

Una breve aproximación al garantismo penal

A brief approach to criminal guarantee

VILLEGAS SALAZAR, Saúl Alexander(*)

SUMARIO: I. Introducción. II. Teoría del Garantismo Penal. 2.1. Positivismo jurídico y la filosofía analítica. 2.2. III. Aproximación al Garantismo Penal. IV. Garantismo Penal y estricta legalidad. V. Vigencia y validez de la norma jurídica. VI. Conclusiones. VII. Lista de referencias.

Resumen: El presente artículo, tiene como propósito dar luces de los alcances establecidos doctrinariamente sobre el garantismo penal como parte del constitucionalismo, y a partir de ello establecer la resultante de la positivación de derechos fundamentales, como límites de la legislación positiva, pues hemos dejado de lado, la idea de el principio de mera legalidad, por lo que partiremos por establecer la teoría del garantismo penal desde el positivismo jurídico y la filosofía analítica, así como dar una aproximación al garantismo penal; para posteriormente llegar a establecer la relación entre el garantismo y la estricta legalidad, y su injerencia en la vigencia y validez de la norma jurídica.

(*) Abogado egresado de la Facultad de Derecho y Ciencias Políticas de la Universidad Nacional de Cajamarca; Maestro en Ciencias con mención en Derecho Penal y Criminología; Doctorando en Derecho por la Universidad Nacional de Cajamarca. Docente de la Facultad de Derecho y Ciencias Políticas de la Universidad Nacional de Cajamarca. Socio y director del área Penal del Estudio Mejía, Céspedes & Villegas – Abogados. Correo electrónico: svillegas@mejiasaucedo.com

Palabras Clave: Garantismo Penal, estricta legalidad, mera legalidad, vigencia y validez de la norma jurídica.

Abstract: *The purpose of this article is to shed light on the scope established by doctrine on criminal guarantees as part of constitutionalism, and from this to establish the result of the positivization of fundamental rights, as limits of the positive legislation, since we have left aside, the idea of the principle of mere legality, so we will start by establishing the theory of criminal guarantees from legal positivism and analytical philosophy, as well as giving an approximation to criminal guarantees; to later get to establish the relationship between the guarantee and the strict legality, and its interference in the validity and validation of the legal norm.*

Key words: *criminal guarantees, strict legality, mere legality, validity and validation of the legal norm.*

I. Introducción

Conforme apunta la profesora María Revelles Carrasco (S.F. p. 2), el Derecho penal es la rama del ordenamiento jurídico que se encuentra más ligada a la Constitución, pues esta afecta de manera más violenta la esfera de libertad del individuo en contra posición a la protección de bienes jurídicos; de igual manera, conforme apuntaba Franco Bricola citado por Massimo Donnini (2011), el derecho penal siempre está ligada a la protección de bienes jurídicos de orden constitucional, como la vida, el patrimonio, el medio ambiente, la administración pública, entre otros, por lo que debemos hablar de una constitucionalización del Derecho penal.

Sin embargo, actualmente, muchas de la disposición normativa contenidas en la parte especial del Código Penal Peruano, han generado cierta controversia respecto a su afectación a los principios que rigen el ordenamiento penal como el principio de lesividad, proporcionalidad, ultima ratio, mínima intervención, principios considerados como límites al *Ius Puniendi* del Estado.

Es este sentido, debiendo señalar que *prima facie*, las disposiciones normativas del Código Penal son válidas, pues, desde el punto de vista formal ha sido emitida por un órgano competente y conforme a un procedimiento legal predeterminado; sin embargo, el problema sucede al analizar su validez desde un punto de vista material, pues si analizamos detenidamente, existe discordancia conforme a lo establecido en la norma superior y los principios que limitan el ejercicio del *Ius Puniendi*.

Por otro lado, el paradigma del constitucionalismo garantista conlleva a que un modelo de Derecho Penal, cuyo cimiento se encuentran en la Constitución Política, limite lo estrictamente necesario, pues, si bien los principios mencionados constituirán límites al ejercicio del *Ius Puniendi* y del contenido de una norma

penal. Así también, debemos indicar que, la ley penal debe tener por objeto la protección del contenido constitucionalmente protegido de un derecho fundamental el bien jurídico; debiendo resaltar que el neoconstitucionalismo ha generado un proceso de constitucionalización de todo el orden jurídico, especialmente el ordenamiento penal, al entrar en conflicto bienes jurídicos, lo que se viene conociendo como programa penal constitucional.

