas palabras se puede definir como la manera de sustituir una pena de prisión declarada bajo sentencia por un castigo alternativo, es decir, la pena de prisión se convierte en una multa, en una limitación de días libres o de ser el caso, en prestación de servicios a la comunidad (Manzanares, 2008, p. 87).

C.3. Suspensión de la ejecución de la pena.

A esta figura jurídica de suspensión condicional de la pena los italianos la denominan, *sospensione condizionale della pena*, los portugueses lo llaman *suspensão condicional da pena*. Teniendo en cuenta esa diversidad de denominaciones Villa Stein (2008) define a esta institución jurídica penal de la siguiente manera:

Se trata de la condena condicional o pena condicionalmente suspendida, «consistente genéricamente en la suspensión del cumplimiento de la condena durante un cierto tiempo en el que se fija algunas condiciones que, si son cumplidas tienen el efecto de declarar extinguida la responsabilidad criminal» (p. 511).

Para que se elimine la responsabilidad por completo tiene que darse ciertas condiciones, estas condiciones se encuentran descritas en el artículo 57 del Código Penal, y, por otra parte, se requiere que el agente cumpla las reglas de conducta que regula el artículo 58 del mismo cuerpo legal, ya que, de no actuar bajo estos parámetros sería imposible que se extinga la responsabilidad penal con referencia a la suspensión, teniendo en cuenta que, hay diversos motivos de la extinción penal.

La institución de la suspensión condicional no se devalúa con bondades en el sentido que cuando se aplica a un determinado caso se devalúa un credencialismo y no un castigo, sin embargo, vale decir que se encuentra su utilidad solo siempre en cuando no se abuse de ella (Luzón ,1978, p. 58).

C.4. Reserva del fallo condenatorio.

Para entender este tema partimos de la premisa que se trata de aquella permanencia corta de la pena de prisión, lo que, tiene que ver con la reserva del fallo y en ese sentido el penalista Villa Stein (2008) describe lo siguiente:

La finalidad de la reserva del fallo busca en concreto la '*probation*' de raigambre anglosajona por el que el infractor queda notificado y advertido que su infracción es intolerable, inadmisibles, de lesividad suficientemente intensa, pero que, en el caso concreto, vista la personalidad del autor, su arrepentimiento no verbalizado sino materializado en el resarcimiento a la víctima, se le suspende el fallo, a modo de oportunidad, lo mismo que por causa de su innecesariedad en el caso concreto y dejando incólume el fin preventivo de la ley penal (pp. 515-516).

Otros autores (Peña Cabrera, Mir Puig) perciben que el objetivo de la reserva del fallo es no dar cabida a que los infractores de la ley penal realicen un cumplimiento de la pena en el centro penitenciario dejando atrás con ello, la desocialización y los efectos traumáticos para los familiares del sancionado. Es una perspectiva que discrepa del autor citado anteriormente, Villa Stein.

El legislador peruano ha regulado este tema de reserva del fallo en el artículo 62 al 67 del Código penal de 1991. El artículo 62 a través de su primer párrafo hace referencia que el *iudex* está facultado para dictar la reserva del fallo condenatorio cuando desde las condiciones personales, una vez analizadas y merecedoras de la calificación que el sujeto no incurrirá en una nueva conducta delictiva. La segunda parte del artículo citado hace referencia a los casos que no se pueden emitir una reserva de fallo, estos casos en particular son:

1. Cuando el delito está penado con pena privativa de libertad no mayor de tres años o con pena de multa;
2. Cuando la pena a imponerse no sea mayor de noventa jornadas de prestación de servicios a la comunidad o de limitación de días libres;
3. Cuando la pena a imponerse no sea mayor de dos años de inhabilitación.

Ahora bien, el artículo 63 del Código Penal refiere a las consecuencias de la reserva del fallo condenatorio, por otra parte, el artículo 64 desarrolla las reglas de conducta, el artículo 65 regula las consecuencias de incumplimiento, el artículo 66 expresa a la revocación del régimen de prueba, y finalmente el artículo 67 refiere la culminación del régimen de prueba.

C.5. Exención de pena.

Según Bramont-Arias el nombre de exención de la pena también puede ser denominado dispensa de la pena, todo ello, haciendo referencia a la falta de merecimiento de castigo por la poca responsabilidad del agente, en esa perspectiva, Bramont-Arias (2002) indica que:

Esta alternativa a la pena privativa de libertad de corta duración se regula en el art. 68° del Código Penal. Consiste en eximir de pena a un sujeto que ha sido encontrado responsable de un hecho delictivo, siempre y cuando, esa responsabilidad del sujeto es mínima. Es decir, se trata de un delito que no merece en el fondo una pena (...) (p. 452).

La exención de pena tiene su razón de ser, se fundamenta en que es preventiva especial y de ocasión o también conocido como digno de *poena*.

Según Peña Cabrera la exención de la pena no es sino, una figura jurídica antiquísima de “composición”, ya que, el sujeto activo y el sujeto pasivo del delito realizan una suerte de conciliación, llegando a tal punto que, el aparato estatal ya no intervenga (c.p. Villa, 2008, p. 519).

En referencia a la ubicación de esta institución jurídica en nuestro ordenamiento jurídico lo encontramos desarrollado en el artículo 68 denominada como exención de pena, cuyo artículo citado menciona que el autorizado para eximir de la pena es el *iudex*,

en los casos que se cumplan los requisitos formales, esto es, la pena sea menor a dos años o se trate de una pena limitativa de derechos o ya sea pena con multa si la responsabilidad del agente es mínima, en consecuencia esta norma describe lo siguiente:

Artículo 68.- Exención de pena

El juez puede eximir de sanción en los casos en que el delito esté previsto en la ley con pena privativa de libertad no mayor de dos años o con pena limitativa de derechos o con multa si la responsabilidad del agente fuere mínima.

La jurisprudencia también ha trabajado sobre la exención de la pena, así tenemos, por ejemplo, el Expediente n. ° 3170-2010-PHC/TC, fundamento jurídico 2 a.

D. Modalidades alternativas reguladas en el cuerpo jurídico penal peruano de 1991.

En nuestra legislación peruana vigente se regula las modalidades alternativas de las formas de condenar a un sujeto delictivo responsables, estas modalidades son: 1) sustitución del castigo de prisión, 2) conversión del castigo o pena de prisión, 3) suspensión de la ejecución del castigo, 4) reserva de fallo condenatorio, y por último 5) exención de la pena (García, 2008, p. 49).

2.2.2.3. Artículo 61 del cuerpo jurídico penal peruano de 1991.

2.2.2.3.1. Desaparición de la condenación o condena sin pronunciamiento.

A. Algunos aspectos de la condena no pronunciada.

Se entiende por condena no pronunciada, que esta busca un objetivo para el sujeto que delinquirió, esto es, que tenga una conducta correcta, sin embargo, confrontando con la realidad resulta que el índice de reincidencia y habitualidad en los delitos no son nada bajos, de allí que, a tenor del penalista Villa Stein (2008): “El artículo 61[°] del Código

Penal contiene un excelente instrumento premial que promueve la buena conducta del sancionado recibiendo la suspensión” (p. 514); es decir, según este autor se le premia al sujeto que ha cometido delito y ha sido condenado con la aplicación del artículo 61 del Código Penal.

Al margen de ello, la condena pasa a ser una condena no pronunciada cuando el sujeto que delinquiró pasó el tiempo de prueba bajo los parámetros establecidos por la ley, es decir, no concurrió en nuevo delito doloso, no transgredió las reglas que se le ha indicado cumplir, dicho de otro modo, se acomodó a un comportamiento tal que le hace ser merecedor de una condena no pronunciada (Villa, 2008, p. 514).

B. Derecho comparado.

Para ampliar la noción de la pena no pronunciada es conveniente remitirnos al derecho comparado, en tal sentido tener un panorama amplio y comprender de manera profunda de qué trata este tema de relevancia jurídica. Los países elegidos son: Argentina, Brasil, Colombia e Italia.

B.1. Argentina.

Esta legislación jurídica regula la temática de la condena no pronunciada en su artículo 27 de su Código penal, esta norma expone que la condena conocida para ellos como condenación tendrá el carácter de sin pronunciación si después de haber pasado cuatro años, contados desde el preciso instante de la emisión de la sentencia firme, el sancionado omite cometer un nuevo delito será entonces premiado con esta figura. De ser lo contrario, es decir, comete nuevo delito, entonces será castigado bajo la pena de la primera sentencia y la pena que implique el nuevo delito de acuerdo con la acumulación de penas.

B.2. Brasil.

La legislación brasileña prevé este tema en su artículo 82 de su Código penal, este se encarga de regular las condiciones que debe cumplir el sujeto condenado durante un determinado tiempo y después de haberlo cumplido la pena quedará sin efecto, esto es, se extingue.

El mencionado artículo en su versión original describe lo siguiente: *Cumprimento das condições Art. 82. Expirado o prazo sem que tenha havido revogação, considera-se extinta a pena privativa de liberdade.*

B.3. Colombia.

La legislación colombiana a la conocida condena no pronunciada o también desaparición de la condena lo tilda con el nombre de extinción y liberación, así con ese nombre lo regula en su artículo 67 de su Código Penal.

El artículo citado expone que, si el condenado ha superado el tiempo de prueba cumpliendo las condiciones requeridas de acuerdo con su artículo 68, entonces, la condena quedará extinguida, es decir, la liberación será definitiva con su respectiva resolución que así lo declare. Por otra parte, este artículo regula la concertación de la suspensión. Por otra parte, también refiere a la ampliación de plazo hasta 10 años. Finalmente, señala las circunstancias de las sentencias confirmadas y recurridas.

B.4. Italia.

De acuerdo con esta legislación europea, quienes denominan a su Código Penal como “*codice penal*” refiere respecto de la condena no pronunciada en su artículo 167, bajo la denominación de extinción del delito, a tenor de este artículo se tiene que: 1) Si el sentenciado no comete nuevo delito en el plazo que se le ha asignado como conducta de prueba, ni ha caído en alguna contravención de tal naturaleza y además respeta y cumple

los roles que se le ha impuesto, entonces el delito queda extinto. Es decir, que, dado ese caso, no habrá lugar para ejecutar una sentencia.

En su versión original la ley italiana describe lo siguiente: *Articolo n.167 Estinzione del reato. 1. Se, nei termini stabiliti, il condannato non commette un delitto, ovvero una contravvenzione della stessa indole, e adempie gli obblighi impostigli, il reato è estinto. 2. In tal caso non ha luogo la esecuzione delle pene.*

C. Jurisprudencia.

Nuestra jurisprudencia respecto al tema de la condena no pronunciada ya se ha hecho presente a través del Tribunal Constitucional peruano y también del Poder judicial peruano, en ese sentido a continuación se ofrece algunos pronunciamientos.

C.1. Tribunal Constitucional.

El órgano más idóneo de interpretación de la Carta Magna, es decir, El Tribunal Constitucional ha resuelto mediante una sentencia producto de un proceso constitucional de habeas corpus, el mismo que ha sido planteado como recurso de agravio constitucional por Don Guido Muelle Villena en contra de la resolución de la Segunda Sala penal de la Corte Superior de Justicia de Cusco, de fojas 77, de fecha 28 de febrero de 2005, la cual, declara infundada la demanda de autos. Dicho de otro modo, con esta sentencia se declara infundada la solicitud del señor Guido Muelle, bajo los fundamentos que éste habría no cumplido con las reglas de conducta descritas en la sentencia que declara la suspensión de ejecución de la pena. Ahora bien, frente a este hecho de incumplimiento de las reglas de conducta se revoca la ejecución de pena condicional, y frente a ello, Don Guido Muelle cuestiona dicha resolución mediante un habeas corpus llegando hasta la última instancia del Tribunal Constitucional, se trata del Expediente N. ° 47 96-2005-PHC/TC-Cusco, la cual, en su fundamento jurídico 2, describe lo siguiente:

(...) Por ello, de conformidad con el artículo 61 del Código Penal, la condena se entiende como no pronunciada cuando pase el plazo de prueba sin que el procesado cometa un nuevo delito doloso o infrinja de manera continua las reglas de conducta establecidas en la resolución correspondiente.

De lo descrito en el párrafo anterior se colige que los magistrados no hacen otra cosa que repetir el artículo 61 del Código Penal sin profundizar, sin realizar una exégesis sobre la condena no pronunciada, es decir, no se toma con relevancia a este tema, se aplica de manera pragmática sin el sentido correcto.

C.2. Poder Judicial.

La jurisprudencia parte de una premisa importante, se considera fuente del derecho formal y expresión de la norma, es decir, avala a la ley, está en armonía, esto lo confirma el recurso de Nulidad N. ° 2476-2005-Lambayeque en su considerando cuarto, al reforzar lo descrito por el artículo 61 del Código penal del siguiente modo:

Cuarto: Que el artículo sesenta y uno del Código Penal (...) exhorta que haya transcurrido el plazo de prueba y que el sancionado no haya cometido nuevo delito doloso ni infringido de manera constante y obstinada las reglas de conductas establecidas en la resolución condenatoria (...).

De ello, se aprecia que esta resolución que forma parte de la jurisprudencia exige los requisitos para que una condena alcance el grado de no pronunciada.

Por otra parte, este Recurso de Nulidad establece dos requisitos más aparte de los ya mencionados anteriormente. El primero se trata de un requisito también establecido en el Código Penal en su artículo 61 y el segundo respecto de la reparación civil en cuanto a su incumplimiento, a tenor de ello expresa lo siguiente:

Quinto: (...) otro requisito que impone el artículo sesenta y uno del Código Penal es que el condenado, durante el periodo de prueba, no cometa nuevo delito doloso ni infrinja de manera persistente y obstinada las reglas de conducta (...) que la reparación del daño causado, que en el presente caso -por disposición de la propia sentencia- consiste en la devolución de una suma de dinero determinada, cuya obligación no escapaba al sentenciado, e importa obviamente una negativa persistente y obstinada de su parte, sin que pueda entenderse que para esa calificación sea necesario al órgano jurisdiccional requerimientos o amonestaciones expresas, en consecuencia, sólo se requiere que de autos se desprenda que el obligado se mantenga firme o constante en no reparar el daño, que sea perseverante y tenaz en esa decisión, que es precisamente lo que ha ocurrido en autos: que, por lo demás, la reparación del daño impone al condenado un deber positivo de actuación, cuyo incumplimiento importa una conducta omisiva, que en este caso comunica inequívocamente una manifiesta voluntad -hostil al derecho- de incumplimiento a la regla de conducta impuesta en el fallo (...).

Regresando a los hechos que motivaron la presente jurisprudencia se aprecia que, se incumplió la regla de conducta en cuanto a la reparación del daño, y de acuerdo con nuestra normatividad frente a cualquier situación de incumplimiento de las reglas de conducta de manera persistente procede una amonestación, es decir, una revocación de la pena o incluso una prórroga.

Ahora bien, de acuerdo con el Recurso de Nulidad que estamos comentando, desarrolla más adelante en su sexto considerando la contradicción que existe entre el

artículo 61 y 59 del Código penal, apoyado de la reflexión de PRATS CANUT, manifiesta lo siguiente:

Sexto: Que este entendimiento del artículo sesenta y uno del Código acotado es independiente y no se opone a lo dispuesto por el artículo cincuenta y nueve del mismo Cuerpo legal, que autoriza al órgano jurisdiccional que ante el incumplimiento de las reglas de conducta, pueda amonestar al infractor y prorrogar el período de suspensión o revocar la suspensión de la pena; que, por otro lado, la inaplicación del artículo sesenta y uno del Código Penal porque se infringió las reglas de conducta no significa que el imputado siempre tendrá inscrita la sentencia, sino únicamente que no opera esta causa excepcional de extinción de la responsabilidad penal; que, al respecto, juristas como PRATS CANUT sostienen que la remisión de la pena (o en nuestro caso, de tener por no pronunciada la condena] importa una forma específica de rehabilitación diferente de la norma fijada en el Código Penal (Autores varios: Comentarios al Código Penal, Tomo I, Editorial Aranzadi, Navarra, mil novecientos noventa y seis, página cuatrocientos setenta y dos], por lo que quienes se encuentren en esa situación tendrán que someterse a lo dispuesto en las reglas generales de rehabilitación previstas el artículo sesenta y nueve del Código Penal, con la obvia aclaración que vencido el plazo de prueba cesa la posibilidad de amonestaciones, éste ya no podrá prorrogarse, ni tampoco podrá ser revocada la pena privativa de libertad suspendida, y sólo tendrán que cumplirse aquellas reglas de conducta que importen la reparación efectiva del daño (artículo cincuenta y ocho inciso cuatro del Código Penal), salvo desde luego que opere la prescripción de la ejecución de la pena.

De lo dicho por la Corte Suprema se advierte que, de los incumplimientos de las reglas de conducta, estamos frente a una escena donde los transgresores de las reglas no han entendido el beneficio que se les dio al suspender la ejecución de la pena.

En esta sintonía, vale mencionar que de acuerdo al artículo 61 de nuestra legislación penal la condena alcanza el perfil de no pronunciada si el castigado pasa el tiempo de prueba sin que cometa nuevo delito doloso, y en tal sentido, una vez verificado este requisito se procede a realizar la rehabilitación dada en pro del sentenciado de acuerdo a la normatividad, esto sin importar algún límite de la parte agraviada o perjudicada a la solicitud de su reintegro, de lo contrario para su materialización sería idóneo utilizar la vía civil (Recurso de Nulidad n. ° 338-2004-Huánuco, cuarto considerando).

