

**UNIVERSIDAD NACIONAL DE ANCASH**  
**“SANTIAGO ANTÚNEZ DE MAYOLO”**  
**FACULTAD DE DERECHO Y CIENCIAS POLÍTICAS**  
**ESCUELA PROFESIONAL DE DERECHO**



**EFICACIA DEL IUS PUNIENDI DEL ESTADO FRENTE A  
LAS GARANTÍAS Y DERECHOS FUNDAMENTALES DEL  
IMPUTADO EN EL MARCO DE LAS NUEVAS FORMAS DE  
CRIMINALIDAD EN EL PERU**

**Tesis para optar el Título Profesional de Abogado**

Responsable de la investigación:

**Bach. ESPINOZA AMADO EDIZ LENER**

Asesor:

**Dr. LUIS WILFREDO ROBLES TREJO**

Huaraz – Perú

2015

## **AGRADECIMIENTOS**

*Mi más sincero agradecimiento, a mi familia por su apoyo incondicional en esta ardua tarea de ser cada día mejor.*

## **DEDICATORIA**

*A mi madre, el pilar inquebrantable, que siempre me sostiene y alienta a seguir adelante.*

## ÍNDICE

	<b>Pág.</b>
<b>RESUMEN</b> .....	7
<b>ABSTRACT</b> .....	8
<b>INTRODUCCIÓN</b> .....	9

### CAPÍTULO I

#### EL PROBLEMA Y LA METODOLOGÍA DE LA INVESTIGACIÓN

1.1. Descripción del problema .....	15
1.2. Formulación del problema .....	21
1.2.1. Problema general.....	21
1.2.2. Problemas específicos .....	22
1.3. Importancia del problema .....	22
1.4. Justificación y viabilidad.....	27
1.5. Formulación del objetivos.....	29
1.5.1. Objetivo general.....	29
1.5.2. Objetivos específicos .....	29
1.6. Formulación de hipótesis .....	30
1.6.1. Hipótesis general.....	30
1.6.2. Hipótesis específicas .....	30
1.7. Variables .....	31
1.8. Metodología .....	31
1.8.1. Tipo y diseño de investigación .....	31
1.8.2. Plan de recolección de la información y/o diseño estadístico.....	32
1.8.3. Instrumento(s) de recolección de la información.....	33

1.8.4. Plan de procesamiento y análisis de la información .....	33
1.8.5. Técnica de análisis de datos y/o información .....	34
1.8.6. Validación de la hipótesis .....	35

## **CAPÍTULO II**

### **MARCO TEÓRICO**

2.1. Antecedentes .....	37
2.2. Bases teóricas .....	39
2.2.1. El ius puniendi del Estado.....	39
2.2.2. El garantismo penal.....	48
2.2.3. Garantía y eficacia en el proceso penal.....	50
2.2.4. Garantías constitucionales en el proceso penal.....	51
2.2.5. Garantías procesales del imputado.....	74
2.2.6. Las nuevas formas de criminalidad.....	75
2.3. Definición de términos.....	81

## **CAPÍTULO III**

### **RESULTADO Y ANÁLISIS DE INFORMACIÓN**

3.1. Origen de la criminalidad organizada .....	86
3.2. Conceptualización de criminalidad organizada según el convenio de Palermo y posiciones doctrinales .....	89
3.3. Conceptualización de criminalidad organizada según la Ley N° 30077.....	102
3.4. Consecuencias de la criminalidad organizada en nuestro país .....	109
3.5. Análisis de la criminalidad organizada en la Ley N° 30077 .....	112