II. Teoría del Garantismo Penal

2.1. Positivismo jurídico y la filosofía analítica

Conforme a lo señalado Norberto Bobbio, en el prólogo del libro de Ferrajoli (1995) «Derecho y Razón. Teoría del Garantismo Penal», se pone en relieve que el bagaje de Ferrajoli se nutre, básicamente, de dos pilares: el positivismo jurídico en la orientación teórica, y la filosofía analítica en cuanto al método.

Siendo ello así, es necesario precisar que como apuntó Hoerster existen 5 variantes del positivismo jurídico, las mismas que son:

- 1) La tesis de la ley: el concepto de derecho tiene que ser definido a través del concepto de ley, 2) la tesis de la neutralidad: el concepto de derecho tiene que ser definido prescindiendo de su contenido, 3) la tesis de la subsunción: la aplicación del derecho puede llevarse a cabo en todos los casos mediante una subsunción libre de valoraciones. 4) la tesis del subjetivismo: los criterios del derecho recto son de naturaleza subjetiva; y, 5) la tesis del legalismo: las normas del derecho deben ser obedecidas en todas las circunstancias. (Hoerster, 1992, p. 11)

A partir de la conjugación de dichas tesis propuestas, podemos afirmar que el garantismo penal se centrara en cuanto a la tesis de la neutralidad y la tesis del subjetivismo, pues va a buscar como una de sus consecuencias, la aplicación coherente del orden jurídico desde un constitucionalismo rígido.

Así también, se habla del garantismo penal desde el punto de la filosofía analítica del derecho, pues, este ha renunciado a la concepción de una teoría pura o formal del derecho, es decir, como manifestación de un poder soberano, que como ha referido Dworkin (1980) se entendía la noción de ley o norma jurídica como una clase determinada de norma que presupone la idea de derecho como institución social, porque solo las normas promulgadas o elaboradas dentro de tal institución pueden ser verdaderas leyes, las mismas que originaban que el juez sea la boca de la ley o simplemente se lo considere como un autómatas aplicador de leyes, como propugnaba Montesquieu.

Esta renuncia, se debe a que, como ha explicado Norberto Bobbio:

Como ocurre en la mayor parte de las constituciones modernas la constitucionalización de los Derechos naturales, el tradicional conflicto entre derecho positivo y derecho natural, y entre positivismo jurídico iusnaturalismo, ha perdido gran parte de su significado, con la consecuencia de que la divergencia entre lo que el derecho es lo que el derecho debe ser, expresada tradicionalmente bajo la forma de contraste entre la ley positiva y la ley natural, se ha ido transformando en la divergencia entre lo que el derecho es lo que el derecho debe ser en el interior de un mismo ordenamiento jurídico. (Ferrajoli, 1995, p. 17)

Es decir, el garantismo como filosofía analítica se aparta de la concepción de que el derecho es siempre una realidad no natural sino artificial, construida por los hombres, representando así un cambio en cuanto a la teorización rigurosa del orden jurídico actual con todos sus rasgos caracterizadores, incluida la diferenciación de planos normativos la consistente dimensión valorativa del de mayor rango (Ferrajoli, 2004).

Ello supone, como bien lo expresa Perfecto Ibáñez, el cambio de paradigma que supone el constitucionalismo rígido respecto del viejo modelo del positivismo jurídico. Es lo que implica el tránsito del viejo Estado legislativo de derecho al Estado constitucional de derecho, pues:

La función de garantía del derecho resulta actualmente posible por la específica complejidad de su estructura formal, que, en los ordenamientos de Constitución rígida, se caracteriza por una doble artificialidad; es decir, ya no sólo por el carácter positivo de las normas producidas, qué es el rasgo específico del positivismo jurídico, sino también por su sujeción al derecho, qué es el rasgo específico del Estado constitucional de derecho. (Ferrajoli, 2004, p. 19)