De acuerdo con esta jurisprudencia y los parámetros desarrollados por el Recurso de Nulidad N. ° 2476-2002-HC/TC que se arraigan al artículo 69 e incluso a la rehabilitación y demás aspectos, la Corte Superior de Justicia en referencia a la figura jurídica de la condena no pronunciada a través del expediente N. ° 05-2002-10, noveno fundamento jurídico nos ilustra con lo siguiente:

Estando a lo que es objeto de análisis cabe remitirse a lo precisado en el artículo sesenta y uno del Código Penal, conforme al cual “La condena se considera como no pronunciada si transcurre el plazo de prueba sin que el condenado cometa nuevo delito doloso, ni infrinja de manera persistente y obstinada las reglas de conducta establecidas en la sentencia” (...)

Se debe mediante este punto que los juzgadores tampoco realizan una ferviente interpretación del artículo 61, no se toman el tiempo de dedicarse a reflexionar de forma

más amplia, hay ausencia de exégesis, es decir, se reducen a repetir tal cual al artículo 61, en tal sentido, devala arbitrariedad y deficiencia.

D. Extinción de condena por cumplimiento de las reglas de comportamiento.

Esta idea expresa que, si el agente delictivo cumple el plazo de prueba sin incurrir a nuevo delito doloso, y cumple todas las normas de conducta que le haya asignado, entonces, el efecto es que se extingue la condena por el mero hecho de cumplir las reglas del comportamiento Hurtado (2011, p. 39).

E. Exégesis del artículo 61.

E. 1. Regulación normativa de la condena no pronunciada.

Partimos señalando que la condena no pronunciada se legisla en nuestro Código Penal vigente, específicamente lo encontramos en el artículo 61 donde se establece todos los requisitos para que una condena sea considerada no pronunciada, de manera literal el artículo mencionado describe:

La condena se considera como no pronunciada si transcurre el plazo de prueba sin que el condenado cometa nuevo delito doloso, ni infrinja de manera persistente y obstinada las reglas de conducta establecidas en la sentencia.

De la lectura del presente artículo se percibe dos frases que se relacionan entre sí y cumplidas las mismas se hace posible la condena no pronunciada, siendo dichas palabras las siguientes: periodo de prueba y reglas de conducta.

E.2. Requisitos para considerar a la sentencia como no pronunciada.

Del artículo citado se aprecia las condiciones para una condena no pronunciada, estas condiciones son: transcurso del plazo de prueba, no incurrir en nuevo delito doloso y no transgredir de manera insistente las reglas del comportamiento establecidas en la *sententia*. A continuación, nos encargamos del desarrollo de cada uno:

- **Transcurso del plazo de prueba**

El transcurso del plazo de prueba se presenta cuando el sujeto cumple cabalmente con las reglas de comportamiento que el juez lo ha ordenado, sin embargo, si se da lo contrario, es decir, se infringió esas reglas de comportamiento en el lapso de prueba no será posible dictar una sentencia sin pronunciamiento de condena.

- **No volver a incurrir en un nuevo hecho delictivo doloso**

Por otra parte, se exige no incurrir en la comisión de un nuevo delito doloso, es decir, es castigado está obligado a actuar de tal manera que no cometa nuevo delito, puesto que, de hacerlo no será posible los beneficios de la condena no pronunciada (Bustos, 2004, p. 38).

- **No transgredir de manera insistente las reglas de conducta**

La sentencia no pronunciada para su emisión requiere de algo más, esto es, la ausencia de infracciones de las reglas de comportamiento, lo cual implica que el condenado persevere en la no vulneración de las reglas de conducta que se han expuesto en la resolución correspondiente, dicho de otro modo, tiene que ser consecuente, sólo así será posible la aplicación de la condena no pronunciada de lo contrario el fin será otro (Hurtado, 2011, p. 90).

E.3. Las reglas de conducta.

en todos los requisitos anteriores se ha mencionado repetitivamente reglas de conducta, sin embargo, no se ha definido o dado algunos alcances de qué se trata, es de este tópico que nos encargaremos en este punto del presente trabajo de investigación, así, en primer momento vale mencionar que la condena no pronunciada gira en torno a las reglas de conducta, no se constituye tal figura sin una de la otra.

El sistema peruano que básicamente siempre se ha constituido en base a las legislaciones extranjeras, en este caso tiene su génesis en la legislación belga y francesa respecto a las reglas de conducta, y es que, de acuerdo con estos sistemas el *iudex* establece determinadas reglas de comportamiento para el castigado, bajo el condicionamiento de la pena de prisión, es decir, cumplir las reglas está condicionada a que se dé la suspensión de la pena (Villa, 2008, p. 512).

De allí que, en nuestra normatividad se presenta un vínculo entre las reglas de comportamiento y la suspensión de la pena, es latente una de la otra.

Es por ello, que en el supuesto de imponerse la consecuencia jurídica penal de la pena de prisión se está recurriendo a una dimensión de las grandes consecuencias de carácter preventivo punitivo, por lo que, si se va a obviar tal consecuencia, significa que las penas alternativas debían obedecer a ciertos criterios de comportamiento con el fin de constituir un cierto equilibrio, y, eso se realiza a través de las reglas de conducta, con las cuales se reemplaza la prisión por una medida periférica con suspensión de la pena incluso (Muñoz, 1998, p. 609).

Ahora bien, las reglas de conducta que tanto se ha hecho mención se regulan en nuestro Código penal en su artículo 58, allí, se enumeran una por una, qué conductas son

obligatorias para los sujetos que son beneficiarios de esta institución jurídica. A saber, son las siguientes:

1. No concurrir a los lugares que se señalen;
2. Deber de avisar al juez para su debida autorización en caso se pretenda salir del lugar donde se reside;
3. Apersonarse cada mes al juzgado para informar sus actividades que corresponda;
4. Resarcir los daños efecto de la conducta delictuosa, de ser posible repararlos y pagar la reparación civil fraccionada, salvo sea imposible por la incapacidad de realizarlo;
5. No poseer objetos que permitan la ejecución de otro posible delito;
6. Obligado a llevar un tratamiento de desintoxicación de drogas y alcohol;
7. Obligación de someterse a todos los programas que emanen del centro penitenciario, sean laborales, educativos, etc.; o,
8. Cumplir todos los deberes que impulsen la resocialización siempre en cuando no se atente su dignidad.
9. De manera obligatoria debe llevar un tratamiento psicológico o psiquiátrico de ser el caso.

A tenor de la doctrina se entiende que las reglas son como reacción jurídica delictual con características propias, no se trata de una medida de seguridad ni de una pena, sino que, el mandato de regirse a través de reglas de conducta se fundamenta en la teoría de prevención unificadora del castigo, la cual busca rehabilitar al sujeto delictivo (Bramont, 2002, p. 87).

Las reglas que se dicten para ser cumplidas por el sujeto delictivo tienen que ser claras, específicas y concretas, para que no haya error y sobre todo se presente

comprensión y respeto por el agente, asimismo, cuando se imponen estas reglas de comportamiento se da un vínculo con el sujeto que cometió el delito (Ferrajoli, 1998, p. 64).

En definitiva, tenemos que la condena no pronunciada significa que: *ex post* al transcurso del tiempo de prueba se le da esta condenación al castigado, sujeto que en cierto plazo no incurrió en delito penal doloso y respeta las reglas de comportamiento que el *iudex* le impuso mediante *sententia*, si el castigado no vulnera esas reglas impuestas se comprenderá que hay una ficción de la no existencia de la *sententia* (Castillo, 2004, p. 59).

El simple hecho de respetar las reglas de conducta se tiene por pronunciada la sentencia, se configura una *pamema*. Dicho de otro modo, a la sentencia pronunciada se le entiende como no existente, así, se da origen a la anulación de los antecedentes judiciales que se habrían producido antes del cumplimiento, es decir, estamos ya frente a una pena no pronunciada (Luzón, 1999, p. 46).

E.4. Efectos del desobedecimiento de las reglas de comportamiento.

Cuando resulta desobediente el sujeto que ha logrado una pena suspendida sujeto a reglas de conducta se toma como norma aplicable el artículo 59 del Código penal con sus tres incisos, allí se estipula que opciones se puede tomar en caso las reglas de comportamiento han sido vulneradas, se han hecho caso omiso. Es potestad de decisión del *iudex* para elegir una de las tres opciones que se regulan en el artículo citado.

A continuación, se describe el contenido del artículo y sus incisos:

Artículo 59.- Efectos del incumplimiento

Si se da la situación que durante el periodo de prueba no se cumplen con las reglas de conducta impuestas por el juzgador, o de ser el caso se le vuelve a condenar por nuevo delito, el juez puede elegir según corresponda entre las siguientes opciones:

1. reprender al transgresor;
2. ampliar el plazo respecto de la suspensión por la mitad del plazo fijado en el primer momento. Dicha ampliación no debe superar los tres años por ningún motivo; o
3. hacer efectiva la pena impuesta, es decir, se revoca.

Señalado estos criterios queda a decisión de *iudex* imponer cualquiera de las alternativas de los incisos citados dependiendo del caso en concreto.

F. prohibición de la suspensión de la ejecución de la pena y la condena no pronunciada.

Los requisitos para la suspensión de la pena y, además, para la condena no pronunciada se desarrolla conforme al artículo 57° y 61° del Código Penal, tal cual, hemos precisado en el presente trabajo cada uno de ellos. Sin embargo, así como se da cabida a una suspensión de pena en mérito a un periodo de prueba y a una condena no pronunciada superado ese periodo de prueba en delitos castigados con pena privativa de libertad no mayor a cuatro años, también se regula elementos negativos de la suspensión de la pena para ciertos delitos, esto es, que la suspensión de pena no aplica a algunos de ellos incluso tengan como consecuencia jurídica una condena por debajo de los cuatro años. Ésta misma premisa aplica para la condena no pronunciada, puesto que, se trata de una consecuencia de la suspensión de la pena, es decir, se aplica solo si se supera el periodo de prueba descrito en la resolución que corresponda sin cometer nuevo delito.

El último párrafo del artículo 57° del Código Penal vigente refiere:

La suspensión de la ejecución de la pena es inaplicable a los funcionarios o servidores públicos condenados por cualquiera de los delitos dolosos previstos en los artículos 384, 387, segundo párrafo del artículo 389, 395, 396, 399 y 401 del Código, así como para las personas condenadas por el delito de agresiones en contra de las mujeres o integrantes del grupo familiar del artículo 122-B y por el delito de lesiones leves previsto en los literales c), d) y e) del numeral 3) del artículo 122.

Este párrafo fue agregado por el legislador peruano recientemente y de forma progresiva, es decir, se trata de una modificación de los últimos tiempos de nuestra legislación, así tenemos, por ejemplo, que en el año 2015 mediante Ley N. ° 30304, denominada Ley que prohíbe la suspensión de la pena a los delitos cometidos por funcionarios o servidores públicos se legisla la no aplicación de este beneficio para dichos funcionarios o servidores. Posteriormente, en el año 2017 se dicta la Ley N.° 30710 que se encarga de ampliar la prohibición de la ejecución a los delitos de agresiones y lesiones leves contra las mujeres o los integrantes del grupo familiar.

De este modo, hoy en día tenemos que, se prohíbe la suspensión de la pena (artículo 57 del C. P.) y por ende la pena no pronunciada (artículo 61 del C.P.) en los casos que el sujeto activo es un funcionario o servidor de la administración pública condenado por delito doloso cuando se trate de peculado, negociación incompatible, malversación agravada, cohecho pasivo específico, cohecho pasivo de auxiliares judiciales, colusión, enriquecimiento ilícito de ser el caso; o se le condene por delito de violencia contra la mujer o familiar cuando se da con los integrantes de la familia (García, 2019, p. 1002).

Todo ello, indica que el último párrafo del artículo in comento, hace referencia a elementos negativos atendiendo a circunstancias que no debe de presentarse en un caso concreto para que sea viable la suspensión de la condena y por ende la condena no pronunciada (García, 2019, p. 1003).

En el caso específico de los funcionarios públicos, se fundamenta en la especial necesidad de reforzar la prevención y a la vez combatir la corrupción de funcionarios, eso ha llevado al legislador prefiera reprimir superando a la prevención especial, basándose en la amenaza de castigar que tiene el estado a través del derecho penal. Similar situación sucede con los delitos en contra de la mujer por violencia o también de los integrantes del grupo familiar, lo cual, obedece a una perspectiva de política criminal de los últimos años, que busca de cierto modo inculcar valores de respeto en relación con el trato de género y violencia familiar (García, 2019, p. 1003).

Dicho esto, queda claro que hoy en día, la suspensión de la condena y la pena no pronunciada no se rige solamente en mérito a la cuantía de la condena de las conductas delictivas, sino que, obedece a criterios de mayor represión por razones de seguridad ciudadana llevando a considerar elementos negativos de prohibición de la suspensión de la pena para ciertos delitos como se ha desarrollado anteriormente.

G. Relación de la Carta Magna de 1979 con la Constitución

Política de 1993 en cuanto a la punición estatal.

Cómo último punto de esta parte teórica vale desarrollar la conexión que existe entre nuestras dos últimas cartas magnas, con la finalidad de comprender nuestro sistema de prevención y persecución del delito en nuestro estado actual.

Tenemos que, es en la Constitución política de 1979 donde se trae una novedad al introducir un conjunto de normas que diseñaron una nueva política criminal de parte del

Estado. Con ello, empieza una suerte de cambio y transformación que se reafirma y consolida en la Constitución Política de 1993, donde además de los derechos y garantías del imputado, se diseñó el modelo acusatorio referente al proceso penal, esto es, no hay juicio sin acusación (Llacsahuanga, 2009, p. 10).

Con la Carta Magna anterior a la vigente ya se creó la institución autónoma del Ministerio público independientemente del Poder Judicial, bajo los roles de ejercer la investigación del delito a partir de la etapa del proceso denominada investigación preliminar, además de ser el titular de la acción penal, pero no se dejó claro de forma concreta cuáles serían las funciones esenciales para tal entidad sobre todo en referencia a los procesos de lucha contra la criminalidad (artículo 250 inciso 5 de la Constitución Política de 1979).

Al respecto, (Llacsahuanga, 2009, p. 11) citando al profesor Víctor Cubas Villanueva, menciona lo siguiente:

“En la práctica el Ministerio Público es Mesa de Partes de la Policía Nacional, legitima el trabajo de ésta y formaliza denuncia por el mérito de lo actuado a nivel policial, omitiendo ejercer las facultades que le permiten seleccionar los casos que debe llevar ante el órgano jurisdiccional”.

A pesar de ello, la Carta Magna de 1979 constituyó un avance importante en el desarrollo de la función jurisdiccional a través de sus órganos competentes.

Por otro lado, la Constitución política de 1979 trae consigo un bagaje de derechos, garantías y principios con la finalidad de cumplir con el debido proceso de protección judicial conforme a los entes internacionales. Así tenemos, que la debida motivación de las resoluciones judiciales constituye una obligación para el juzgador y un derecho para las partes sean del lado pasivo o activo (artículo 233. 4 de la CPP. de 1979), El derecho

de los internos a vivir en ambientes sanos (artículo 233. 19 de la CPP. de 1979), entre otros derechos que forman parte de una extensa lista arraigada a mejorar el sistema de prevención y punición del Estado (Llacsahuanga, 2009, p. 11).

Sin embargo, todas esas reformas no se aplicaron en la porque siguió rigiendo el Código de Procedimientos Penales, a diferencia con la Constitución Política de 1993 se hace un giro de tuerca no solo en la base teórica, sino también en la praxis con la implantación del Nuevo Código Procesal Penal.

Partiendo de estas ideas, en nuestros tiempos el derecho penal se arraiga a ser garantista y estando en un Estado constitucional de derecho, la Carta Magna se constituye relevante respecto a dos fundamentos: en primer lugar, a través del principio de supremacía constitucional prevalece ante todo norma de rango de ley (artículo 138 de la CPP. de 1993), la constitución es norma de normas, y, segundo, los derechos que tengan controversias se resuelven al margen de la Constitución Política, toda vez que, así como reconoce la persecución del delito, reconoce también derechos para el imputado, para el condenado, para el residente, en definitiva, para todos, por ejemplo, el derecho a la libertad del imputado para defenderse (San Martín, 2020, p. 53).

Al margen de ello, es cómo surge un derecho penal constitucional condicionado por la Constitución Política a no atropellar los derechos y garantías del imputado. Todo ello, de forma progresiva, siendo la carta Magna de 1979 quién diseña este modelo y en la actual constitución se va ejecutando de forma perfectible.

Producto de ello, surge un sistema de prevención especial de la pena, la búsqueda de resocializar al delincuente y la aplicación de penas alternativas a las privativas de libertad, incluso hasta llegar a una condena no pronunciada, temática que resulta

controversial y cuestionable por la poca reflexión que se suscita en la aplicación de estos mecanismos en la praxis, sobre todo referente a la pena no pronunciada.