## CAPITULO IV

### VALIDACIÓN DE HIPÓTESIS

4.1. Validación de la hipótesis general.....	125
4.1.1 Crisis del Derecho Penal tradicional ante el aparecimiento de nuevos fenómenos.....	125
4.1.2 Características del Derecho Penal moderno y sus críticas.....	129
4.1.3 Relativización de las críticas dirigidas a la “expansión del Derecho Penal”.....	141
4.1.4. El discurso del Derecho Penal del enemigo como tercera velocidad del Derecho Penal.....	150
4.1.5. Pretendida legitimación del Derecho Penal del enemigo y sus objeciones.....	158
4.2. Validación de las hipótesis específicas.....	171
<b>CONCLUSIONES.....</b>	<b>184</b>
<b>RECOMENDACIONES.....</b>	<b>187</b>
<b>REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS.....</b>	<b>188</b>

## RESUMEN

El objetivo de la investigación fue determinar y analizar el tipo de relación que existe entre la eficacia del ius puniendi del Estado frente a las garantías y derechos fundamentales del imputado en el en el marco de las nuevas formas de criminalidad en el Perú; para lo cual se realizó una investigación dogmática, transversal, explicativo, no experimental, careciendo de delimitación temporal y espacial el problema por el tipo de investigación realizada. La unidad de análisis estuvo constituida por el análisis de la doctrina, jurisprudencia y normatividad. Se utilizaron como técnicas el fichaje y el análisis de contenido, utilizando como instrumentos de recolección datos las fichas y ficha de análisis de contenido respectivamente. Entre los método empleados tenemos al exegético, hermenéutico, argumentación jurídica. La investigación ha demostrado que en la lucha contra las nuevas formas de criminalidad exige que el Estado emplee su ius puniendi optando por hacer prevalecer el interés y tranquilidad pública frente a las garantías y derechos de los imputados; debido a que la delincuencia moderna se encuentra explorando nuevas formas de ejecutar conductas ilícitas, por ello ante esta circunstancia, el Derecho Penal debe crear otros mecanismos con el fin de hacer frente a estas formas de criminalidad, los mismos que vulneran y afectan los postulados del Estado Constitucional y del garantismo penal, priorizando la seguridad pública, tranquilidad pública frente a la garantía de la libertad y de los derechos constitucionales constituyen las manifestaciones de la tensión entre eficacia y garantía en el marco de las nuevas formas de criminalidad.

**Palabras claves:** Estado, Ius puniendi, Garantías, Derechos Fundamentales, Imputado, Nuevas formas de criminalidad.

## ABSTRACT

The aim of the research was to determine and analyze the type of relationship between the effectiveness of the right to punish the state against the guarantees and fundamental rights of the accused in the context of new forms of criminality in Peru; for which a dogmatic, cross, explanatory non-experimental research, lacking temporal and spatial delimitation of the problem by the type of research was conducted. The unit of analysis consisted of analysis of the doctrine, jurisprudence and regulations. The signing and content analysis were used as techniques, using data collection instruments tabs and tab content analysis respectively. Among the employees we have to exegetical method, hermeneutics, legal arguments. Research has shown that in the fight against new forms of crime requires the state to use its *ius puniendi* opting to uphold the public interest and tranquility against the guarantees and rights of the accused; because modern crime is exploring new ways to execute unlawful conduct, so at this circumstance, the criminal law should create other mechanisms to deal with these forms of crime, the same that undermine and affect the principles of State Constitutional and penal guarantees, prioritizing public safety, public order against the guarantee of freedom and constitutional rights are manifestations of tension between efficiency and security in the context of new forms of criminality.

**Keywords:** State, right to punish, Guarantees, Fundamental Rights, accused, new forms of criminality.



## INTRODUCCIÓN

El presente trabajo investigativo tiene como objetivo principal efectuar un breve análisis del fenómeno expansivo que ha experimentado el Derecho Penal en los últimos tiempos, caracterizado por la tendencia cada vez más acentuada a utilizar el ordenamiento punitivo como instrumento de gestión de los grandes problemas sociales, que ha desembocado en una –hasta hace poco– insospechada tipificación de nuevas conductas, así como en una creciente flexibilización de la reglas de imputación y de las clásicas garantías de orden sustantivo y procesal.