III. Aproximación al Garantismo Penal

Debemos recordar que dentro de la corriente *iusfilosófica* del positivismo, encontramos al garantismo, el mismo que conlleva a saber que, conforme explica Luigi Ferrajoli (2016),

El terreno sobre el que se ha producido la expansión del significado de «garantías» es el derecho penal. En particular, la expresión «garantismo», en el sentido restringido de «garantismo penal», aparece, en el ámbito, de la cultura jurídica italiana de izquierda de la segunda mitad de los años setenta, como respuesta teórica a la legislación y la jurisdicción de emergencia que,

de aquel momento en adelante, han ido reduciendo, de diversas maneras, el ya debilitado sistema de garantías del correcto proceso. En este sentido, el garantismo enlaza con la tradición clásica del pensamiento liberal. Y expresa la demanda, propia de la ilustración jurídica, de la tutela de los derechos a la vida, a la integridad y a la libertad personal contra ese «terrible poder», como lo denominó Montesquieu, que es el poder punitivo. (p. 22)

Siendo ello, diríamos que el garantismo penal es el fruto de la tradición jurídica ilustrada y liberal, básicamente el modelo de Derecho Penal liberal; por ello un derecho penal desde el paradigma garantista, necesariamente tiene que limitar la amenaza a los derechos del individuo, especialmente el derecho a la libertad personal, para lo cual se tendrá que limitar lo estrictamente necesario, ello en base al respeto de los principios sobre los que se fundamenta el sistema penal, y que constituyen límites al ejercicio del *Ius Punendi* y del contenido de una norma penal.

Así pues, refiere Ferrajoli (1995) que,

El garantismo penal de matriz ilustrada no es solo el producto de su fragilidad epistemológica, sino también de la falta de claridad de su fundamento axiológicos. En los siglos XVII y XVIII El derecho penal constituyó el terreno en el que principalmente y fue delineándose el modelo de Estado de derecho. con referencia al despotismo punitivo como el iusnaturalismo ilustrado llevó adelante su batalla contra la intolerancia política y religiosa y contra el árbitro represivo del *ancien régime*, y fue sobre todo a través de la crítica de los sistemas penales y procesales cómo se fueron definiendo, los valores de la cultura jurídica moderna: el respeto a la persona humana, los valores «fundamentales» de la vida y de la libertad personal, el nexo entre legalidad y libertad, separación entre derecho y moral, la tolerancia, la libertad de conciencia y de palabra, los límites a la actividad del Estado y la función de tutela de los derechos de los ciudadanos como su fuente primaria de legitimación. (p. 24)

Sin embargo, en la actualidad vemos una crisis del garantismo penal ello debido a que no existen políticas criminales que moldeen socialmente las actividades del Estado en cuanto a la formulación de nuevos tipos penales, evidenciándose de esta forma lo que Ferrajoli considera cómo hiper inflación legislativa, afectándose uno de los principales pilares que es el principio de legalidad.

Con relación a la crisis antes mencionada, el garantismo cómo vertiente de la corriente del neopositivismo específicamente centrada en lo que se conoce como constitucionalismo trata de propugnar una solución desde su punto de vista, en el entendido que, centra su atención en la configuración de los ordenamientos esta-

tales democráticos con la generalización de la Constitución rígida y, con sujeción al derecho internacional referente a la protección de derechos fundamentales, es por esto último qué hablamos no solamente de un constitucionalismo sino que se debe referir a una transformación del paradigma *paleo-positivista*, a uno más moderno y actual.

Ferrajoli (1995) ha señalado que el modelo garantista del derecho penal y procesal, tienen como principal fundamento a los principios axiológicos fundamentales, los mismos que derivan de la formulación de los siguientes términos: pena, delito, ley, necesidad, ofensa, acción, culpabilidad, juicio, acusación, prueba y defensa; siendo estos, los que cumplen una función de garantía jurídica para la afirmación de la responsabilidad penal y para la aplicación de la pena.