2.2.2.3.2. Artículo 61 Constitución del 79 y 93 en relación comparativa del 61 y su nacimiento.

La Constitución política peruana de 1979 promulgada por Fernando Belaúnde Terry presidente en aquel entonces, prescribe en su artículo 61 el reconocimiento del derecho de sindicalización y el derecho de huelga de los servidores públicos realizando una excepción de dicha disposición a los funcionarios del Estado que tienen el poder de decisión o que en todo caso desempeñen cargos de confianza, así mismo refiere que dicha disposición no es aplicable para aquellos miembros de las Fuerzas Armadas, ni de la Policía Nacional.

Sin embargo previo a esto el artículo 61 se prescribía de forma estricta que se “reconocen los derechos de sindicalización y huelga de los servidores públicos” pues dicha prescripción de referido artículo fue modificada mediante el artículo número 1 de la ley N 24949 que fue publicada el 7 de diciembre de 1988 donde en esencia se daba la excepción de referido derecho a los funcionarios del Estado cuya facultad residía en el ejercicio de la decisión o en el desempeño de cargos de confianza, seguidamente también la excepción se aplicaba para aquellos miembros de las Fuerzas Armadas y la Policía Nacional.

Actualmente en nuestra Constitución política de 1993 el referido artículo 61 se hace referencia sobre la libre competencia, la cual señala Que el Estado debe de facilitar y vigilar una libre competencia siendo así que éste debe combatir toda práctica que limite o abuse las posiciones monopólicas o dominantes es decir que ninguna ley por ningún motivo debe concertar o establecer monopolios, Es así que se establece que los medios

de comunicación y expresión no pueden ser monopolizados por parte del Estado ni de particulares ya que se trata de la libertad de expresión y comunicación.

2.3. MARCO CONCEPTUAL

Para comprender mejor la presente investigación se desarrollará los siguientes conceptos más relevantes, desde el Diccionario Jurídico Elemental de Guillermo Cabanellas y del Diccionario Constitucional Chileno.

- **Acto constituyente:** Desarrollado sobre la problemática de la legitimidad del poder constituyente de la Constitución de 1993 siendo esta misma aprobada por un Congreso Constituyente Democrático y que se convocó por presión de las instancias internacionales (Cabanellas, 2006, p. 45).
- **Condicional:** “Beneficio penitenciario consistente en dejar en libertad a los penados que hayan observado comportamiento adecuado durante los diversos períodos de su condena y cuando ya se encuentren en la última parte del tratamiento penal, siempre que se sometan a las condiciones de buena conducta y demás disposiciones que se les señalen.” (Cabanellas, 1993 P. 189).
- **Derechos fundamentales:** Los derechos fundamentales están ligados a la dignidad de la persona, son la proyección positiva, inmediata y vital de la misma; constituyen la condición de su libertad y autodeterminación. El desconocimiento o conculcación vulnera la dignidad e impide el desarrollo individual y personal. Por ello, su disfrute resulta imprescindible; son condición de la democracia como sistema político, la cual no puede existir sin el reconocimiento y el ejercicio de los derechos fundamentales. Los preceptos que contienen derechos fundamentales están en la Constitución y son objeto de protección en sus diversas disciplinas (García, G. & Martínez, 2014, p. 179).

- **Pena:** “Sanción, previamente establecida por ley, para quien comete un delito o falta también especificados. Dolor físico. Pesar. Esfuerzo, dificultad. Trabajo; fatiga.” (Cabanellas, 1993 P.238).
- **Penado:** “En significados generales, lleno de penas o desventuras. Dificultoso. Delincuente condenado por sentencia firme a una pena; recluso o internado en un establecimiento penitenciario. El vocablo se refiere, por antonomasia, a quienes cumplen pena privativa de libertad.” (Cabanellas, 1993 P.239).
- **Penal:** “Lo que incluye o impone pena, como Código o ley penal. Presidio o penitenciaría. Criminal o concerniente al Derecho Penal.” (Cabanellas, 1993 P.239).
- **Poder constituyente;** Cuando definimos al Poder Constituyente aludimos a una potencia que establece un nuevo orden constitucional. El objeto de ese poder es crear la Constitución, que, como ordenamiento fundamental, estructure normativamente a un pueblo bajo la tónica de diferentes y variables ideologías de carácter político, económico o social (García, G. & Martínez, 2014, p. 489).
- **Punible:** “Merecedor de castigo. Penado en la ley.” (Cabanellas, 1993 P.239).
- **Periodo de prueba:** “Lapso que requiere una cosa para volver a igual situación o estado. Espacio de tiempo determinado por cierta identidad de circunstancias. En lo procesal penal y con relación a los acusados, sospechosos y procesados, tiempo inmediatamente anterior y posterior a la perpetración del delito no cubierto por coartada. Se dice del tiempo otorgado al condenado para comportarse de determinado modo a cambio de un beneficio.” (Cabanellas, 1993 P. 341).
- **Separación de poderes;** El régimen de separación de Poderes implica que todas las funciones de un mismo carácter material formen parte de la competencia del

órgano que recibe la denominación de la función misma, y que, cuando haya una excepción a ese régimen, debe justificarse expresamente por un texto de la Constitución (García, G. & Martínez, 2014, p. 921).

CAPÍTULO III: METODOLOGÍA

3.1. DISEÑO METODOLÓGICO

3.1.1. Método de investigación.

3.1.1.1 Método general.

Para la concreción de la presente investigación se empleó el método científico (Sierra, 1986, p. 31) versa de una serie de procedimientos sistematizados para llegar a un resultado debidamente comprobado, la cual se contrapone a la subjetividad del hombre, dicho de esa manera, el método científico parte de una teoría previa (que en nuestro caso fue la de Luigi Ferrajoli).

Habiendo advertido, el método a utilizar en nuestra investigación utilizó el mencionando procedimiento con el objetivo de que los investigadores tengan como condición mínima el de interpretar la ley, la doctrina y la jurisprudencia respecto a la filosofía de Luigi Ferrajoli y la figura jurídica de la condena no pronunciada; necesitándose para ello consignar un comentario o interpretación en función al contexto, y no fallar respecto a la verdad del tema de investigación.

3.1.1.2 Método particular.

Además, se debe señalar que la investigación al pertenecer a la carrera de derecho y por su naturaleza dogmática, como **método particular** se va a empleó la hermenéutica jurídica, la cual irremediablemente contiene la exégesis jurídica, la misma que es considerada como un método por excelencia para la búsqueda de la voluntad del legislador de las normas bajo análisis. (Miró-Quesada, 2003, 157).

En suma, podemos afirmar que al no ser suficiente la sola utilización del **método exegético**, frente a esta situación fue importante también el empleo del **método**

sistemático-lógico, el cual tuvo como objetivo encontrar de manera ordenada el significado de los conceptos dentro del ordenamiento jurídico y así aproximar su significado, el mismo que coadyuvó con esclarecer la ambigüedad o insuficiencia que ésta necesita. (Miró-Quesada, 2003, 157).

Por lo tanto, los dos métodos específicos (**interpretación exegetica y la lógica-sistemática**) se utilizaron para el análisis tanto del principio (la filosofía de Luigi Ferrajoli y la figura jurídica de la condena no pronunciada) en relación con los dispositivos normativos que regulan la figura jurídica de la condena no pronunciada dentro de nuestro país; esta última contenida principalmente en el Código Penal, además de la jurisprudencia emitida por los tribunales peruanos.

3.1.2. Tipo investigación.

En función a la naturaleza de la presente investigación diremos que va a utilizó la **investigación aplicada** (Solís, 2008, p. 91); toda vez que tuvo como objetivo primordial aplicar el conocimiento teórico (doctrinario o teórico que existe respecto a la filosofía de Luigi Ferrajoli y la figura jurídica de la condena no pronunciada) la cual pretende alcanzar una meta utilitaria para el mejoramiento de la vida humana.

Por este motivo, no solo nos vamos a centrar en la recolección de información útil de cada una de las variables en estudio (la filosofía de Luigi Ferrajoli y la figura jurídica de la condena no pronunciada), sino que la investigación evidenciar cómo impacta este conocimiento en la realidad normativa y práctica del hombre.

3.1.3. Nivel de investigación.

En esa misma línea de análisis, afirmamos que el nivel de investigación de nuestro fenómeno de estudio **fue el descriptivo** (Hernández; Fernández & Batpista, 2010, p. 80),

puesto que, el desarrollo del trabajo tuvo como sustento la forma en cómo se describen las características principales de la primera figura (la filosofía de Luigi Ferrajoli) y el contenido de la segunda figura (la figura jurídica de la condena no pronunciada), en consecuencia, en los resultados obtenidos se pudo ver la incidencia de una sobre la otra.

3.1.4. Diseño de investigación propiamente dicho.

Ahora bien, como se ha sostenido la naturaleza del presente trabajo de investigación fue **cualitativa** y el diseño que se va a utilizar fue **el de corte observacional**, el cual trata de la no manipulación de las variables de investigación, sino que la única labor que se realizó fue la extracción de las características más relevantes de cada variable para poder vincularlas adecuadamente. (Sánchez, 2016, p. 109).

En este sentido, debemos mencionar que no existió manipulación de las categorías quiere decir que, **no se va a experimentar con el contenido y particularidades** de cada una de ellas, una frente a la otra o por medio de un instrumento; sino, más bien por medio de las características que ya se extrajeron de cada categoría se analizó su potencialidad y predictibilidad en la investigación.

En definitiva, la investigación también es de corte transaccional, toda vez que el análisis de las variables de estudio se llevó a cabo mediante la recolección de datos obtenidas en un único momento (Sánchez, 2016, p. 109); vale decir, los instrumentos de recolección de datos contribuyeron con la obtención de información principal de las teorías, doctrinas y jurisprudencia de cada tema de la investigación, pero en un único momento.

Ahora bien, el **diseño esquemático** más apropiado de acuerdo con Sánchez y Reyes (1998, p. 79) fue el de un **corte explicativo (causa-efecto)**, la cual se esquematizó de la siguiente manera:

Tabla 1. Cuadro de causa y efecto del diseño explicativo

Grupos o sistema	Antes (problema)	Estímulo (con)	Después (Resultado)
Sistema Experimental	La figura jurídica de la condena no pronunciada genera un escenario dentro de la estructura social, en la que la aplicación de la potestad punitiva se relativiza, a razón que genera un perdón al delincuente o una segunda oportunidad, tras tener una pena suspensiva de la libertad, lo cual, para todo ciudadano que ha sido víctima causa indignidad, tras ver a su agresor sin sentencia penal y antecedente penal, tras la aplicación del art. 61 del CC.	Estado Constitucional de Luigi Ferrajoli	La solución al problema detectado es que se estipule la derogación del artículo 61 del Código Penal, es decir, que la figura jurídica de la condena no pronunciada sea expurgada del ordenamiento jurídico penal, todo ello, para lograr una consonancia entre una democracia sustancial y las normas penales (según el ECD de Ferrajoli) que se encuentran vigentes dentro del ordenamiento jurídico penal, todo ello, para lograr las políticas criminales empleadas por el Estado.
Sistema Control (Estándar)	La figura jurídica de la condena no pronunciada genera un escenario dentro de la estructura social, en la que la aplicación de la potestad punitiva se relativiza, a razón que genera un perdón al delincuente o una segunda oportunidad, tras tener una pena suspensiva de la libertad, lo cual, para todo ciudadano que ha sido víctima causa indignidad, tras ver a su agresor sin sentencia penal y antecedente penal, tras la aplicación del art. 61 del CC.	Ninguno	La figura jurídica de la condena no pronunciada tiene respaldo del ECD formal o positivista, de esa manera solo se fija en la validez de la norma, más no en la sustancialidad si afecta el fin de la pena o la indignación de las víctimas en casos penales

Fuente: Elaboración propia

Por todo lo mencionado, el diseño es descriptivo que se adecuó más es el de una investigación es la de la **teoría fundamentada**, que según explica Strauss y Corbin citado por Gaete (2014):

(...) es una teoría derivada de datos recopilados, destacando que este enfoque considera a la estrecha relación entre la recolección de los datos, su análisis y la posterior elaboración de una teoría basada en los datos obtenidos en el estudio como una de sus características fundamentales (p. 152).

Así, la investigación comenzó recolectando datos de información de diversos textos doctrinarios y normativos a fin de conjeturar y formar una teorización con los conceptos de la filosofía de Luigi Ferrajoli y la figura jurídica de la condena no pronunciada.

3.2. PROCEDIMIENTO DEL MUESTRO

3.2.1. Escenario de estudio.

La investigación al ser cualitativa y utilizar uno de los métodos dogmáticos jurídicas, propias de la ciencia jurídica, esto es de **analizar la norma jurídica** y observar si está acorde a una realidad social y legislativa, pues **el escenario constituyó** el mismo **ordenamiento jurídico peruano**, ya que de allí es de donde se va a poner a prueba su consistencia e interpretación acorde a la Constitución de las categorías de estudio, es decir, del: **Estado Constitucional de Derecho según Luigi Ferrajoli y la condena no pronunciada**, las mismas que, son figuras jurídicas que están insertas en nuestro sistema jurídico y deben ser validadas de forma lógica.

3.2.2. Caracterización de sujetos o fenómenos.

Teniendo en cuenta que la investigación fue construida a partir de un enfoque cualitativo y tener una modalidad particular dentro de la rama del Derecho, vale decir, al haber sido una investigación dogmática jurídica, lo que **se estuvo analizando son las estructuras normativas y también las posturas doctrinarias** en relación a los

conceptos jurídicos: la filosofía de Luigi Ferrajoli y la figura jurídica de la condena no pronunciada (artículo 61 del Código Penal), con el propósito de conocer si son compatibles o no y poder hacer una modificación normativa racional y válida dentro del ordenamiento jurídico peruano.

3.2.3. Mapeamiento.

El mapeamiento estuvo encaminado **a vislumbrar el cómo se abordaron los lugares de dónde se sacaran los datos para poder ejecutar la tesis**; por esta razón, primero se explicó **qué es la población**, en términos del profesor Nel Quezada (2010) viene a ser el conglomerado de elementos que contienen información sobre el objeto de estudio, pues va a estar conformada por datos, fenómenos, animales y personas, etc. (p.95); por ello es que señala: “(...) representa una colección completa de elementos (sujetos, objetos, fenómenos o **datos**) que poseen características comunes (...)” [el resaltado es nuestro] (p. 95).

Por consiguiente, es de esta manera es como se efectuó en nuestra investigación, toda vez que el método general que se utilizó fue la hermenéutica y en particular la hermenéutica jurídica, siendo la principal fuente de recolección de datos los libros, pues con diversas interpretaciones de ellas se elaboró paulatinamente un marco teórico sólido que fue en base a: los libros, leyes, jurisprudencia que se desarrollen con los temas **de la filosofía de Luigi Ferrajoli y la figura jurídica de la condena no pronunciada**.

Con lo expuesto por el profesor Nel Quesada, la población es además un **conjunto de datos** que contiene rasgos comunes, los mismos que a su vez, de dichos datos se condice con la **información** expresada con cada una como oraciones, frases, conceptos o palabras contenidas en diferentes libros, los mismos que tienen cualidades en común. Por lo tanto, cualquier oración, concepto o frase que esté relacionado con la filosofía de Luigi

Ferrajoli y la figura jurídica de la condena no pronunciada deben ser procesados e incorporados en el marco teórico.

Tras lo dicho, dentro del ámbito de la investigación jurídica existe la investigación denominado **investigación propositiva**, tal como lo propone el profesor Aranzamendi (2010, p. 163), este tipo de investigación jurídica tiene como objetivo central analizar la norma y de ser el caso generar una nueva, de ahí que, podemos inducir que el contexto donde se analizaron normas, doctrina o incluso jurisprudencia y **no ser empíricas**, sino todo lo contrario, **nos hemos enfocado en interpretar los conceptos jurídicos de:** la filosofía de Luigi Ferrajoli y la figura jurídica de la condena no pronunciada, las cuales se pudieron ubicar en los **libros especializados**, y encontrarlos es nuestra tarea principal para desarrollar nuestra investigación, pues deben contener información relacionada a la institución jurídica de cada uno.

Siendo más precisos, la población de análisis para la presente investigación versó en dos tipos de criterios: inclusión y exclusión, los cuales detallaremos a continuación:

A. Criterios de inclusión:

Libros académicos, artículos indexados y tesis versados en las categorías o variables de investigación sobre:

- La filosofía de Luigi Ferrajoli
- La figura jurídica de la condena no pronunciada

B. Criterios de exclusión:

- Monografías de páginas no seguras
- Libros o artículos de páginas inseguras o no confiables
- Artículos de revistas no indexadas

Por lo tanto, la idea es encontrar una población de la siguiente forma:

Tabla 2. Población sobre el contenido de las categorías de investigación

Categorías	Libro, artículo y tesis (Doctrina)	Autor
Filosofía de Luigi Ferrajoli	Principia iuris “teoría del derecho y de la democracia	Ferrajoli, L
	Derecho y Razón	Ferrajoli, L
Figura jurídica de la condena no pronunciada	La suspensión de la ejecución de la pena	Abel, M.
	Derecho Penal, Parte General	Bacigalupo, E.
	Derecho Penal	Bramont, L.
	Normativización del Derecho penal, teoría de la pena y realidad social	Feijóo, B.
	La suspensión de la ejecución y sustitución de las penas	García, J.
	Prevención, predicción y tratamiento, Condenados a penas privativas de libertad	Guardiola, N.