Lo cual ha originado un profundo debate entre dos posiciones antagónicas que pretenden, por un lado, seguir alimentando la propuesta de un discurso penal garantista con asistencia plena de las garantías propias de un Estado de Derecho; y, por otro, la consolidación de un discurso de la emergencia y la clara propuesta de lo que se ha catalogado como un “Derecho Penal del enemigo”, que se traduce en una propuesta de Derecho Penal máximo con un claro recorte de garantías constitucionales y procesales, habida cuenta del apareamiento de nuevas formas de delincuencia, como la criminalidad organizada, la criminalidad de las empresas, la corrupción político-administrativa y el abuso del poder, el terrorismo, etc.

Así, de la mano de quienes han explicado con claridad esta temática, procuraremos esbozar las principales causas de este fenómeno expansivo, que reflejan el contexto actual en el que se desenvuelve el que se ha dado por llamar “Derecho Penal moderno”, y cómo éste ha repercutido en el ámbito de aplicación de ciertos ordenamientos jurídicos, con el cambio –o al menos la flexibilización–

de las reglas clásicas de imputación y los principios político-criminales sobre cuya base se venían manejando la generalidad de los sistemas de justicia penal, lo cual, como se verá, ha llevado a cierto sector de la doctrina a hablar ya del surgimiento de las llamadas “velocidades” en el Derecho Penal.

Dentro de este contexto, en primer lugar, intentaremos poner de manifiesto los motivos por los cuales se considera imprescindible una evolución en el Derecho Penal, dado el apareamiento de nuevas situaciones que viven las sociedades actuales en materia de lesividad de bienes jurídicos, de donde surge la necesidad de su protección a través del ordenamiento penal (aceptada por unos y discutida por otros), pues, ante su complejidad, las reglas que trae el Derecho Penal clásico o tradicional resultan ser insuficientes para enfrentar los problemas derivados de ellas.

Asimismo, veremos cuáles son las características más sobresalientes que trae consigo el Derecho Penal moderno y, simultáneamente, se irán destacando las principales críticas que le han sido formuladas, y que provienen, sobre todo, de quienes defienden los postulados del Derecho Penal clásico, con relación a las cuales procuraremos ahondar en su tratamiento para ir las clarificando.

Ante los cuestionamientos realizados al fenómeno expansivo del Derecho Penal, hemos querido poner sobre el tapete una posición que nos parece sumamente valiosa y de trascendental importancia para el estado actual de la discusión, pues tiene como finalidad específica relativizar dichos cuestionamientos con el fin de demostrar que en algunos casos sí es necesaria la intervención del Derecho Penal, ya que los mismos no encajarían en el núcleo

mínimo de protección, apostando para ello a un análisis pormenorizado de cada situación en la que existiría la posibilidad potencial de dicha intervención.

Con todo lo visto hasta ese momento estaremos en condiciones de advertir que la modernización en el Derecho Penal prácticamente es inevitable, pero a continuación veremos cómo una parte de la doctrina da cuenta que una de las particularidades propias del Derecho Penal moderno es la de haber asumido la forma de razonar del Derecho administrativo sancionador, ante lo cual ya se ha sugerido la construcción de un llamado “Derecho Penal de dos velocidades”, la primera que estaría representada por la aplicación de las reglas tradicionales, comunes o nucleares; y la segunda que sería propiamente la etapa de “administrativización” por la que estaría atravesando el Derecho Penal, en la que, en efecto, se puede observar un cambio de paradigma de dichas reglas.

Para hallar un significado a la “administrativización” del Derecho Penal, pues, previamente haremos un breve relato del nacimiento del Derecho Penal administrativo y cómo éste desembocó posteriormente en dicho fenómeno, dirigiendo nuestra atención a los cambios que, ya en forma concreta, trae consigo tal “administrativización”, tomando como ejemplo algunos de los nuevos delitos que aparecen en el ordenamiento punitivo español, a los cuales se les ha formulado sendas críticas, pero, a la vez, poniendo de manifiesto nuestro punto de vista sobre la base de los argumentos vertidos anteriormente en cuanto a la relativización de las críticas formuladas a la expansión del Derecho Penal.