Es a partir, de estos términos cuya función es de estricta garantía jurídica, sobre los cuales Ferrajoli (1995) ha establecido el sistema garantista o de estricta legalidad, que se trata de un modelo límite, y cuya axiomatización resulta de la adopción de 10 axiomas o principios axiológicos fundamentales no derivables entre sí, las mismas que son:

- A1 *Nulla poena sine crimine.*
- A2 *Nullum crimen sine lege.*
- A3 *Nulla lex (poenalis) sine necessitate.*
- A4 *Nulla necessitas sine iniuria.*
- A5 *Nulla iniuria sine actione.*
- A6 *Nulla actio sine culpa.*
- A7 *Nulla culpa sine iudicio.*
- A8 *Nullum iudicium sine accusatione.*
- A9 *Nulla accusatio sine probatione.*
- A10 *Nulla Probatione sine defensione.*

Así también Ferrajoli (1995) llama a estos principios, además de garantías penales y procesales por ellos expresadas:

- 1) principio de retributividad o de la sucesividad de la pena respecto del delito; 2) principio de legalidad, en sentido lato o en sentido estricto; 3) principio de necesidad o de economía del derecho penal; 4) principio de lesividad o de la ofensividad del acto; 5) principio de la materialidad o de la exterioridad de la acción; 6) principio de la culpabilidad o de la responsabilidad personal; 7) principio de jurisdiccionalidad, también en sentido lato o en sentido estricto; 8) principio acusatorio o de la separación entre juez y acusación; 9) principio de la carga de la prueba o de verificación; 10) principio del contradictorio, o de la defensa, o de refutación.

Estos diez principios, ordenados y conectados aquí sistemáticamente, definen —con cierto forzamiento lingüístico— el modelo garantista de derecho o de responsabilidad penal, esto es, las reglas del juego fundamental del derecho penal. (p. 93)

En atención a lo ya señalado, debemos resaltar que el garantismo penal, han generado en nuestro país el proceso de constitucionalización de todo el orden jurídico, especialmente el referido al Derecho Penal y a la justificación de esta desde las concepciones liberales y de la ilustración, lo que se viene conociendo como programa penal constitucional; ello en el sentido que, como señaló el Luigi Ferrajoli (2016) referente a los fundamentos del Derecho penal:

Este conjunto de constricciones constituye un coste que tiene que ser justificado. Recae no solo sobre los culpables, sino también sobre los inocentes. Si de hecho todos están sometidos a las limitaciones de la libertad de acción prescritas por las prohibiciones penales, no todos ni solo aquellos que son culpables de sus violaciones se ven sometidos al proceso y a la pena; no todos ellos, porque muchos se sustraen al juicio y más aún la condena; ni solo ellos, siendo muchísimos los inocentes forzados a sufrir, por la inevitable imperfección y falibilidad de cualquier sistema penal, el juicio, acaso la prisión preventiva y en ocasiones el error judicial. (p. 209)

IV. Garantismo Penal y estricta legalidad

Conforme hemos señalado, uno de los principios axiológicos fundamentales es el denominado convencionalismo penal, tal y como resulta del principio de estricta legalidad, el cual establece una determinación abstracta de lo que es punible, así pues, no solo debe ser entendido en el campo del derecho penal, con la famosa máxima de Von Feuerbach que consagra el Principio de Legalidad en lo Penal: «*nullum crimen, nulla poena sine lege praevia*», («No hay delito ni pena sin ley previa»); sino que dicho principio resulta fundamental de la corriente *iusfilosófica* del positivismo jurídico.

Esto último, pues como se explicó el positivismo jurídico clásico parte del supuesto de que el derecho no es más que la expresión positiva de un conjunto de normas dictadas por el poder soberano. Estas normas, que constituyen el derecho positivo, son válidas por el simple hecho de que emanan del soberano, no por su eventual correspondencia con un orden justo, trascendental, configuración que era entendida como una mera legalidad, que servía como metanorma de reconocimiento de las normas vigentes, fundamento que en el desarrollo histórico respaldaron graves atropellos como los cometidos por la Alemania Nazi, pues el fundamento de este positivismo clásico es que «una norma jurídica, cualquiera que sea su contenido, existe y es válida en virtud, únicamente, de las formas de su producción» (Ferrajoli, 2004, p. 66)

Así pues, Hart (1958) señalaba que en el pueblo Alemán (Nazi) la creencia de que el derecho es tal aunque no concuerde con las condiciones mínimas de moralidad. Esta terrible etapa de la historia incita más bien a indagar, por que el énfasis en el lema «La ley es la ley» y la distinción en el derecho y la moral tomaron en Alemania un cariz tan siniestro, mientras en otros sectores, como entre los utilitaristas mismos, les acompañaron las actitudes liberales más ilustradas (p. 621).