Fuente: Elaboración propia

Como se pudo observar, los libros, artículos indexados y tesis detallados son los más importantes de cada tema, de ellos en un primer momento se va a obtener la información principal con el fin de realizar un marco teórico sólido.

Por consiguiente, mediante los instrumentos de recopilación de datos como la ficha textual y de resumen hecha en los libros es que se realizó la averiguación de la información objetiva hasta saturar el contenido relevante de cada categoría; por lo tanto, el método de muestreo a utilizado fue el de la bola de nieve (planteada dentro de nuestro enfoque cualitativo), el mismo que partió de la información existente y relevante para iniciar un marco teórico consistente hasta arribar a un punto en el cual se tenga cierta cantidad de datos donde ya no se pueda seguir profundizando y se pueda asegurar que el marco teórico es del todo sólido y completo.

El rigor científico apunta al nivel de seriedad que detenta el trabajo de investigación, es decir, a la forma de cómo se han obtenido los datos de una población de estudio y, ante todo, si la propagación de dichos datos va a vulnerar el derecho a la intimidad de alguna persona; por esta razón, afirmamos que no fue el caso de la presente investigación, toda vez que no se estuvo utilizando datos personales menos aún se estuvo

adulterando la información recolectada, porque dicha información es pública, por lo tanto, cualquier interesado puede analizar y corroborar que lo dicho por el investigador es cierto, además, lo que interesa para éste tipo de investigación es la consistencia y coherencia de los argumentos, en términos sencillos, que cumpla los principios de la lógica jurídica: principio de identidad, principio de no contradicción y principio de tercio excluido.

3.2.4. Técnicas e instrumentos de recolección de datos.

3.2.4.1. Técnicas de recolección de datos.

El presente trabajo de estudio empleó como técnica de recolección de datos **al análisis documental**, el cual trata de la realización de un análisis de diversos textos doctrinarios a partir de la extracción de información relevante para la construcción de un marco teórico sólido; en tal sentido, podemos mencionar que el análisis documental fue considerado **como una operación edificada en el conocimiento cognoscitivo**, ya que esto permitió elaborar un documento primigenio por medio de otras fuentes, tanto primarias como secundarias; por tanto estas fuente actuaron como una especie de intermediario o instrumentos que permitieron que el usuario tenga acceso al documento inicial para **la obtención de información y la respectiva teorizaciones de los objetivos específicos**. (Velázquez & Rey, 2010, p. 183).

3.2.4.2. Instrumento de recolección de datos.

Como se había mencionado con alteridad, el instrumento de recolección de datos que vamos a utilizar es la ficha de toda índole: textuales, de resumen, bibliográficas, puesto que a partir de ellas podremos realizar un marco teórico consistente que se adecuará a nuestras necesidades conforme al transcurso de la investigación, así como al enfoque e interpretación brindada a la realidad y los textos.

Como se ha precisado, la información iba a ser recopilado mediante la ficha textual, de resumen y bibliográfica; también fue menester precisar que esta va a ser suficiente para la realización de la investigación, por esta razón, con el propósito de disminuir la subjetividad que se forma al interpretar cada uno de los textos, se dispuso a analizar las propiedades exclusivas e importantes de ambas variables en estudio, tendiendo a la sistematización y establecimiento de un marco teórico sostenible, coherente y consistente. (Velázquez & Rey, 2010, p. 184) Por lo mismo, se usará el siguiente esquema:

Tabla 3. Modelo de instrumento de recolección de datos para la investigación cualitativa

<p>FICHA TEXTUAL o RESUMEN: Subtítulo del tema (tópico dirigido para saturar información)</p> <p>DATOS GENERALES: Nombre completos del autor. (año). Título del libro o artículo. Edición, Volumen o Tomo. Lugar de edición: Editorial. Página; en caso de ser necesario colocar el enlace del libro virtual.</p> <p>CONTENIDO: “..... ”</p>
--

Fuente: Elaboración propia

3.2.5. Tratamiento de la información.

Resulta útil decir que, la información documental necesariamente va a contener premisas y conclusiones, las mismas que a su vez tendrán un conjunto de propiedades, por eso, el procedimiento a usar en nuestra investigación será la argumentación jurídica, el cual según Aranzamendi (2010, p. 112) las propiedades que debe contener son: (a) ser coherentes y lógicas, es decir, elaboradas por premisas que contengan antecedentes y conclusiones; (b) ser razonables, pues mediante motivaciones suficientemente justificables se va a llegar a conclusiones materiales y formales; (c) ser idóneas, porque

las premisas deben de tener y mantener cierta posición de continuidad; y (d) ser claras, esto es que tienen la misión de evitar llevarnos a una interpretación ambigua o esta se preste a diversas interpretaciones, sino por el contrario se plantee una conclusión con información entendible.

Finalmente, habiendo detallado cada uno de los datos y su respectivo procesamiento que tuvo su origen en los distintos textos, se afirmó que la argumentación empleada para la tesis fue entendida como la: “(...) secuencia de razonamientos, incluyendo explicaciones (...) [con] una función persuasiva dirigida a un determinado oponente o antagonista intelectual (...)” (Maletta, 2011, pp.203-204), por lo tanto, se empleó la siguiente estructura: (1) premisa mayor, (2) premisa menor y (3) conclusión, pues por medio de conexiones lógicas y principios lógicos se conseguirá argumentar **para teorizar los objetivos planteados.**

CAPÍTULO IV: RESULTADOS

4.1. DESCRIPCIÓN DE LOS RESULTADOS

4.1.1. Análisis descriptivo de resultados del objetivo uno.

El primer objetivo de la investigación fue: “Identificar la manera en que la función de gobierno - garantía respecto a la filosofía del Estado Constitucional de Derecho según Ferrajoli influye a la figura jurídica de la condena no pronunciada peruana del año 2022”; en consecuencia, los resultados más resaltantes sobre ambos tópicos son los siguientes:

PRIMERO. - Empezaremos realizando los resultados de la **categoría la condena no pronunciada**, en ese sentido, es necesario resaltar sobre **la suspensión de la ejecución de la pena**, en ese aspecto es preciso partir desde un aspecto general a lo particular, siendo necesario uso del método de deducción es así que en **el ámbito general se colocaría la suspensión de la ejecución de las penas** y por otro lado, en **el ámbito particular se concentraría lo que es la condena pronunciada o también conocida como la desaparición de las condenas.**

Ahora bien, realizaremos una **breve historia sobre la suspensión de la pena** en nuestra legislación peruana, es así como desde 1924, la suspensión de la pena se **encontraba condicionada a la condena y era empleada solamente para aquellos crímenes no dolosos**, es decir aquellos cometidos por culpa. No obstante, esta situación ha ido cambiando con el pasar del tiempo, pues hoy en día **se le considera este tipo de beneficio para aquellos casos donde se requiere una condena no mayor de cuatro años de pena privativa de libertad** y los requisitos que demanda la legislación.

Proseguido a ello, es necesario establecer **la definición de la suspensión de la pena**, todo ello porque la figura jurídica de la condena no pronunciada toma las características de esta para efectuar su efecto jurídico, en consecuencia, es también

conocido como **aquella condena de ejecución condicional** pues se trata de un mecanismo que **permite al juez individualizar la pena frente aquellos casos concretos** donde resulta su aplicación, de tal modo, que en nuestro ordenamiento jurídico penal **la condenación condicional de una condena es la consecuencia de dejar en suspenso el ejercicio de una pena**; ante una buena actitud del condenado pues existe la seguridad de que no vuelva a cometer nuevos delitos.

En ese orden de ideas, es pertinente resaltar sobre **la regulación jurídica y su naturaleza de la suspensión de la pena**, en ese contexto, la legislación peruana ha positivizado la posibilidad de suspender la pena, para tal efecto esta norma establece **los requisitos que debe de tener en consideración el juzgador al momento de aplicar la suspensión**, además, se describe las consecuencias que podría conllevar su incumplimiento de las reglas de conductas impuestas en la sentencia, por tal motivo el legislador de igual manera prevé consecuencias frente a la renovación de la suspensión de una pena, por otro lado, **también tipifica a la condena no pronunciada del artículo 61 del Código Penal tomando los mismos requisitos pero su efecto es más beneficioso**, ya que la sentencia impuesta es como si nunca se hubiera dado claro está que para ello el sentenciado deberá de cumplir reglas de conducta por un periodo de prueba.

Como se ha ido estableciendo, es pertinente desarrollar **de manera concisa sobre los requisitos y presupuesto de la condena no pronunciada, es así como se prevé los requisitos de la suspensión de la pena** con relación a nuestro Código Penal vigente de 1991, siendo establecido en el artículo 57 donde señala que como **requisitos indispensables se debe contar con una condena que no sobrepase los cuatro años de pena privativa de libertad**, por otro lado, se estima **la conducta delictuosa, la personalidad del agente**, entre otros, lo permite al juez poder concluir que **el condenado**

será incapaz de poder reincidir en un nuevo delito de esa magnitud, del mismo modo hace referencia que el agente **no debe de tener la condición de residente habitual**.

SEGUNDO. – En esa línea, es preciso profundizar sobre la pena, para ello, la pena básicamente constituye aquella manifestación trascendental por parte del derecho penal pues este vínculo genera aquella potestad estatal que tiene cada Estado con relación al desorden y el orden de la sociedad mediante este se puede desarrollar lo que vendría a ser el control social para así **analizar y controlar aquellas conductas que no permiten establecer** un orden social, sino que al contrario **estás interfieren**.

Asimismo, es adecuado establecer cuáles son las clases de la pena, ante esto el sistema jurídico peruano contempla **diversas modalidades de penas entre estos tenemos la pena privativa de libertad, la pena de multa, la pena de limitación de derechos y las restrictivas de libertad**; todo estas se encuentran prescrita en el artículo 28 del Código Penal de 1991, pues cualquiera de estas penas puede **ser aplicables ante aquellos delitos o faltas que se materialicen en nuestra sociedad**.

En ese aspecto, es útil también esgrimir sobre la pena privativa de libertad y **las medidas alternativas** siendo que las penas establecidas dentro de las prognosis de la pena de los delitos no son absolutas, sino que se pueden alternar llegando a poner límites a los castigos que suelen darse de forma drástica, es decir **estas son vías que de alguna manera amortiguan la imposición de una pena y reemplazan la aplicación de la pena privativa de libertad** para así prevalecer el derecho de libertad de forma más leve y no drástica ante la comisión de un delito.

Sobre lo anterior, **las medidas alternativas en el Perú permitieron realizar la incorporación de nuevas manifestaciones sobre la pena** pues mediante estas

alternativas se dio ciertos beneficiarios a los agentes delictivos, **es así como la imposición de la pena privativa de libertad solamente se da en aquellos delitos con magnitud grave** puesto que la sociedad manifiesta ante esto una profunda preocupación que no permite conseguir medidas alternas para aquellos sujetos considerados como peligrosos.

En consecuencia, **las conductas delictivas menos gravosas permiten la conversión de la pena** solamente aquellos sujetos que **no representan peligrosidad a la sociedad, pues entre estas medidas alternas se ha previsto sobre la excepción de la pena o la reserva del fallo condenatorio, la suspensión de la ejecución de la pena, la sustitución de las penas privativas de libertad y la conversión de las penas privativas de libertad;** pues éstas penas o nuevas medidas alternas suelen darse debidamente **en respuesta a la actitud o al hecho delictivo de aquella persona que no es un peligro a la sociedad.**

En ese sentido, **la suspensión de le ejecución de la pena, es parte de las medidas alternas,** por eso para eliminar la responsabilidad de forma completa tiene que cumplirse con ciertas condiciones que se encuentran descritas en el artículo 57 del Código Penal, **pues por su parte se requiere que el agente deba cumplir sobre todo con las reglas de conductas que regula el artículo 58 del Código Penal,** por ello, el mismo cuerpo normativo plantea ciertos parámetros que sería **imposible que alguien pueda ser exento de la responsabilidad,** ya que se establecen ciertas reglas de conductas que el sentenciado deberá de cumplir, **sino caso contrario se revertirá esta medida alterna por una de carácter efectivo.**

TERCERO. – En esa secuencia, como ya se ha establecido anteriormente la parte esencial, por el cual, **la condena no pronunciada acoge su razón normativa sobre las nociones de la suspensión de la ejecución de la pena,** en ese sentido pasaremos a

desarrollar todo concerniente a la desaparición de la condena impuesta, para ello trataremos sobre algunos aspectos importantes **al referirnos sobre la condena no pronunciada podemos entender por este que tiene como finalidad que el sujeto quede limpio** con la única condición que se evidencie una conducta correcta para así después confrontarlo con la realidad y constatar que no se trata de una reincidencia y habitualidad en los delitos que no tienen gravedad delictiva.

Es por lo que, el artículo 61 del Código Penal peruano establece un **instrumento premial que va a promover la conducta del sancionado recibir una suspensión ante el delito cometido** pues el condenado podrá acceder a los efectos de esta figura jurídica como **una mera premiación ante una supuesta conducta adecuada tras el hecho cometido.**

En ese sentido, la condena que se tenía como inicial pasará a ser una condena no pronunciada solo cuando el sujeto cumpla con el tiempo de prueba bajo aquellos parámetros que se establecieron por parte del **legislador y que no haya incurrido en un nuevo delito, además que haya cumplido con las reglas de conducta**, en pocas palabras **el comportamiento del sentenciado deberá ser merecedor de aquella sentencia no pronunciada.**

CUARTO. – Ahora bien, como **exegesis del artículo 61 del Código Penal pasaremos a explicar sobre la regulación normativa de la sentencia no pronunciada**, en ese aspecto, los requisitos esenciales para que una condena sea considerada como no pronunciada debe el sentenciado cumplir con un plazo **determinado de prueba que girara a través de ciertas reglas de conducta, asimismo, el condenado no deberá de haber cometido un nuevo delito doloso**, además este **no deberá infringir de forma**

persistente o de forma obstinada las reglas de conducta impuestas por el juez dentro de una sentencia.

En consecuencia, los **requisitos para considerar a la sentencia como no pronunciada son los siguientes:**

- a) **Transcurso del plazo de prueba**, es el periodo que se le confiere al sentenciado para que cumpla de forma estricta con las reglas de comportamiento que el juez haya ordenado, pues de no ser así, y si en caso este infringe alguna de estas reglas de comportamiento, no será posible su efecto como sentencia no pronunciada.
- b) **No volver a incurrir en un nuevo hecho delictivo doloso**, otra de las condiciones que se establece en la condena no pronunciada es no incurrir en la comisión de un nuevo delito doloso, ya que se sobreentiende que el sentenciado está arrepentido del delito que cometió, por ello, se le obliga a no cometer nuevamente un delito que pueda conllevar a perder todos los beneficios de una condena no pronunciada.
- c) **No transgredir de manera insistente las reglas de conducta**, para su debida emisión se requiere cumplir con estos criterios que anteriormente se han señalado con la sola ausencia de la infracción de las reglas de conducta, la condena no pronunciada no tiene valor por lo tanto pierde los beneficios de su aplicación.

QUINTO. – Es también necesario abordar de manera sucinta **sobre las reglas de conducta que establece la condena no pronunciada como requisito necesario**, es así como nuestro sistema jurídico peruano ha establecido ciertas reglas de conducta como parte esencial del otorgamiento de la suspensión de la ejecución de la pena, siendo así

que la figura jurídica de **la condena no pronunciada sujeta los mismos requisitos en donde condiciona al sentenciado a tener un comportamiento direccionado y de comparecencia.**

Del mismo modo, **existen también los efectos de desobedecimiento de las reglas de comportamiento**, las cuales surgen cuando el sentenciado desobedece las condiciones que dieron la suspensión de la pena como lo prescribe el artículo 59 del CP, en ese sentido, **el juez podrá revocar la suspensión de la pena, amonestar al infractor y finalmente prorrogar el periodo de suspensión.**

Ahora bien, aunado de lo anterior otro **punto de vital importancia es la prohibición de la suspensión de la ejecución de la pena y la condena no pronunciada** como bien se ha ido sosteniendo la sentencia no pronunciada toma los componentes de la suspensión de la pena, por ello, **rige los artículos que demanden de esa figura jurídica**, en ese extremo, **el artículo 57 del CP sostiene taxativamente en su último acápite que no podrán acceder a este beneficio determinados delitos entre estos tenemos a los siguientes: a) peculado, b) colusión, c) malversación, d) cohecho, e) negociación incompatible, f) corrupción de auxiliares jurisdiccionales, g) aprovechamiento indebido del cargo, h) enriquecimiento indebido y i) lesiones a los integrantes del grupo familiar.**

Por último, es menester hacer **una relación breve de la Carta Magna de 1979 con la Constitución Política de 1993, en cuanto a la punición estatal**, ahora bien existe una conexión entre las dos últimas cartas magnas con relación **a la composición de nuestro sistema jurídico de prevención y persecución del delito**, en ese sentido, suscita que **la Constitución Política de 1979 fue la que introdujo por primera vez el diseño de la política criminal por parte del Estado**, pues esta positivización de alguna manera

surte efectos de transformación que **reafirma en la propia consolidación de la Constitución de 1993**, además **hace referencia sobre aquellos derechos y garantías que se han diseñado en un modelo acusatorio del sistema penal.**

El derecho penal por tanto se caracteriza por ser de garantía, ello como consecuencia del **Estado Constitucional de Derecho**, siendo relevante el respeto a los **derechos fundamentos esenciales**, entre estos tenemos al principio de supremacía constitucional en donde detenta que la norma prevalece frente a cualquier otra **norma de rango de ley**. En consecuencia, surge el derecho penal constitucional como respuesta a la **Constitución Política para así garantizar los derechos del imputado**, todo ello, se da de forma progresiva siendo así que, en la Carta Magna de 1979, se **diseña un modelo con relación a la Constitución que va a ser ejecutado de forma perfectible.**

Es así como, surge un **sistema de prevención especial cuando se trata de la pena pues lo que intenta es resocializar al delincuente bajo la aplicación de una pena alterna cuando se trata de aquellas penas privativas de libertad** incluso se pretende llegar a una condena no pronunciada por eso que **resulta controversial y cuestionable la aplicación de aquellos mecanismos en la práctica cuando se refiere a una sentencia no pronunciada.**

SEXTO. – Por otro lado, pasaremos a desarrollar **el pensamiento de Luigi Ferrajoli sobre su paradigma de un Estado Constitucional de Derecho (en adelante ECD) en su vertiente función de gobierno – garantía**, para ello, es preciso señalar que el filósofo del derecho en su obra de *principia iuris* plantea un nuevo paradigma sobre el ECD, en el cual **desarrolla sobre la relevante situación constituyente y su**

característica de no sometimiento ante otros poderes, ya que este reside en un poder originario.