En ese contexto tiene vigencia y sentido la manifestación de la denominada “administrativización” en el ordenamiento punitivo, para así tener la base

suficiente con el fin de reafirmar la circunstancia de que el Derecho Penal se encuentra en estos momentos inmerso en este imparable proceso, dado los nuevos fenómenos que se presentan en la llamada “sociedad del riesgo” en la que vivimos.

En vista de que desde la doctrina ya se advierte que no se vislumbra que en el futuro se pueda regresar al clásico sistema de imputación de resultados derivados de acciones individuales, en el que se mantiene el aparato garantístico sustantivo y procesal, se exponen algunas propuestas existentes en torno a introducir algo de racionalidad en el imparable proceso expansivo del Derecho Penal, provenientes tanto de quienes ya lo han aceptado, cuanto de quienes aún lo critican, para así formarnos un criterio al respecto.

Finalmente incursionamos en un campo que ha provocado el surgimiento de una fuerte discusión dentro de la doctrina, producto de las desviaciones y distorsiones que ha traído consigo la modernización del Derecho Penal, al tratar de llevar al extremo ciertas situaciones que en las últimas décadas también han ido apareciendo en las sociedades actuales, y que va más allá del proceso de administrativización del Derecho Penal.

Nos referimos a la manera de querer afrontar nuevas formas de delincuencia –léase la delincuencia patrimonial profesional, la delincuencia sexual violenta y reiterada, o fenómenos como la criminalidad organizada y el terrorismo–, creando espacios –a nuestro juicio muy peligrosos– en donde se pueda aplicar un Derecho Penal de privación de la libertad con reglas de imputación y procesales relativizadas al máximo, por aquella idea del riesgo que, en efecto, tiene presente

el Derecho Penal moderno, al considerar que en las sociedades actuales existe un serio aumento de la delincuencia, y con ello también el sentimiento de inseguridad de ciertos sectores; cuestión que guarda estrecha relación con el discurso del Derecho Penal del enemigo, a cuyo tratamiento dedicamos el último capítulo de nuestra investigación, en el que primeramente se verá una exposición general de los argumentos que giran alrededor de tal propuesta y algunos ejemplos de sus manifestaciones concretas y reacciones iniciales en contra, provenientes de otro importante sector de la doctrina.

Para concluir trataremos de buscar cuáles serían las razones por las cuales se pretende legitimar aquel discurso penal maximalista y, a reglón seguido, ensayaremos algunos argumentos tendientes a objetar semejante propuesta en aras de determinar que, en este caso, efectivamente, ya no se puede desconocer el hecho de que se ha trastocado la concepción liberal del Derecho Penal, al pretender minar el aparato garantístico de derechos que se ha venido configurando a lo largo de su historia, argumentos a los cuales desde ya anticipamos nuestra adhesión.

En definitiva, como se podrá ver, la presente investigación pretendió inmiscuirse en una temática que se encuentra en plena discusión en el plano dogmático y no ha logrado aún ganar espacios mínimos de acuerdo, sin embargo de lo cual considero que su abordaje constituye hoy en día una imperiosa necesidad, pues pone en evidencia el hecho de que a la ciencia penal le espera una ardua tarea en el futuro que deberá consistir, por una parte, en el estudio científico de nuevos campos de investigación relacionados con el desarrollo de la

civilización mundial; y, por otra, que deberá no sólo mejorar el complejo de normas penales tradicionales, sino que deberá en el mismo sentido promover el desarrollo adecuado a las necesidades de la sociedad moderna. Desde luego, dicha observación no es impedimento para que al final de nuestro trabajo podamos expresar algunas conclusiones de lo estudiado