V. Vigencia y validez de la norma jurídica

Es en este orden de ideas pues, es que el constitucionalismo (incluido dentro de esta al garantismo penal) como nuevo paradigma, es la resultante de la positividad de derechos fundamentales, como límites de la legislación positiva, pues hemos dejado de lado, la idea de que el principio de mera legalidad era considerada suficiente garantía frente a los abusos de la jurisdicción y de la administración, se valore como insuficiente para garantizar frente a los abusos de la legislación y frente a las involuciones antiliberales y totalitarias de los supremos órganos desicionales. Es por lo que se redescubre el significado de «Constitución» como límite y vínculo a los poderes públicos establecidos hace ya dos siglos en el artículo 16 de la *declaración de derechos de 1789* (Ferrajoli, 2004, p. 67).

En este sentido, el cambio de paradigma de un positivismo de mera legalidad, al cual lo que únicamente importa es la forma de producción de la norma jurídica, al positivismo constitucionalista que importa como límite a la legislación positiva el respeto de derechos fundamentales y principios, afirmamos que nos encontramos ante la revolución a la que Ferrajoli denomina *Principio de estricta legalidad o de legalidad sustancial*, es decir:

Con el sometimiento también de la ley a vínculos ya no solo formales sino sustanciales impuestos por los principios y los derechos fundamentales contenidos en las constituciones. Y si el principio de mera legalidad había producido la separación de la validez y de la justicia y el cese de la presunción de justicia del derecho vigente, el principio de estricta legalidad produce la separación de la validez y de la vigencia y de la cesación de la presunción apriorística de validez del derecho existente. (Ferrajoli, 2004, p. 66)

En efecto, el sistema de normas sobre la producción de normas —habitualmente establecido, en nuestros ordenamientos, con rango constitucional— no se componen solo de normas formales sobre la competencia o sobre los procedimientos de formación de las leyes, incluye también normas sustanciales, como el principio de igualdad y los derechos fundamentales, que de modo diverso limitan

y vinculan al poder legislativo excluyendo o imponiéndole determinados contenidos. Así, una norma —por ejemplo, una ley que viola el principio constitucional de igualdad— por más que tenga existencia formal o vigencia, puede muy bien ser inválida y como tal susceptible de anulación por contraste como una norma sustancial sobre su producción. (Ferrajoli, 2016)

En cuanto a la vigencia y validez de la norma Ferrajoli (2004) explica que:

Se trata, pues, de dos conceptos asimétricos independientes entre sí: la vigencia guarda relación con la forma de los actos normativos, es una cuestión de subsunción o de correspondencia de las formas de los actos productivos de normas con las previstas con las normas formales sobre su formación; la validez, al referirse al significado, es por el contrario una cuestión de coherencia o compatibilidad de las normas producidas con las de carácter sustancial sobre su producción en términos que Kelsenianos: la relación entre normas producidas y normas sobre la producción es, en el primer caso, de tipo nomodinámico y, en el segundo, de tipo nomoestático; y la observancia (o la inobservancia) de las segundas por parte de las primeras se configura en el primer caso como aplicación (o inaplicación) y en el segundo como coherencia (o contradicción). (p.21)

Entonces de lo antes señalado podemos concluir que, la ley penal debe tener por objeto la protección del contenido constitucionalmente protegido de un Derecho Fundamental, lo que llevado a la teoría del delito específicamente a la tipicidad objetiva, vendría a ser el bien jurídico protegido, que conforme señala Roxin (2010), son circunstancias o finalidades que son útiles para el individuo y su libre desarrollo en el marco de un sistema social global estructurado sobre la base de esa concepción de los fines o para el funcionamiento del propio sistema (p. 56).