Asimismo, para poder tener una mejor **noción sobre el poder constituyente y poder constituido es relevante determinar que el acto y la situación comparten el término constituyente**, se menciona ello a partir de que Ferrajoli en el planteamiento del nuevo paradigma **otorga relevancia a la situación constituyente ya que este se encuentra integrado por los actos constituyentes**, es decir, **la situación constituyente es en sí un todo y los actos son parte del todo.**

SÉPTIMO. – Además, **dentro de su paradigma del ECD sostiene que es esencial la permanencia del acto constituyente**, por ello, es preciso mencionar que este **guarda una relación importante con la situación constituyente debido a su naturaleza de significancia y la posibilidad de permitir el ejercicio de poder constituyente**, siendo menester referir sobre el efecto jurídico que se origina como resultado de un acto institutivo, así también lo constitutivo de una institución.

Sobre lo antes mencionado, es pertinente establecer **el segundo componente esencial del paradigma de ECD de Luigi Ferrajoli, sobre la representación política, la división y separación de poderes** en particular es esencial la distribución y atribución que desarrolla la representación política, la separación y división de poderes juntamente con otras normas de competencia, en ese sentido, la representación política como norma de competencia permite la **representación orgánica de aquellos órganos que se desempeñan bajo las funciones públicas así como de los funcionarios que han sido electos mediante el ejercicio del derecho político del voto**, en tal sentido, la representación política solo será posible bajo la aplicación de los órganos de competencia

y la representación orgánica que han establecido sus funciones públicas correspondientes que desempeñan a través del derecho político de voto.

OCTAVO. – Por su parte, ahora pasaremos a detallar sobre la **función de gobierno-garantía del paradigma de ECD de Luigi Ferrajoli**, en consecuencia, las **funciones de gobierno y de garantía integran a la representación política, división del poder y la separación de poderes** ya que todos en su conjunto son puramente formales, por esa razón es posible que se designen **las funciones de gobierno y de garantía de los poderes políticamente representativos divididos o separados**, además, se definirá que poderes son únicamente políticos representativos que suelen dividirse internamente o en todo caso que se separan entre ellos.

En ese mismo sentido, las tres figuras que presupone Luigi Ferrajoli como **“políticamente representativos”, “internamente divididos” y “entre ellos separados”** deberían de responder sí dentro del sistema democrático y de derecho se justifica la **representación política**, es decir, en cuando a la división y a la separación de poderes. Sobre el primer punto nos referimos a la clásica teoría desenvuelta por Montesquieu **postula que la separación de poderes es vital e importante, por ello que, existe una separación entre el poder legislativo, judicial y ejecutivo** que se convirtió en una adopción dentro de todos los países y sistemas políticos.

NOVENO. – Además, la Constitución es **la que debe contener y definir los principios o condiciones de una eficiente democracia**, para así cuando se trate de una separación de poderes se pueda sostener sobre la **doctrina que Montesquieu planteaba sobre la separación de poder legislativo, judicial y ejecutivo**, dando paso a la separación clásica dónde los sistemas políticos eran más simples funciones y **que a**

diferencia de hoy hay mayores funciones y garantías que deben de ser cumplidas a cabalidad.

DECIMO. - Por lo tanto, **los poderes públicos al emanar de las fuentes de legitimación deben ser atribuidos a órganos que se caracterizan por ser independientes**, en ese aspecto, **la separación es necesaria cuando exista la compartición de las mismas facultades o en todo caso cuando compartan con una fuente de legitimación**, en consecuencia, las diferentes facultades que tienen los poderes conllevan a justificar una separación, **así como es justificable que la fuente de legitimación sea distinta**. Ahora la justificación con relación a la co-división reside en una fuente de legitimación similar.

DECIMO PRIMERO. - Por su parte, **la función de gobierno se entrelaza con el espacio político donde se determinan deficiencias, parámetros y utilidades para cubrir las necesidades e intereses de forma general**, sin embargo, **la función de garantía abarca a la jurisdicción y la administración razón por la cual se tiene mayor consideración al criterio de corrección y fundamento de los presupuestos legales**.

DECIMO SEGUNDO. - Al mismo tiempo, **las funciones de gobierno suelen ejercerse por las decisiones que emplean una aplicación formal y respeto sustancial de la norma de grado supra ordenado**, por otro lado, las funciones de garantía muy contrario a las funciones de gobierno **se desenvuelven bajo la aplicación formal y sustancial de la norma de producción**, en ese sentido, las funciones de garantía se caracterizan **por ceñirse a la sustancia del contenido producido y la función de gobierno se enfoca en la legitimación de la forma de producción**.

DECIMO TERCERO. - Y finalmente, **las funciones de garantía e instituciones suelen ser entendidas desde una institución primaria que sus normas**

reconocen las **normas de competitividad de los funcionarios y los órganos a los que se les delega un determinado ejercicio de garantía primaria**, desde la institución secundaria suele darse el reconocimiento de **la norma de competitividad de los funcionarios y órganos a los que se les faculta la función de un cargo de garantía secundaria**.

4.1.2. Análisis descriptivo de resultados del objetivo dos

El segundo objetivo de la investigación fue: “Determinar la manera en que la democracia sustancial respecto a la filosofía del Estado Constitucional de Derecho según Ferrajoli influye a la figura jurídica de la condena no pronunciada peruana del año 2022”; en consecuencia, los resultados más resaltantes sobre ambos tópicos son los siguientes:

PRIMERO. – En el desarrollo de los resultados de la presente investigación se ha realizado el análisis descriptivo del objetivo uno, en donde se ha tocado de manera amplia todo respecto a la categoría la condena no pronunciada, siendo así que estas se encuentran dentro del considerando uno hasta el considerando quinto, en consecuencia, **no desarrollaremos por ser redundante.**

SEGUNDO. – Dentro de ese orden de ideas, es menester precisar sobre la **democracia sustancial desde el paradigma del ECD de Luigi Ferrajoli**, para ello empezaremos realizando un breve resumen **sobre el poder constituyente y constituidos**, en ese sentido, **el poder constituyente viene a ser el resultado de una situación constituyente que le otorga la facultad, el poder y la soberanía para así contar con la potestad no positivizada**, sino que también deriva de la situación constituyente, subsiguientemente, **esto evidencia que el poder constituyente no ha emergido en si un acto constituyente**, sino que este deriva de la situación constituyente, se trata de un poder que no se encuentra regulada por ninguna norma, y que además este se le es otorgado al

sujeto constituyente natural y más no al sujeto artificial puesto que este último es el resultado de un acto jurídico.

TERCERO. – Debe de señalarse, que el acto constituyente según la perspectiva de Luigi Ferrajoli resulta un tanto complicado determinar en si el acto constituyente, sin embargo, no es imposible pues algo concreto sobre este es que subsiguiente al acto constituyente es que se logra la concreción del poder constituyente ejercido, ahora es preciso de igual manera referir que el acto institutivo en esta construcción es importante ya que desarrollarlo desde la óptica de un precepto constitutivo de una institución permitiendo establecer el resultado jurídico de una determinada institución originado por un acto formal, contrario a este sucede que existe la posibilidad de no darse el resultado de acto formal, esto en razón que no se encuentran reguladas por ninguna norma sobre su producción tal es el caso del acto constituyente o el acto institutivo de grado no subordinado.

Por su parte, también existe dentro de **la representación política la exclusión entre la representación jurídica y la representación política** esto reside en el conflicto de intereses entre los representantes y representados pues incorpora un elemento esencial desde el ámbito jurídico porque **cumple funciones con carácter público que son efectuadas por los representantes políticos.** Por tal motivo, al estar vinculadas con los intereses públicos y universales generan todo tipo de **exclusión de subordinación a los intereses privados, es por esa razón que el voto permite evidenciar los intereses y las opiniones de los electores,** ya que el representante político no puede establecer ninguna relación con estos ya que su función primordial se basa en la representación general, sin ningún interés en particular, **pues la exclusión de la representación jurídica y política**

podría ser concretado ante un conflicto de intereses, lo cual, implicaría la anulación de cualquier representación política, siendo esto la regla general.

CUARTO. – Por lo tanto, **tocaremos la democracia formal y sustancial del paradigma de ECD de Luigi Ferrajoli**, en ese sentido, referirnos de ambos implica hacerlo **bajo el establecimiento de las normas del derecho positivizado**, en ese sentido, es un requisito que debe existir sobre las reglas preestablecidas, ahora bien, **las normas de producción se vinculan con la democracia formal y sustancial para una adecuada presentación, ya sea de forma explícita o implícita.**

QUINTO. - Por lo tanto, la democracia política y la democracia formal **guardan una equivalencia debido a que ambas se enfocan en como el Estado desarrolla facultades legislativas**, por lo que las normas **formales están orientadas a determinar la forma de decisión de los votos que se dan bajo parámetros de forma idónea y válidas para ser expresadas a la multitud.**

Por esa razón existe la relevancia de referir sobre la democracia sustancial, ya que esté no es posible ser descrito sin antes referir sobre la negociación esto porque **la democracia sustancial se encuentra vinculada con los ideales y los principios que se establecen en nuestra Constitución en relación con la igualdad**, por lo tanto, **la consustancialidad de una norma debe guardar concordancia con lo que se encuentra escrito dentro de nuestra Constitución.**

SEXTO. - Es así como, la **garantía jurídica de la democracia Constitucional se apega a la validez de las normas monodinámicas**, es decir, se complementan con **las normas de producción, que se encuentran como fuentes y normas con jerarquía, su idoneidad determina los requisitos esenciales de forma, sustancia, vigencia y validez de cada norma producida.**

En ese sentido, la cuatridimensionalidad **abarca a la democracia política, democracia civil, democracia liberal y democracia social** las cuales forman parte y hacen posible las condiciones de democracia que se enfocan en la representación popular vinculadas con las actividades legislativas y de gobierno, para eso estos deben tener garantías ante los sufragios universales para así determinar una democracia formal, política, civil o social debido a que este refiere sobre la producción de decisiones mediante el derecho d voto.

SEPTIMO. – Es por ello, la **jerarquización de las normas** se encuentran establecidas en la norma constitucional, **siendo que la primera parte aseguran la vigencia formal de la ley y su validez sustancial**; sin embargo, no solo depende de ello, sino que también de la **coherencia de cada significado con la norma sustantiva**, es así que se logra cambiar cada contenido de acuerdo a la sustancia liberal o social que se produce con el vínculo de la denominación en la primera parte de la Constitución, **pues referidas normas de primer orden se sintetizan en derechos fundamentales.**

En tal sentido, podemos establecer que la democracia formal permite que los poderes se pueden ordenar de forma indirecta o directa, así mismo, mediante este poder formal se parecen los derechos de poder de autonomía referida a la forma de autodeterminación de los sujetos, bajo esta línea es que se establece el principio de la mayoría y el voto son las garantías universales de los derechos civiles o políticos secundarios, ahora al hacerse referencia sobre un Estado de derecho esto implica que todo poder en esencia se encuentra sometido a los derechos fundamentales que se encuentran prescritos en la Carta Magna.

OCTAVO. – **Y finalmente, la democracia sustancial se encarga de la sustancia y el vínculo con los derechos humanos sobre la libertad y la autonomía,**

asimismo, lo postulado sobre la democracia sustancial por Luigi Ferrajoli **se sostiene en que nadie puede decidir de manera unilateral, sino que se debe de consultar a todas las partes intervinientes a fin de poder garantizar la voluntad soberana.** Por consecuente, **los derechos no pueden ser sujetos a negociación o votación debido a que en su naturaleza recae en la consustancialidad de la norma constitucional** y por ende se relacionan con los derechos sociales, en ese sentido, **la diferencia que existe entre la democracia constitucional y la democracia sustancial se relaciona con los poderes y derechos de autonomía privada y política** buscando así la **garantía adecuada a los intereses primarios y esenciales de cada uno.**

4.2. TEORIZACIÓN DE LA UNIDADES TEMÁTICAS

4.2.1. La función de gobierno - garantía respecto a la filosofía del Estado Constitucional de Derecho según Ferrajoli ha evaluado como negativa a la figura jurídica de la condena no pronunciada peruana.

El primer objetivo de la investigación fue: “Identificar la manera en que la función de gobierno - garantía respecto a la filosofía del Estado Constitucional de Derecho según Ferrajoli influye a la figura jurídica de la condena no pronunciada peruana del año 2022”; siendo los de argumentación de la presente teorización los siguientes:

PRIMERO. – Antes de empezar a teorizar sobre la función de gobierno – garantía como parte de los postulados de Luigi Ferrajoli sobre el paradigma del ECD debemos de enfocarnos de manera sucinta sobre la noción del ECD, en ese aspecto, **la concurrencia de la división y democracia son importantes ya que sin estos no sería posible referir sobre democracia en un Estado constitucional,** por tal razón es relevante la existencia de la teoría de la división de poderes, es así que **Montesquieu en**

su antigua y clásica separación de poderes establecido tres poderes que se dividieron en poder ejecutivo, legislativo y judicial, lo que permitió en un momento disolver la concentración del poder en una sola persona u órgano que bajo este poder pueda ejercer un poder autoritario y arbitrario.

En ese sentido, la posición de Luigi Ferrajoli, con respecto a **la función de gobierno se debe a la propia estructuración del Estado, en donde cada poder tiene una función establecida por cumplir**, por ello que **la función que concierne a este punto se debe a la función legislativa y administrativa**, siendo que su ejercicio es válido consustancialmente si se respetan las normas sustantivas. Ahora bien, para poder entender más sobre esta función es menester servirnos de los conceptos previamente elaborados en su teoría garantista, donde desarrolla **de manera amplia sobre la necesidad de una democracia sustancial que proteja derechos el derecho a la libertad ya sea social o individual no solamente de los individuos sino también de los países.**

Por consecuente para reafirmar lo antes manifestado, Ferrajoli (2013a, p. 825) sostiene que **las funciones de gobierno por definición son las funciones legislativas y en cambio las funciones de garantía son las establecidas a través de la función jurisdiccional** definiéndose como funciones públicas consistentes en garantías secundarias.

Por otro lado, tenemos **la condena no pronunciada encontrándose establecida dentro del artículo 61 del CP**, su interpretación nos conlleva a tener en cuenta que legislador trato de dar un claro está que debe acordé a los requisitos establecidos en la suspensión de la ejecución de la pena, ya que mencionada figura jurídica **concede al juez fijar reglas de conducta por un determinado tiempo con la finalidad de que la**

sentencia emitida sea anulada al cumplir el plazo generándose así impunidad, ya que ocasiona como si nunca se hubiera producido el injusto penal, en ese contexto, también debe de tenerse presente los otros requisitos que el sentenciado debe de cumplir como el no cometer un nuevo delito doloso, ni que infrinja las reglas de conducta establecidas.

En ese sentido, como lo sostiene Righi (2016, p. 694) **la condena de ejecución condicional tiene como propósito advertir al sentenciado a que cumpla todo lo estipulado dentro de la sentencia**, asimismo permite **reconducir la conducta del sentenciado, a fin de que pueda respetar el ordenamiento jurídico**.

Como se ha sostenido con anterioridad, **la figura jurídica de la condena no pronunciada coge su fundamentación a través de la suspensión de la ejecución de la pena**, estableciendo de esta manera una diferenciación sustancial, **ya que la suspensión de la pena se da con la finalidad de no sobrepoblar los centros penitenciarios**, en ambas figuras se establecen reglas de conducta por un periodo de tiempo que el sentenciado deberá de cumplir a cabalidad, pero sucede que en **la condena no pronunciada los beneficios van más allá de lo permitido contradiciendo la finalidad de la pena y del derecho penal y su vulneración a la persecución del delito expresado en la norma constitucional**.