En ese contexto se ha elaborado el presente trabajo, estructurado en cuatro capítulos: el Capítulo I, está referido al Problema y la metodología de la investigación, en la cual siguiendo el diseño de la investigación científica se elaboró el planteamiento del problema, la formulación del problema, los objetivos, hipótesis y la metodología. En el Capítulo II, está referido al marco teórico de la investigación, en el cual en base a la técnica del Fichaje y análisis de contenido se elaboró el sustento teórico-doctrinario de nuestra investigación, para lo cual se tomó las principales teorías jurídicas para explicar el problema planteado. El Capítulo III, está referido al trabajo de campo de la investigación, en la cual se procedió al recojo de información vinculante a nuestro tema y en base a las variables de investigación, los mismos que fueron luego analizados en base a la técnica del análisis cualitativo. El capítulo IV, referido a la discusión y validación de la Hipótesis, el cual en base a los resultados obtenidos se procedió a realizar la discusión de los resultados en base al marco teórico y luego se procedió de determinar los fundamentos que justifican la validez de las hipótesis planteadas.

El titulado.

## CAPÍTULO I

### EL PROBLEMA Y LA METODOLOGÍA DE LA INVESTIGACIÓN

#### 1.1. Descripción del problema

Escuchamos a diario miembros de nuestra sociedad, clamando por más penas, más cárcel, en el entendido de que esto equivale a más “seguridad”, por eso optamos por tratar este tema, ya que al ser parte de dicha sociedad nos interpela y nos hace reflexionar acerca del tipo de la misma en la que vivimos y si es esa la sociedad que queremos; si visualizamos como correctas las medidas punitivas, que van en aumento, o si lo que se quiere, en palabras del Marqués de Beccaria es que la pena sea proporcional al delito y que, como reza nuestra Constitución, en ningún caso sirva para mortificar a las personas privadas de libertad.

Por otro lado, la criminalidad, fenómeno siempre existente en las sociedades clasistas, actualmente se ha visto propulsada al centro de nuestras preocupaciones más prioritarias, por constituir un problema real cuya intensidad ha crecido considerablemente en las sociedades postmodernas. La atención hacia el delito materializada en una alarmante expansión e internacionalización del Derecho Penal, lo ha convertido de hecho en el instrumento recurrible por excelencia, pese a la ineficacia que esta ciencia social ha demostrado en su incumplida e inconclusa tarea de reducir la delincuencia. En este sentido, persiste el desacuerdo en sectores de la doctrina penal en torno a si las penas, y con ellas el Derecho Penal, constituyen el medio más adecuado para enfrentarse al comportamiento delictivo. Los representantes de la dogmática penal partidarios del

recrudescimiento de la pena privativa de libertad parecen desconocer que a pesar de todas las sanciones penales aplicadas hasta el momento, la cuota de reincidencia delictiva permanece extraordinariamente alta; por ello con razón se afirma que la variante de reacción social caracterizada por el aumento indiscriminado del rigor penal solo conduciría a un sobredimensionamiento del Sistema de Justicia sin la correspondiente reducción del fenómeno criminal.

La sanción penal en sus variantes más severas, nos referimos a la pena de muerte y la privación de libertad, representa una peculiar cirugía social en la que los cirujanos y sus instrumentos (sistema penal) extirpan una parte del cuerpo social (el justiciable) que ha demostrado con su comportamiento (el acto delictivo) ser portador de determinada “malignidad social”. La anterior alegoría nos evoca el inmenso riesgo de los remedios violentos, los que solo deben utilizarse en situaciones extremas para las que no existe alternativas posibles.

Resulta un peligro no desdeñable, la penalización excesiva de la vida en sociedad. La variante jurídico penal de respuesta ante el crimen no debe entronizarse como la más favorecida a la hora de garantizar la anhelada pacificación social; precisamente por ser un recurso violento y dañoso se recomienda que sea usado solo como ultima ratio. Lo expresado precedentemente no debe interpretarse como una negación absoluta del Derecho Penal, sería imposible prescindir de este mecanismo regulador de la conducta humana, pues su ausencia generaría sin lugar a dudas incertidumbres comportamentales propiciantes de conductas lesivas para la comunidad. Siendo así, la existencia de



las leyes penales y de sus mecanismos de aplicación aportan en la práctica un relativo orden social.