VI. Conclusiones

- En cuanto a lo expuesto, podemos concluir que el paradigma del constitucionalismo garantista conlleva a que un modelo de Derecho Penal, cuyo cimiento se encuentran en la Constitución Política del Perú limite lo estrictamente necesario, respetando los principios sobre los que se cimienta el pensamiento del derecho penal liberal, los que constituirán límites al ejercicio del *Ius Punniendi* y del contenido de una norma penal.
- Asimismo, la producción de normas —habitualmente establecido, en nuestros ordenamientos, con rango constitucional— no se componen solo de normas formales sobre la competencia o sobre los procedimientos de formación de

las leyes, incluye también normas sustanciales, como el principio de igualdad y el respeto de los derechos fundamentales, que de modo diverso limitan y vinculan al poder legislativo excluyendo o imponiéndole determinados contenidos.

VI. Lista de referencias

- DONNINI, M. (2011). Principios Constitucionales y Sistema Penal. Modelo y Programa. En Y. Montoya, *Criticas al funcionalismo normativista y otros temas actuales del Derecho Penal*. Lima : Palestra Editores SAC. (pp. 37-58)
- DWORKIN, R. (1980). *La filosofía del Derecho*. Londres: Fondo de Cultura económica - México.
- FERRAJOLI, L. (1995). *Derecho y razón. Teoría del garantismo penal*. (P. A. Ibáñez, Trad.) Madrid, España: Trotta S.A.
- FERRAJOLI, L. (2004). *Derechos y garantías. La ley del más débil*. (P. A. Ibáñez, Trad.) Madrid, España: Trotta.
- FERRAJOLI, L. (2016). *El paradigma garantista. Filosofía crítica del derecho penal*. Nápoles: Editorial Trotta S.A.
- HART, H. (1958). El positivismo y la independencia entre el derecho y la moral. *Harvard Law Review*(71).
- HART, H. (1961). *El concepto de derecho*. Oxford: AbeledoPerrot S.A.
- HOERSTER, N. (1992). *En defensa del positivismo jurídico*. Barcelona, España: Gedisa.
- REVELLES CARRASCO, M. (s.f.). *Constitución y Derecho Penal*. Recuperado el 14 de diciembre de 2018, de introducción al Derecho Penal: https://ocw.uca.es/pluginfile.php/1420/mod_resource/content/1/Constitucion_y_Derecho_penal.pdf
- ROXIN, C. (2010). *Derecho Penal. Parte General* (Quinta ed., Vol. I). Madrid, España: Civitas.

Justicia juvenil: derechos y garantías de los adolescentes en conflicto con la ley penal, en el contexto de la declaración de estado de emergencia sanitaria por COVID-19 en el Perú

Juvenile justice: rights and guarantees of adolescents in conflict with criminal law, in the context of COVID-19's state of health statement in Peru

PIMENTEL TELLO, María Isabel(*)

SUMARIO: I. Introducción. II. Visión de los derechos humanos de los adolescentes en conflicto de la ley penal desde el ámbito del corpus iuris internacional. III. Situación actual de los adolescentes en conflicto con la ley penal que cumplen medida socioeducativa de internación. IV. Alternativas que se presentan para los adolescentes en conflicto con la ley penal en torno a la normatividad emitida por la pandemia. V. Conclusiones. VI. Lista de referencias.

(*) Abogada por la Universidad Nacional Hermilio Valdizán de Huánuco, Doctora en Derecho, Maestra en Derecho Civil y Comercial por la Universidad Nacional de Cajamarca, Maestrante en Derecho de Familia e Infancia en la Universidad de Barcelona, Directora del Instituto de Investigaciones Jurídicas y Políticas de la Facultad de Derecho y Ciencias Políticas de la UNC, ex fiscal adjunta de la Cuarta Fiscalía Civil y de Familia de Cajamarca, arbitro y conciliadora extrajudicial, docente de pre y posgrado de la Universidad Nacional de Cajamarca.