SEGUNDO. – A modo de confrontación, nos situamos en lo postulado por Ferrajoli (2013a, p.825), quien sostiene que las funciones de garantía: “(...) **son las funciones legislativas y las administrativas, cuyo ejercicio es válido sustancialmente si respeta las normas sustantivas sobre su producción**”

Aunado a lo anterior, **la condena no pronunciada es una figura jurídica que se encuentra establecida dentro del Código Penal**, por ende pertenece al

ordenamiento jurídico peruano, en ese extremo, para **Luigi Ferrajoli en su paradigma del ECD, ha sostenido sobre la función de garantía como aquella función legislativa que respeta las normas sustantivas**, en ese aspecto se generan situaciones distantes no solo con la norma constitucional que **ampara la prevención del delito, sino que también persigue, estableciéndose así un control social y seguridad jurídica (para los fines de la soberanía)**.

Si bien, la condena no pronunciada tiene como efecto los siguiente: **a) no dejar antecedentes judiciales, b) dejar al sentenciado como si nunca hubiera cometido un delito, c) excesivamente beneficioso y d) el injusto penal no tiene efecto coercitivo**, ya que se desnaturaliza. Por consecuente, la figura jurídica de la sentencia no pronunciada no tiene una sólida fundamentación que guarde seguridad jurídica, ya que al ser muy beneficioso es contrario a los fines de la pena y del derecho penal.

En ese aspecto cuando Luigi Ferrajoli sostiene que **la función de gobierno está enfocada en la función legislativa y su respeto a la norma sustancial**, todo ello debe de estar acorde con la norma constitucional y consigo con los principios, en ese aspecto **la codena no pronunciada coloca en una situación contradictoria con para el resarcimiento del injusto penal**, ya que su resultado pretende olvidar el delito y consigo la responsabilidad penal a cambio del cumplimiento de las reglas de conducta impuestas por un periodo de prueba, lo cual no está acorde a las normas sustanciales como es la teoría de la pena.

Por otro lado, tenemos a la función de garantía, según Luigi Ferrajoli (2013a, p. 825) sostiene que:

Las “función de garantía” son funciones públicas consistentes en garantías primarias o en garantías secundarias producidas por el ejercicio de la función

legislativa y actuadas por actos cuya validez sustancial dependen de la aplicación sustancial de las normas sustantivas sobre su producción.

En ese sentido, **la condena no pronunciada tiene como perspectiva dentro del ordenamiento jurídico premiar al delincuente que cumple con ciertas reglas de conducta por un determinado tiempo**, ante ello, el paradigma de Luigi Ferrajoli sobre el ECD advierte que **la función de garantía se encuentra dentro de la función pública y lo que busca es la protección de garantías primarias y secundarias que han sido envueltas en el ejercicio de la función legislativa**, por consiguiente desde un punto de vista **la confrontación que subsiste entre ambas posiciones nos asemeja a tener en consideración la *ratio legis* de la condena no pronunciada**, siendo así que su fundamentación se debe a **la premiación que recibe el sentenciado esto como parte de la menos rigurosidad al momento de establecer la responsabilidad penal y consecuencia la determinación de la pena.**

Si bien, **la determinación de la pena se encuentra sujeta al delito**, el cual, se ha cometido, por ello, **el derecho penal se encarga de establecer un catálogo de delitos y falta con su respectiva sanción según sea el hecho punible y su adecuación**. Ahora bien, la ejecución de la pena privativa de libertad **tiene como finalidad en el sentenciado tenga la capacidad de respetar la ley de modo tal que se logre la reinserción social**, es así como en el caso de **la condena no pronunciada no solamente se le varia la pena de afectiva a suspendida, sino que aparte de ello no queda rastro del injusto penal**, ya que al cumplir las reglas de conducta por un periodo de prueba esta sentencia queda sin efecto e ingresa al olvido.

Por consiguiente, **la función de garantía permite que se salvaguarde la garantía primaria y secundaria en relación con la condena no pronunciada la**

proporcionalidad del efecto de la responsabilidad penal se ve desnaturalizado por permitir un trato desigual con los otros delitos, en ese sentido también se ha podido contrastar que **la garantía primaria o sustancial permite la prohibición de alguna lesión a un derecho constitucional con la finalidad de protegerlo**, en ese aspecto, la aplicación de la condena **no pronunciada estaría en contrariedad** porque pareciera que esta figura solamente **beneficia a un grupo mínimo (y no a toda la sociedad) y no esta acondicionado para que su alcance sea proporcional con la finalidad del derecho penal.**

TERCERO. – Para poder comprender mejor la controversia vamos a plantear un caso hipotético: “Cesar es docente contratado de una universidad pública quien comete el delito de cohecho pasivo impropio, esto como consecuencia de pedir una suma de dinero para que le aprueben el curso a un alumno, siendo así que se acogió a la confesión sincera y la terminación anticipada. Por tal delito cometido le impusieron una pena de cuatro años suspendida y se adecuo a la sentencia no pronunciada.

Con el pasar de tiempo este nuevamente postulo para una plaza para ser docente a tiempo completo en la misma universidad, al haberse acogido a la sentencia no pronunciada no quedo antecedentes judiciales ni menos alguna consecuencia del injusto penal ocasionado, por ello, pudo participar al mismo puesto siendo elegido profesor a tiempo completo.

Ante lo sostenido en el caso hipotético podemos **notar la clara evidencia de su excesivo beneficioso de la figura jurídica de la condena no pronunciada**, asimismo, que **no garantiza como el resarcimiento de los derechos conculcados**, ya que las reglas de conducta **no son para nada igual a la pena privativa de libertad efectiva y**

más si se piensa dejar en olvido después del periodo de prueba el injusto penal cometido sin ningún registro”.

CUARTO. - Dentro de ese orden de ideas, la función de gobierno-garantía según la percepción de Luigi Ferrajoli, se sujeta a la garantía primarias y las secundarias conocidas también como funciones judiciarias ambas legitimadas a través de la norma constitucional para la aplicación de la ley que buscan proteger los derechos de las personas, en ese sentido, la condena no pronunciada hace una distinción entre los delitos leves y delitos más graves, esto como consecuencia que para ser adjudicado a los efectos de esta figura jurídica la pena privativa de libertad no tiene que ser mayor a los cuatro años. Asimismo, también se aprecia que su aplicación no es para todos los delitos, como lo estipula el artículo 57 del CP excluyendo algunos delitos cometidos por funcionarios públicos.

QUINTO. – La condena no pronunciada, es una figura jurídica que permite que el sentenciado después de cumplir lo fijado por el juzgador el órgano jurisdiccional olvide la sentencia emitida generando de esta manera que el criminal no tenga antecedentes judiciales, ocasionando una contradicción con la responsabilidad penal y creando impunidad (fines de la pena peruana), ya que, si bien la responsabilidad penal es emitida en salvaguarda y defensa de los bienes jurídicos conculcados que resarcen a la víctima o agraviado, bajo esa perspectiva nos encontramos frente a una dicotomía, ya que el paradigma de Luigi Ferrajoli sobre el ECD sostiene que las funciones de garantía – gobierno deben de cumplir un fin en pro de los derechos humanos y la función que cumple el Estado debiendo estar en concordancia con la democracia sustancial (con los propósitos de los fines de la pena peruana, que ha sido debatida en una asamblea constituyente).

En esa misma línea, Ferrajoli (2013a, p. 826) sostiene que: “Las funciones de garantía primaria son funciones de garantía consistentes en garantías primarias”; como se ha ido estableciendo, **la posición del filósofo en derecho se encuentran vinculadas al respeto sustancial de la norma fundamental**, siendo para este un situación rígida que no debe de modificarse bajo ninguna circunstancia, en ese sentido toda **la acción jurisdiccional está enfocada a la aplicación sustancial con la finalidad de garantizar los derechos sociales de las personas.**

SEXTO. – Como parte necesaria del **debate argumentativo** sostenemos que nuestra “**afirmación**” se encuentra enfocada en **la condena no pronunciada, ya que como figura jurídica no guarda relación con una democracia sustancial** (aceptación de la gran mayoría) debido a que **la función de garantía – gobierno ha complicado su posición como tal, esto desde la perspectiva de Luigi Ferrajoli quien sostiene que la función de gobierno está dirigida a las funciones legislativas y por otro lado, la función de garantía está inmersa en la garantía primaria y secundaria que se encuentran ligada intrínsecamente en la norma supra ordenada.**

En esa secuencia argumentativa ahora nos enfocaremos en definir el “**razonamiento de nuestra afirmación**” si bien todos los delitos tienen una pena proporcional a la lesión que han causado al bien jurídico protegido, **no es posible que ciertas figuras jurídicas penales pretendan premiar la conducta del delincuente con beneficios excesivos y sin ningún sentido ni justificación coherente.** Por consiguiente, **la condena no pronunciada es una de estas figuras jurídicas donde su aplicación está enfocada a un cierto número limitado de criminales.**

Además, **han sostenido que la condena no pronunciada tiene como propósito resocializar al delincuente y hacerlo meditar de su comportamiento ocasionado,**

pero ontológicamente el ser humano aprende mediante constante sacrificio y dedicación; de igual manera, **el delincuente aprende del delito cometido aislándolo de la sociedad, es por ello, que el derecho penal ha delimitado como castigo duro quitarle la libertad a todos aquellos que cometen delitos**, pero con el trascurrir del tiempo algunos países han sobrepasado su población penitenciaria creando así instituciones como la suspensión de la ejecución de la pena que no ha tenido un impacto real en la sociedad, sino que más bien existen mayor tasa de reincidentes por no haber puesto mano dura en su primer momento de actuación criminal.

Siguiendo, esa línea secuencial del debate argumentativo debemos de reafirmar nuestra posición con la “**evidencia**” pertinente, en ese extremo, **hemos podido notar que la posición de Luigi Ferrajoli sobre el paradigma del Estado Constitucional del Derecho** es tan sólida que reconoce tres componentes esenciales y necesarios, **siendo los siguientes: a) democracia sustancial, b) separación y división de poderes y c) poder constituyente**. En ese sentido, es pertinente que el Estado para que cumpla su finalidad **debe de tener estructurado la separación y división de los poderes**.

Al respecto, Ferrajoli (2011a, p. 822) sostiene que si bien **los poderes políticos giran a través de la representación, división o separación** estos deben de estar **plenamente delimitados**, es decir su posición con respecto a las **funciones de gobierno y de garantía precisan que deben de ser los poderes establecidos de la siguiente manera: a) políticamente representativos, b) internamente divididos y c) entre ellos separados**. De modo tal, que formen parte de **la constitución a través de principios y condiciones que se encuentren ligadas a la axiología como aquel componente democrático**.

En ese contexto, es evidente que la función de gobierno – garantía se encuentra entrelazado con la separación y división de poderes teniendo como función el respeto por la norma supra ordenada y el resguardo de las garantías primarias y secundarias, por eso, se debe de garantizar el respeto de los derechos fundamentales como primera línea al momento de elaborar las normas que pertenecerán a nuestro ordenamiento jurídico, pues según Ferrajoli (2013b, p. 642):

(...) las primeras tienen como destinatarios a los posibles autores de actos prohibidos u obligatorios; las segundas se dirigen a los jueces. Las unas están orientadas a realizar lo que los sociólogos de la desviación penal llaman «control social primario», o sea, el directo cumplimiento de los deberes establecidos por ellas, la consiguiente integración social y la inmediata tutela y satisfacción de los derechos garantizados. Las otras se orientan a realizar lo que en cambio suele llamarse «control social secundario», o sea, la reparación o sanción de los comportamientos que eluden o escapan al control primario (...)

Dentro de lo expuesto, las normas de garantía primaria son normas que prohíben o permiten, practicante son las normas sustanciales que se refuerzan por la democracia sustancial, mientras que las secundarias son los procedimientos que van a frenar la conducta o a sancionar, de allí que, se considera que **la condena no pronunciada es una figura jurídica no sustentada con la realidad y que su efecto no es una garantía primaria, porque esta no se ajusta a la democracia sustancial, es decir, a la teoría de la pena, pues deja en impunidad al delincuente, un fin sustancial que no debe permitirse en un ECD.**

En conclusión, la condena no pronunciada como figura jurídica es **negativa para un Estado Constitucional de Derecho,** esto debido por sus efectos que son **muy**

beneficiosos y desproporcionales al momento de compararla con otras figuras jurídicas como la suspensión de la ejecución de la pena. Así mismo, se cuestiona su finalidad, ya que **no está acorde con la prevención general y especial que el derecho penal tiene** consigo (que a través de una asamblea constituyente se debatió el fin de la pena, sea en la constitución del 79 o 93), por otro lado, **permite que el sentenciado cumpla las reglas de conducta y el propio órgano jurisdiccional olvide el injusto penal (como garantía secundaria) esta maniobra no es proporcional con el tratamiento que se le dan a otros tipos penales** conllevando a entender **un diferente trato por las circunstancias comitentes del agente lo que no garantiza que este beneficiado no vuelva a cometer delito**, y si así fuera **este no sería considerado como reincidente creando impunidad en el comportamiento del criminal**, por ello, un Estado Constitucional de Derecho **debe de adecuar leyes que cumplan su función de mantener control social efectivo.**

4.2.2. La democracia sustancial respecto a la filosofía del Estado Constitucional de Derecho según Ferrajoli ha evaluado como negativa a la figura jurídica de la condena no pronunciada peruana.

El segundo objetivo de la investigación fue: “Determinar la manera en que la democracia sustancial respecto a la filosofía del Estado Constitucional de Derecho según Ferrajoli influye a la figura jurídica de la condena no pronunciada peruana del año 2022”, siendo los de argumentación de la presente teorización los siguientes:

PRIMERO. – A modo de introducción, empezaremos señalando con respecto a la **democracia formal y sustancial si bien esta parte de la teoría que construye Luigi Ferrajoli**, en tanto a la democracia procedimental y sustancial, en ese sentido, **lo sostenido por el filósofo del derecho emerge de una concepción distinta y diferente**

sobre la democracia, esto debido a que **cumple una función determinante en la toma de decisiones pero también se encuentra ligado a la atención de contenidos sustanciales** que se forjan a través de procedimientos democráticos.

Dentro de este orden de ideas, para ser más específicos y enérgicos para Luigi Ferrajoli **es existente un debate con respecto a la legitimidad del control constitucional**, esto a menester de las concepciones formales y sustanciales que origina la democracia y que para este; **no solamente son modelos alternativos que defienden el gobierno democrático, sino que más bien representa una concepción ligada a lo ya vivido, esto con respecto a la democracia formal y por la democracia sustancial representa al presente y al futuro**, por ello, ambas democracias **entran en contraposición entre progreso y retroceso**.

En efecto, **la concepción de la democracia sustancial no solamente contrapone la concepción de lo formal**, sino que dentro de su discusión esta supera el modelo de **democracia que se considera como insuficiente**, siendo así **una especie de modelo con mayor reforzamiento de la democracia formal que complementa “el deber ser” del derecho a través de la democratización**, bajo ese panorama la posición de Ferrajoli **nos conduce a un constitucionalismo garantista, en donde la democracia sustancial toma forma convirtiéndose en una racionalidad basada en el respeto de los derechos fundamentales (formadas por la asamblea constituyente debidamente deliberada por la voz debatida por la soberanía, esto es sin intromisiones externas)**.

Por su parte, **la condena no pronunciada se sitúa dentro del artículo 61 del Código Penal perteneciendo a la parte general de esta rama del derecho**, desde una **interpretación y análisis literal uno puede comprender que tiene un parecido con la suspensión de la ejecución de la pena por tomar los requisitos de la y desenvolverse**

a treves de las reglas de conducta, en suma, también es **apreciable la benignidad de la pena**, ya que su finalidad es que el sentenciado cumpla las reglas de conducta fijadas por un determinado tiempo para que sea acreedor de sus demás beneficios como el olvido del injusto penal a través del no registro de los antecedentes judiciales permitiendo así que cuando vuelva a cometer un nuevo delito no sea catalogado como **reincidente** y así se convierta en un círculo vicioso.

Además, no existe razón legal fundamentada, ya que hay otras figuras jurídicas con el mismo alcance y que son más determinantes al momento de resarcir la lesión al bien jurídico protegido, por ello, que desde el paradigma del Estado

Constitucional de Derecho Luigi Ferrajoli se debe de tener en consideración que las normas **deben de estar expresadas según la democracia sustancial como lo establecido por la soberanía popular** y fijada a través de la norma constitucional.

Sobre este punto Ferrajoli (2011b, p. 13) sostiene que: **“la soberanía popular compatible con la democracia es el literal, referido al pueblo entero, tal y como se expresa en casi todas las constituciones actuales: “la soberanía pertenece al pueblo” o “reside en el pueblo”**.

En ese aspecto, las normas constitucionales se encuentran sujetas a la Constitución Política del Perú, donde no solamente se sitúan las normas de carácter estructural del Estado, sino que también la parte subjetiva, es decir los derechos fundamentales, en ese contexto, esta norma de normas adopta **lo antecedido por la Constitución de 1979 sobre el sistema penal que establece sobre la prevención y persecución del delito, del mismo modo la Constitución de 1993 preceptúa lo mismo**. Sobre el particular la Constitución vigente **ha permitido que el derecho penal sea garantista, en**

consecuencia, hoy en día se denomina la **constitucionalización del derecho penal**, bajo ese enfoque todos los artículos deben de estar sujetos a la norma concrecional.