Reconocemos que la intervención punitiva por sí sola no garantiza la eliminación de las conductas delictivas, sin embargo, aun cuando las Leyes no son la solución, no podemos obviar la certidumbre de que en los momentos actuales careceremos de una relativa paz y estabilidad social, si la esfera jurídica no actúa como factor regulador coadyuvante de otras políticas sociales de lucha contra la criminalidad. Por consiguiente, “el Derecho Penal evita la anarquía y, por tanto, es indispensable. Pero se espera demasiado cuando se supone que a través de las penas duras se reducirá sustancialmente la criminalidad existente”. Así pues, tradicionalmente la sociedad se ha protegido del comportamiento delictivo a través del Derecho Penal.

Por otro lado, en el Perú el sistema penal acusatorio-garantista, contiene muchas virtudes y beneficios perfilados a garantizar los derechos de las personas que participan en el proceso penal, pero también el sistema puede contener afectaciones, falencias deficiencias, inconsistencias, contradicciones y vacíos debido posiblemente al afán eficientista, afectando la verdad; por lo que cabe interrogarnos o formular el siguiente cuestionamiento ¿existe tención entre garantismo y eficientísimo en el sistema penal con tendencia acusatoria, a partir de la vigencia del Código procesal Penal del 2004?.

Recordemos que la historia de las penas es una historia de horrores, la historia de los juicios es una historia de errores; y no solo de errores, sino también de sufrimientos y de vejaciones cada vez que en el proceso se ha hecho uso de

medidas instructoras directamente aflictivas, desde la tortura hasta el abuso moderno de la prisión preventiva”. Por lo que, el garantismo penal, supone la necesidad de juzgar al sindicado de la comisión de un delito bajo dos finalidades específicas, una el conocimiento de la verdad y dos el respeto de las garantías procesales, por lo que el sistema de garantías, sólo protege al imputado (y sólo él) de la violación de los principios pensados para salvaguardar su persona del uso abusivo del poder penal.

Por su parte, Alberto Binder señala que el garantismo y eficientismo son dos corrientes opuestas, el Estado tiene la potestad de actuar contra el delincuente, considerado enemigo social y el proceso penal es evitar la impunidad, luego, en segundo plano queda el reconocimiento de garantías procesales para el enemigo; mientras que el eficientísimo penal, supone la lucha contra la impunidad a toda costa, aún con el desconocimiento de garantías procesales.

Bajo ese contexto y frente a la realidad contradictoria entre el “deber ser” y el “ser” del Sistema Penal genera falta de legitimidad en el mismo, lo que constituye una de las críticas más importantes y reiterativas a esta forma de control. Otra de las razones de incriminación del ejercicio de la Justicia Penal, radica en que el desempeño de la función retributiva o represiva implica la imposición de un “sufrimiento doloroso” al penado y colateralmente a su familia y otros individuos asociados al mismo.

Este subproducto dañoso de la acción del Sistema Penal “es en cierto sentido una paradoja moral, pues se persigue el bienestar de la sociedad, la restricción del uso y amenaza de la coacción, la salvaguardia de la libertad, y la

promoción de la dignidad humana, recurriendo a actividades que implican coerción, privación de la libertad y desmedro de la dignidad humana”. Se llega a afirmar, por algunos autores de tendencia abolicionista, que la violencia social que es condenada a través de las tipificaciones delictivas, se convierte en violencia justificada y legal cuando es usada como sanción o penalidad por el Sistema Penal.

Conjuntamente con la violencia legitimada intrínseca a la aplicación de una sanción penal, encontramos un resultado no declarado ni perseguido por la reacción formal ante el delito; nos referimos a la estigmatización como efecto residual de la acción del Sistema Penal. La violencia o intimidación de violencia física que implica la pena privativa de libertad significa una afectación corporal o limitación física de movimientos que se concentra en una temporalidad determinada; sin embargo, la estigmatización se entroniza como una consecuencia social que permanece visible en el medio y en el tiempo, pues “trasciende el eventual cumplimiento de la pena formal, deviniendo en una sanción casi perpetua y de erosión lenta”.