SEGUNDO. – A modo de confrontación, debemos de sostener que la condena no pronunciada forma parte del ordenamiento jurídico, por ende debe de sujetarse a la norma constitucional en todo su amplitud, es así que para algunos esta figura jurídica es elemental dentro del derecho penal ello debido a que los abogados litigantes lo utilizan para beneficiarse económicamente ya que piden altas sumas de dinero por su patrocinio y mediante diferentes mecanismos jurídicos tratan de bajar la pena para después pedir los efectos de la condena no pronunciada como parte de la acción del principio de legalidad. En esa misma línea, a nuestro parecer esta figura jurídica no postula a una fundamentación real frente a los factores determinantes del porque el hombre delinque o para evitar su control, ya que más bien hace ver a la justicia como débil, todo esto, por su efecto jurídico y su benignidad al momento de reformular la pena establecida en el tipo penal convierte al sistema penal o criminalización terciaria como una burla.

En ese aspecto, para comprensión citaremos los beneficios que establece la condena no pronunciada que son los siguientes: a) variar la pena de efectiva a suspendida, b) no registra antecedentes judiciales, c) olvida la responsabilidad del delito y el injusto y d) posibilidad de cometer un nuevo delito y no ser considerado como reincidente. De todo lo señalado debemos de sostener que, en un Estado Constitucional de Derecho, las normas sustantivas y adjetivas deben de estar en coherencia con la Constitución Política, esto ha menester de que la norma constitucional se forma a través de la voluntad popular manifestado por la soberanía

que existe, en ese sentido, la democracia sustancial **según la concepción de Luigi Ferrajoli está determinada por los derechos fundamentales.**

En ese orden de ideas, Ferrajoli (2011b, p. 21) denota que la democracia sustancial se:

“(…) refiere a **“sustancia” de las decisiones tanto los límites fundamentales correspondientes a los derechos individuales sean de libertad o de autonomía (el “qué no debe decidir”) como los vínculos fundamentales correspondiente a los derechos sociales (el “qué se debe decidir”)**”

Finalmente, la controversia se sitúa en que **la condena no pronunciada es contraria a lo establecido por los derechos fundamentales al crear un escenario de desigualdad al momento de imponer la sanción penal**, en esas circunstancias, para alcanzar el paradigma del Estado Constitucional de Derecho se debe de **cumplir con la sustancialidad de la democracia, a fin de garantizar los derechos sociales sostenidos por la voluntad popular.**

TERCERO. – Ahora bien, para comprender la controversia que existe debemos de citar un caso: Imaginemos que **Julio comete el delito de defraudación, en su vertiente fraude en la administración de personas jurídicas y falsedad ideológica, en agravio de la empresa en donde laboraba, por tal delito, lo sentenciaron a cuatro años de pena privativa de libertad; bajo la modalidad de suspensión de ejecución de la pena por dos años.** Por consecuente, le fijaron **reglas de conducta; dentro de estas se encontraba restituir la suma de dinero que sustrajo lo cual fue doscientos cincuenta mil novecientos dólares americanos** para que sean efectuados en cuarenta y cinco días calendario, del mismo modo **también le fijaron reparación civil por cuarenta mil soles.**

En ese sentido, transcurrido el tiempo este **no logra pagar la restitución del dinero sustraído fundamentando que no tiene las condiciones económicas para pagar**; por lo cual, solamente **cumple con pagar la reparación civil**, en consecuencia, la parte agraviada apela la decisión en la **segunda instancia con la finalidad que se revoque la suspensión de la pena y sea efectiva**, ya que no cumple **con las reglas de conducta establecidas dentro de la sentencia**. A lo que responde **el Órgano Jurisdiccional en menester de lo invocado y en vista del principio de legalidad el a quo adecua los efectos del artículo 61 del Código Penal** sobre la condena no pronunciada considerando que el sentenciado **cumplió con las reglas de conducta**, por ello, a fin de garantizar el principio de legalidad y la función de la administración de la justicia fallaron en aplicar la **condena no pronunciada de forma inmediata al sentenciado**.

En ese sentido, la sentencia quedo consentida, **la parte agraviada no contenta con la resolución llevo a la Corte Suprema a través de un recurso de nulidad**, asimismo, **el fallo resulto siendo el mismo en menester del principio de legalidad**. **El presente caso pareciera ser hipotético, pero es real y lo podemos encontrar en el Recurso de Nulidad N 1592 – 2012. Piura**, claro está bajo otros personajes, pero con la misma noción fáctica y legal, al respecto, **el fallo de mencionada sentencia nos conlleva a preguntarnos ¿si en realidad se hizo justicia?** el delincuente a través de **argucias logró no pagar la restitución del dinero sustraído y también logró quedar en libertad y sin ningún antecedente judicial, por el injusto penal que cometió**.

Es así como, ratificamos que la figura jurídica de la condena no pronunciada **permite que se burlen del sistema penal, esto como consecuencia de las diferentes circunstancias que podría girar en torno a la posición de la sanción penal**, en ese

aspecto consideramos que esta figura jurídica no tiene ninguna **trascendencia dentro del ordenamiento jurídico, y además no guarda seguridad jurídica para la sociedad**, por ende, debe de ser derogada.

CUARTO. – Como hemos sostenido anteriormente, para Luigi Ferrajoli **la democracia sustancial ha tomado forma a través de la constitución democrática conmemorando así el viejo modelo de la democracia formal**, esto se debió a que **la sustancialidad está basada a través de la racionalidad sustancial enfocada en los derechos fundamentales**, es por ello, que **la innovación jurídica fue establecer un Estado Constitucional de Derecho en donde emerge de la teoría garantista**, en este sentido, si bien existe a través de este paradigma **nuevos parámetros de validez que pueden llegar a ser expectativas positivas y negativas que forman en sí los derechos de libertad y los derechos sociales**.

Además, para comprender **la democracia sustancial debemos de partir por la democracia formal**, es así que esta última se da a través de un grupo de normas **supra ordenadas que forman un criterio de validez frente a las demás normas**, esto será como consecuencia de los criterios formales que **establecen los órganos habilitados con la finalidad de tomar ciertas decisiones a través de los procedimientos establecidos**; en cambio, en la **democracia sustancial además de tener un criterio de validez (del formalismo) contiene elementos de coherencia constitucional formada por la misma soberanía popular**, es así que **la sustancia de la democracia está determinada por los derechos fundamentales que han formado los mismos ciudadanos en una asamblea constituyente**, la que como se dijo está exenta de manipulaciones.

En ese sentido, el dilema que se presta **en la condena no pronunciada es que se genera a través de su aplicación un escenario de incertidumbre que proporciona desigualdad al momento de determinar la pena**, desde un punto de vista crítico, **su efecto jurídico es nocivo para la prevención general y especial, de la pena porque no sea adecuada a la finalidad del derecho penal** (la cual es parte de la democracia sustancial o fin de la pena en el Estado peruano), de tal suerte que, la **benignidad que se le da al criminal** es impropia para la democracia sustancial porque trastoca el interés nacional, más no legal, ya que desde una democracia formal, jamás se podrá derogar esta norma. Por ello, lo postulado Ferrajoli con respecto al paradigma del Estado Constitucional de Derecho se **sostiene a través de la democracia sustancial que no es otra cosa que respeto a las normas supra ordenadas en función al derecho constitucional**, en consecuencia, **no se estaría consolidando un Estado Constitucional de Derecho**, porque algunas normas son contrarias al ordenamiento jurídico y desnaturaliza el propósito del derecho penal y sobre todo a las metas de la soberanía.

En conclusión, se ha podido evidenciar que **el derecho sustancial del paradigma del Estado Constitucional de Derecho** ha evaluado como negativa a la condena no pronunciada, ya que dicha norma **no se encuentra en concordancia al derecho fundamental y no existiría consigo un Estado garantista**, esto como consecuencia de los efectos de la condena no pronunciada en donde vulnera no solamente el marco jurídico y constitucional, **sino que también se extiende a no resguardar los derechos vitales como razón social que justifica no solamente a los derechos de algunos sino de todos**, además la parte dura del derecho sustancial se presta a la protección del derecho fundamental, **que de carácter universal y que protege la igualdad, democracia, la paz y sobre todo la tutela al más débil (quienes somos todos en cualquier circunstancia de vulnerabilidad)**.

DISCUSIÓN DE LOS RESULTADOS

El trabajo de **investigación ha demostrado** que el paradigma del Estado Constitucional de Derecho de Luigi Ferrajoli sobre la condena no pronunciada no cabría en el Estado peruano, porque ésta última no se ajusta a la democracia sustancial, toda vez, que al ser tan flexible colisiona directamente con la finalidad de la teoría de la pena peruana debatida en una asamblea constituyente (sea del 79 o 93) porque permite el olvido del injusto penal que amerita ser sancionado. En ese aspecto, el derecho penal tiene como propósito castigar al que cometa un delito y dicho castigo debe de estar incoherencia con la lesión o puesta en peligro del bien jurídico protegido.

En ese contexto, se ha podido a lo largo de esta investigación evidenciar que la condena no pronunciada tiene efectos los siguientes beneficios: **a) variar la pena de efectiva a suspendida, b) no registra antecedentes judiciales, c) olvida la responsabilidad del delito y el injusto y d) posibilidad de cometer un nuevo delito y no ser considerado como reincidente.** Por lo que, imposibilita que el sentenciado pueda respetar las normas y no vuelva a cometer un nuevo delito.

Asimismo, se ha podido constatar que la democracia sustancial forma parte de la garantía primaria y secundaria debiéndose al respeto de la Constitución Política de cada estado, en ese sentido para poder alcanzar un Estado Constitucional de Derecho las normas deben de estar en función a una garantía que proporcione la efectividad de derechos fundamentales y de los derechos vitales.

Como **autocrítica** en la investigación se debería de ahondar más con respecto al paradigma del Estado Constitucional de Derecho, esto debido a que los postulados de Luigi Ferrajoli son abundantes y abstractos que requieren de una investigación más compleja y afianzada en poder implementarlos dentro de nuestro Estado peruano con el

propósito de alcanzar a la teoría garantista, por otro lado, como autocrítica no hemos podido obtener expedientes sobre la condena no pronunciada, ya que por su naturaleza una vez cumplidas las reglas de conductas estas pasan a ser destruidas.

En ese sentido, el hallazgo demostrado **se condice y se debate también con otras investigaciones** nacionales e internacionales, tales como la tesis titulada “El garantismo y el eficientísimo en el proceso penal peruano”, realizada por Sumire (2018), en esta investigación el autor tuvo como finalidad los factores claves y los requisitos indispensables para que se susciten las garantías dentro de una democracia sustancial, todo ello, para lograr incrementar de manera ostensible el ámbito garantista del derecho penal, el cual **se condice** con nuestro trabajo, esto debido a que el paradigma del Estado Constitucional del Derecho de Luigi Ferrajoli nos sitúa en respetar los derechos fundamentales y más si se trata referente al derecho penal en donde se pondera un derecho importantísimo como la libertad, en ese sentido el legislador debe de tener cuidado al momento de elaborar normas beneficiosas que perjudiquen todo el sistema penal.

Asimismo, como investigación nacional tenemos a la tesis titulada “La negación de la finalidad del proceso penal por acción del neo punitivismo. El caso peruano. El caso de la prohibición del beneficio de la suspensión del cumplimiento de la pena privativa de la libertad”, por Ríos (2019), en esta investigación el autor sostiene en develar que en el Perú el legislador, el juzgador y administrador prefieren a un mecanismo pragmático que no son equivalentes con los postulados filosóficos del derecho, ni al sentido de sancionar o de declarar una condena no pronunciada, en relación con los resultados obtenidos en la presente investigación, podríamos llegar a advertir que la figura de la condena no pronunciada no tiene fundamento para que siga siendo parte del Derecho Penal, ya que si

bien su flexibilidad es contrario con el propio sistema penal enervando el principio de proporcionalidad de las penas.

Finalmente, como investigación internacional tenemos a la “De la sociedad disciplinaria a la sociedad de control: la evolución de las formas control y sus mutaciones en las cárceles españolas”, de Peña (2019), en esta investigación el investigador sistemas de control en España no están cumpliendo con sus finalidades inclusive con la implementación de políticas de bienestar para los que han sido condenados se persiste en tal problemática, eso amerita una reforma, en ese sentido, se condice con nuestra investigación ya que la condena no pronunciada causa mayor indicio de reincidentes, esto debido a que no se les aprecia la realidad de un centro penitenciario.

Los **resultados obtenidos sirven** para que se pueda derogar el artículo 61 del Código Penal, ya que como parte del ordenamiento jurídico no guarda relación con los postulados de la democracia sustancial y consigo con los derechos fundamentales de la persona, en esa circunstancia se ha podido también apreciar que su razón legal es incoherente e insostenible, ya que toma los requisitos de la suspensión de la ejecución de pena pudiendo esta figura jurídica cumplir su función.

Aunado a todo lo mencionado, se puede manifestar a los **futuros investigadores que promuevan un estudio** sobre aquellos que han sido beneficiados por la suspensión de la ejecución de la pena y han vuelto a delinquir con la finalidad de no volver acogerse a la figura en cuestión.

Tras todo lo dicho, la propuesta **de mejora** se centra en la **derogación del artículo 61 del Código Penal** (condena no pronunciada) ya que visto desde un plano de la prevención general y especial estaría permitiendo que los delincuentes vuelvan a delinquir y esto se convierta en un círculo vicioso, así mismo, crea un escenario de desigualdad

evidenciándose una colisión con el principio de igualdad ante la ley que desmedra la democracia sustancial y las vías para llegar a ser un Estado Constitucional de Derecho.

A lo mencionado, es menester realizar un proyecto de ley, el cual derogará el artículo cuestionado, el cual seguirá la siguiente línea.

PROYECTO DE LEY QUE DEROGA

EL ARTICULO 61 DEL CÓDIGO PENAL PERUANO

1. Exposición de motivos

Se ha podido evidenciar que la condena no pronunciada tiene efectos los siguientes beneficios: **a) variar la pena de efectiva a suspendida, b) no registra antecedentes judiciales, c) olvida la responsabilidad del delito y el injusto y d) posibilidad de cometer un nuevo delito y no ser considerado como reincidente.** Por lo que, imposibilita que el sentenciado pueda respetar las normas y no vuelva a cometer un nuevo delito.

Asimismo, se ha podido constatar que la democracia sustancial forma parte de la garantía primaria y secundaria debiéndose al respeto de la Constitución Política de cada estado, en ese sentido para poder alcanzar un Estado Constitucional de Derecho las normas deben de estar en función a una garantía que proporcione la efectividad de derechos fundamentales y de los derechos vitales.

Por lo tanto, consideramos urgente la derogación de la norma en cuestión, ello pues, de continuar la vigencia de esta se estaría permitiendo la aplicación de normas con contenido arbitrario que lesionan derechos de orden fundamental.

2. Objeto de la ley

A través de la presente iniciativa se propone la 61 del Código Penal por atentar el Estado Constitucional de Derecho.

3. Artículos

Artículo 1°: Derogación del Artículo 61° del Código Penal peruano

Deróguese el artículo 61° del Código Penal peruano, quedando de la siguiente manera:

Artículo 61. – Condena no pronunciada

Derogado.

Artículo 2°: Vigencia

La vigencia de la presente ley será a partir del día siguiente de publicada en el Diario El Peruano.

4. Costo – beneficio

La presente iniciativa no trae consigo gasto alguno respecto al erario nacional menos aun generará algún gasto significativo a ningún sector, ello a razón de que, lo que se busca en realidad es retirar del cuerpo normativo jurídico normas que posean contenido arbitrario o que vulnerar derechos fundamentales. Conclusión a la cual se arribará después de someter a la norma en cuestión a un proceso de inconstitucionalidad. Permitiendo de esta manera que mediante la derogación del artículo 61° del Código Penal peruano, se protejan los derechos fundamentales e intereses del Estado peruano.

CONCLUSIONES

1. Se analizó que la filosofía del Estado Constitucional de Derecho según Ferrajoli influye positiva en la figura jurídica de la condena no pronunciada, esto porque en la actualidad el artículo 61 contraviene a la democracia sustancial (acuerdo popular sin subordinación de grupos de poder y estructuras legislativas internacionales), es decir, existe una incoherencia normativa, entonces el efecto de la condena no pronunciada está enfocada a un determinado grupo de ciudadanos para generar impunidad, lo cual trae consigo inseguridad jurídica, pues no está acorde a los fines de la teoría de la pena, técnica legislativa que no es compatible con la democracia sustancial, pero sí con la formal (Estado Constitucional clásico), porque a través de ésta última, no se puede derogar el artículo 61, pues no es inválida, ni inconstitucional.
2. Se identificó que la función de gobierno - garantía respecto a la filosofía del Estado Constitucional de Derecho según Ferrajoli influye de manera positiva en la figura jurídica de la condena no pronunciada, pues como se ha sostenido la función de gobierno y garantía están enfocadas en crear normas y hacer cumplir ellas, a través de garantías primarias y secundarias, esto es la de garantizar los derechos fundamentales (nacidas de la asamblea constitucional), por lo que, la condena no pronunciada no se estaría cumpliendo el fin por el cual fue debatido la teoría de la pena, esto es que, éste último promueve el olvido del resarcimiento a la víctima por el agraviado y del injusto penal del delincuente, dicho en pocas palabras es una norma que no contribuye al garantismo constitucional.
3. Se determinó que la democracia sustancial respecto a la filosofía del Estado Constitucional de Derecho según Ferrajoli influye de manera positiva en la figura

jurídica de la condena no pronunciada, todo ello porque como se ha señalado la posición de Luigi Ferrajoli sobre la democracia sustancial versa en mantener una coherencia sustancial o de contenido entre todo el ordenamiento jurídico a causa de que la constitución que ha nacido en una asamblea constituyente donde está la voluntad popular, la cual debería estar fuera de intromisiones como las de organizaciones de partidos políticos, tratados internacionales o intereses particulares, en ese sentido la condena no pronunciada colisiona directamente con los fines de la pena peruana, es decir, de la prevención especial y general creando un escenario de impunidad, ya que dicha norma (art. 61 del C.P.) independientemente que haya sido gestado por algún grupo de interés, ésta no está acorde al fin de la pena peruana.

RECOMENDACIONES

1. Se recomienda **llevar adelante el resultado** obtenido, esto es que la condena no pronunciada (art. 61 del C.P.) afecta la voluntad popular que se desarrolla en la democracia sustancial, la cual objetivamente está dentro de la Constitución Política de 1993, en donde se defiende la proporcionalidad de las penas, el sistema jurídico de prevención y la persecución del delito, ante esto existe una vulneración en su vertiente de derechos vitales, que refiere sobre los derechos fundamentales deben de ser garantizados para todos y no para algunos (entendida como los derechos del más débil).
2. Se recomienda el debido **adiestramiento** o capacitación a los operadores del derecho sobre la condena no pronunciada y la posición que existe con respecto al paradigma del Estado Constitucional de Derecho con la finalidad de que se pueda entender la posición de la teoría garantista que postula el Código Penal y Procesal Penal.
3. Se recomienda **tener cuidado en evidenciar** que la condena no pronunciada tiene como justificación reducir nuestra población penitenciaria, el Estado a través de políticas criminales establece un marco normativo que incentiva dar segundas oportunidades a los delincuentes, en consecuencia, el aplicar la condena no pronunciada no acredita que el delincuente no vuelva a cometer un nuevo delito, por ello, es incoherente su fundamentación y su *ratio legis*.
4. Se recomienda **llevar a cabo una nueva investigación** respecto a los efectos de la aplicación de la suspensión de la ejecución de la pena y su reincidencia en la realidad social por el propio beneficiario, esto como consecuencia de su dócil determinación al momento de ejecutar la pena efectiva por suspendida.

5. Se recomienda **publicar** los resultados de la presente investigación con la finalidad de poder ahondar en el mundo académico jurídico, por ello, sería necesario impartirlos en los foros académicos, a través de artículos de investigación, disertaciones, clases universitarias, entre otros.
6. Se recomienda **derogar** el artículo 61 del Código Penal, por ser contraria a la finalidad de la teoría de la pena peruana y consigo por crear un escenario de desigualdad e impunidad, la cual no se ajusta a un ECD.

REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS

- Abel, M. (2017). *La suspensión de la ejecución de la pena*. Editorial Tirant lo Blanch.
- Acosta, M. (2019). *El activismo jurisdiccional y el garantismo penal en la administración de justicia del Ecuador*. [Tesis para optar el grado de doctor. Universidad Técnica de Ambato]. Repositorio de tesis de la UTA de:
<https://repositorio.uta.edu.ec/handle/123456789/29525>
- Alpaca, J. (2019). *Injusto penal y teoría de las normas: consideraciones normológicas sobre el delito y la pena*. [Tesis para optar el grado de doctor. Universidad de León]. Repositorio de tesis de la UL de:
<https://core.ac.uk/download/pdf/267809096.pdf>
- Aranzamendi, L. (2010). *La investigación jurídica. Diseño del proyecto de investigación. Estructura y redacción de la tesis*. Grijley.
- Bacigalupo, E. (1999). *Derecho Penal, Parte General*. Editorial Hammurabi.
- Barja, J. (2002). *Introducción a la teoría jurídica del delito*. Editorial Marcial Pons.
- Bechara, A. (2019). *La carga invertida de los derechos fundamentales; el estado constitucional como principios y como garantías*. [Tesis para optar el grado de doctor. Universidad Autónoma de Barcelona]. Repositorio de tesis de la UAB:
<https://www.tesisenred.net/bitstream/handle/10803/670171/azbl1de1.pdf?sequence=1&isAllowed=y>
- Bramont, L. (1978). *Derecho Penal*. Editorial Gaceta Jurídica.
- Bramont, L. (2002). *Manual de Derecho Penal*. Editorial Grijley.

Bustos, J. (2004). *Derecho Penal*. Editorial Ara

Cabanellas, G. (1993). *Diccionario Jurídico Elemental*. undécima edición. Editorial Heliasta.

<https://drive.google.com/file/d/1Wfxom8xzv70M2aAYDNuPeCd7wjVryFQT/view>

Cabrera, D. (2018). *El Perú como estado constitucional de derecho y su afectación por la corrupción*. revista jurídica científica (11) 1-9.

<http://revistas.uss.edu.pe/index.php/SSIAS/article/view/932/791>

Campos, R. (2019). *La reinserción social de los infractores extranjeros en el Código Penal*. [Tesis para optar el grado de doctor. Universidad de Málaga]. Repositorio de tesis de la UM:

<https://core.ac.uk/download/pdf/288162332.pdf>

Carrasco, S. (2013). *Metodología de la investigación científica*. Quinta reimpresión. Editorial San Marcos.

Castillo, J. (2004). *Código Penal Comentado*. Editorial Gaceta Jurídica.

Código Penal de Argentina. (29/10/1921). Ley N° 11.179.

<http://servicios.infoleg.gob.ar/infolegInternet/anexos/15000-19999/16546/texact.htm>

Código Penal de Brasil. (07/12/1940). Decreto-Ley N° 2.848.

https://www2.senado.leg.br/bdsf/bitstream/handle/id/529748/codigo_penal_1ed.pdf

Creus, C. (1992). *Derecho penal parte general*. 3ª edición. Editorial Astrea.

- Farfán, F. (2021). *Teorías de los fines de la pena: la problemática aplicación de la prevención especial en la política criminal peruana*. *Revista Ius et veritas*, (62), 230 – 252. <file:///C:/Users/Usuario/Downloads/23908-Texto%20del%20art%C3%ADculo-94099-2-10-20210723.pdf>
- Feijóo, B. (2017). *Normativización del Derecho penal, teoría de la pena y realidad social*. Editorial Ediciones Jurídicas Olejnik.
- Ferrajoli, L. (1998). *Derecho y Razón*. Editorial Trotta.
- Ferrajoli, L. (2013a). *Principia iuris. Teoría del derecho y la democracia*. Tomo I. Editorial Trotta.
- Ferrajoli, L. (2013b). *Principia iuris. Teoría del derecho y la democracia*. Tomo II. Editorial Trotta.
- Ferrajoli, L. (2016). *Derechos y garantías*. Editorial Trotta.
- Gamboa, A. (2005). *La pena de prisión, Teoría y prevención*. Editorial Universidad Veracruzana de México.
- García, J. (2012). *La suspensión de la ejecución y sustitución de las penas*. Editorial Dykinson.
- García, J. (2015). *Las medidas alternativas al cumplimiento de las penas privativas de libertad*. Editorial Dykinson.
- García, G. & Martínez, V. (2014). *Diccionario constitucional chileno*. Cuadernos del Tribunal Constitucional.
- García, P. (2008). *Lecciones de Derecho Penal- Parte General*. Editorial Grijley.
- García, P. (2019). *Derecho Penal- Parte General*. Editorial Ideas.

- Guanarteme, F. (2016). *Una Teoría principalista de la Pena*. Editorial Marcial Pons.
- Guardiola, N. (2011). *Prevención, predicción y tratamiento, Condenados a penas privativas de libertad*. Editorial Diego Marín.
- Hernández, R., Fernández, C. & Batpista, M. (2010). *Metodología de la investigación*. MCGrawHill.
- Hornle, T. (2015). *Teorías de la pena*. Editorial Universidad del Externado de Colombia
- Hurtado, J. (2011). *Manual de Derecho Penal*. Editorial Idemsa.
- Jaén, M. (1999). *Cuestiones básicas del derecho penal*. Editorial Ábaco de Rodolfo Depalma.
- Jescheck, H. (1993). *Tratado de derecho penal. Parte general*. Editorial Comares.
- Llacsahuanga, R. (2009). Constitución y proceso penal. *Revista de la Facultad de Derecho de la Universidad Nacional de San Cristóbal de Huamanga*, (16), pp. 1-16. https://perso.unifr.ch/derechopenal/assets/files/articulos/a_20110107_02.pdf
- Luzón, D. (1978). *Derecho Penal Parte General*. Editorial Bosch.
- Luzón, D. (1999). *Curso de Derecho Penal. Parte General*. Editorial Universitas.
- Maletta, H. (2011). *Epistemología aplicada: Metodología y técnica de la producción científica*. Universidad Pacífico-Centro de investigación.
- Manzanares, J. (2008). *Suspensión, sustitución y ejecución de las penas privativas de libertad*. Editorial Comares.
- Mir, S. (2011). *Derecho Penal. Parte General*. Editorial Montevideo.
- Miró-Quesada Cantuarias, F. (2003). *Ratio interpretandi*. Editorial Universitaria, Universidad Ricardo Palma.

- Muñoz, F. (1998). *Derecho Penal, Parte General*. Editorial Tirant lo Blanch.
- Nel, L. (2010). *Metodología de la investigación. Estadística aplicada en la investigación*. Macro.
- Neria, M. (2018). *El poder constituyente permanente en México y en el problema de los límites de la reforma constitucional*. Revista estudios constitucionales, (16) pp. 67-98.
https://scielo.conicyt.cl/scielo.php?pid=S0718-52002018000100067&script=sci_arttext&tlng=p
- Osset, N. (2016). *Suspensión de la pena privativa de libertad*. Editorial Ministerio del Interior.
- Ossorio, M., & Cabanellas, G. (2015). *Diccionario de Derecho*. Heliasta S.R.L.
- Peña, J. (2019). *De la sociedad disciplinaria a la sociedad de control: la evolución de las formas de control y sus mutaciones en las cárceles españolas*. [Tesis para optar el grado de doctor. Universidad Complutense de Madrid]. Repositorio de tesis de la UCM:
<https://core.ac.uk/download/pdf/267809096.pdf>
- Prado, V. (1995). *La función de la pena, en Derecho Penal*. Editorial Grijley.
- Prado, V. (1998). *Las medidas alternativas a las penas privativas de libertad en el Código Penal Peruano*. Universidad Nacional Mayor de San Marcos.
https://sisbib.unmsm.edu.pe/bibvirtual/publicaciones/cathedra/1998_n3/la_med_alt_priv_lib.htm

Prado, V. (s/f). *La conversión de penas privativas de libertad en el derecho penal peruano y su aplicación judicial*.

https://perso.unifr.ch/derechopenal/assets/files/anuario/an_1997_11.pdf

Quintana, I. (2019). *Poder constituyente derivado y control constitucional en Ecuador. análisis normativo y jurisprudencial* [Tesis de maestría, Universidad Andina Simón Bolívar]. Repositorio de tesis de la UASB.

<https://repositorio.uasb.edu.ec/bitstream/10644/6875/1/T2947-MDC-Quintana-Poder.pdf>

Quintores, G. (1996). *Curso de Derecho Penal. Parte General*. Editorial Marcial Pons.

Reynoso, R. (1996). *Teoría general de las sanciones penales*. Editorial Porrúa.

Ríos, G. (2019). *La negación de la finalidad del proceso penal por acción del neo punitivismo. El caso peruano. El caso de la prohibición del beneficio de la suspensión del cumplimiento de la pena privativa de la libertad*. Revista de la Facultad de Derecho, (46), pp. 1 – 29.

<http://www.scielo.edu.uy/pdf/rfd/n46/2301-0665-rfd-46-380.pdf>

Salas, A. (2019). *Sanción penal y modernas tendencias del derecho penitenciario*. [Tesis para optar el grado de doctor. Universidad Andina del Cuzco]. Repositorio de tesis de la UAC.

<https://repositorio.uandina.edu.pe/bitstream/handle/20.500.12557/3232/RESUMEN.pdf?sequence=1>

San Martín, C. (2020). *Derecho procesal penal – lecciones*. Editorial INPECCP – CENALES.

Sánchez, D. (2020). *Materiales preliminares para un análisis crítico del poder constituyente*. Revista telemática de filosofía del derecho, 2020 (23), pp. 47-77.

<http://www.rtf.d.es/numero23/03-23.pdf>

Sánchez H & Reyes C. (1998). *Metodología y diseños en la investigación científica*. Editorial Mantaro.

Sánchez, F. (2016). *La investigación científica aplicada al Derecho*. Normas Jurídicas Ediciones.

Sumire, E. (2019). *El garantismo y el eficientísimo en el proceso penal peruano: estudio de casos en las provincias altas del distrito judicial de cusco*. [Tesis para optar el grado de doctor. Universidad Nacional de San Agustín de Arequipa]. Repositorio de tesis de la UNSAA. <http://repositorio.unsa.edu.pe/handle/UNSA/8743>

Velázquez, A. & Rey, N. (2010). *Metodología de la investigación científica*. Editorial San Marcos.

Villa, J. (1998). *Derecho Penal. Parte General*. Editorial San Marcos.

Villa, J. (2008). *Derecho penal parte general*. Grijley.

Villavicencio, F. (2006). *Derecho Penal Parte General*. Editorial Gr

ANEXOS

MATRIZ DE CONSISTENCIA

Tabla 4. Matriz de consistencia

FORMULACIÓN DEL PROBLEMA	OBJETIVOS DE LA INVESTIGACIÓN	CATEGORÍAS	METODOLOGÍA
PROBLEMA GENERAL	OBJETIVO GENERAL	Categoría 1 La filosofía de Luigi Ferrajoli	Tipo y nivel de investigación La investigación es de tipo “aplicado” con un nivel “descriptivo” y un enfoque cualitativo.
¿Cómo la filosofía del Estado Constitucional de Derecho según Ferrajoli influye a la figura jurídica de la condena no pronunciada del Código Penal peruano, 2022?	Analizar como la filosofía del Estado Constitucional de Derecho según Ferrajoli influye a la figura jurídica de la condena no pronunciada del Código Penal peruano, 2022.	Subcategorías: • Democracia sustancial • Función de gobierno-garantía	Diseño de investigación Observacional
PROBLEMAS ESPECÍFICOS	OBJETIVOS ESPECÍFICOS	Categoría 2 Condena no pronunciada	Técnica de Investigación Investigación documental, es decir, se usó solo los libros.
¿Cómo la función de gobierno - garantía respecto a la filosofía del Estado Constitucional de Derecho según Ferrajoli influye a la figura jurídica de la condena no pronunciada del Código Penal peruano, 2022?	Identificar como la función de gobierno - garantía respecto a la filosofía del Estado Constitucional de Derecho según Ferrajoli influye a la figura jurídica de la condena no pronunciada del Código Penal peruano, 2022.	Subcategorías: • Política criminal • Teorías de la pena • Suspensión de la pena • Reglas de conducta	Instrumento de Análisis Se hizo uso del instrumento del fichaje.
¿Cómo la democracia sustancial respecto a la filosofía del Estado Constitucional de Derecho según Ferrajoli influye a la figura jurídica de la condena no pronunciada del Código Penal peruano, 2022?	Determinar como la democracia sustancial respecto a la filosofía del Estado Constitucional de Derecho según Ferrajoli influye a la figura jurídica de la condena no pronunciada del Código Penal peruano, 2022.		Procesamiento y Análisis Los datos, que son las fichas, se procesaron por la argumentación jurídica a fin de teorizar los objetivos específicos.
			Método General Se utilizó el método científico.
			Método Específico Se puso en práctica la interpretación exegética e interpretación sistemático-lógica.

Fuente: Elaboración propia

CONSENTIMIENTO INFORMADO

La misma situación que las consideraciones éticas, el consentimiento informado tiene la misma naturaleza, es decir, que no es necesario, ni obligatorio tener los permisos de la persona a quién se va a aplicar los instrumentos de recolección de datos, ya que la presente tesis es de carácter cualitativo - teórica, por ello, no es necesario ningún consentimiento informado.

EVIDENCIAS FOTOGRÁFICAS

Al no ser un trabajo de campo, no ameritó tomar fotografía alguna, pues fue un trabajo de análisis documental.

COMPROMISO DE AUTORÍA

En la fecha, yo José Antonio Bastidas Cajahuaringa, identificado con DNI N° 41093382, domiciliado en el jirón Manco Cápac N° 1029 del distrito y provincia de Jauja, ex alumno de la Unidad de Posgrado de la Facultad de Derecho y Ciencias Políticas de la Universidad Peruana Los Andes, me COMPROMETO a asumir las consecuencias administrativas y/o penales que hubiera lugar si en la elaboración de mi investigación titulada: “CRITICA FILOSOFICA DEL ESTADO CONSTITUCIONAL DE DERECHO SEGÚN FERRAJOLI A LA CONDENA NO PRONUNCIADA PERUANA, 2022”, se haya considerado datos falsos, falsificación, plagio, etc. Y declaro bajo juramento que mi trabajo de investigación es de mi autoría y los datos presentados son reales y he respetado las normas internacionales de citas y referencias de las fuentes consultadas.

Jauja, 20 de julio de 2022.



JOSE ANTONIO BASTIDAS CAJAHUARINGA

DNI N° 41093382