A su vez como parte dolorosa de la estigmatización, aparece la reducción de la autoestima del sujeto y consecuentemente la autoestigmatización. Más allá de la marginación real a que lo somete su medio social, comienza en el individuo un proceso de automarginación, generado por una autovaloración como ente anómalo, negativo y extraño al conglomerado social. Sus intereses vitales se atemperan a esta percepción negativa y como resultado el individuo estructura su actuar, proyectándose al cumplimiento del comportamiento antisocial que se

presupone o se espera de él, en consonancia con la estigmatización y la autoestigmatización a que está sometido.

Comprendemos que la visión crítica del Sistema Penal no debe limitarse a constatar la dosis de violencia que porta la imposición y ejecución de las penas o a reconocer la nociva secuela estigmatizante que victimiza al propio justiciable. El análisis holístico crítico que la realidad exige, debe extenderse además a la valoración en torno al funcionamiento de las instituciones, que dentro del propio aparato de justicia, son las encargadas de aplicar la concepción legislativa plasmada en las leyes.

Otro relevante aspecto a criticar en el contexto del Sistema Penal lo constituye el exagerado uso de la sanción privativa de libertad. Las funciones de este tipo de penalidad se dirigen, según reconocimiento teórico, a imponer un castigo justo al delincuente (función retributiva); a garantizar la separación de este individuo del cuerpo social, logrando su incapacitación para cometer nuevos ilícitos (función neutralizante); la anterior finalidad se relaciona estrechamente con la demanda de protección o de defensa de la sociedad (función defensiva); y como objetivo esencial más perseguido encontramos la pretensión reeducativa que garantizaría supuestamente la reinserción del sancionado en su vida post-carcelaria (función resocializadora). Estas pretensiones o finalidades de la pena, en la realidad se logran cumplir de manera parcial y solo desde la óptica retributiva y de la prevención especial negativa (neutralización).

No resulta novedosa la afirmación de que la realidad carcelaria ha evidenciado ampliamente la pobre capacidad resocializadora de la pena privativa

de libertad. La alta cuota de reincidencia y el ostensible engrosamiento de la carrera criminal de los penados demuestran el fracaso de la cárcel como instrumento de control social, entre otras razones porque “no se puede segregar personas y al mismo tiempo pretender reintegrarlas”. La valoración en torno a la prisión adquiere matices peculiares en nuestra Latinoamérica, pues “el descreimiento masivo, (...), se potencia cuando se observa que mientras estos verdaderos resumideros multitudinarios de almas revelan cotidianamente su inutilidad y barbarie, la impunidad más descarada se obtiene de parte de quienes cometen enormes negociados, violentan sin pudor elementales deberes de cuidado que derivan en tragedias otrora impensables, lavan dinero, incurren en actos de corrupción de alarmante envergadura, trafican drogas y armas, etc.”.

Se demuestra con lo valorado hasta el momento, que la pena de privación de libertad debe ser usada solo en última instancia por la agencia judicial del Sistema Penal; teniendo en cuenta que a esta reacción enérgica solo debe recurrirse en los casos que sea conveniente y necesario, pues su empleo exagerado implica una saturación penitenciaria, que a la postre desvirtúa la utilidad y pertinencia del Control Social Punitivo.

## **1.2. Formulación del problema**

### **1.2.1. Problema general**

¿Cuál es la relación que existe entre la eficacia del ius puniendi del Estado frente a las garantías y derechos fundamentales del imputado en el marco de las nuevas formas de criminalidad en el Perú?

### **1.2.2. Problemas específicos**

- a) ¿Cuáles son las manifestaciones de la tensión entre eficacia y garantía en el marco de las nuevas formas de criminalidad en el proceso penal peruano?
- b) ¿Constituye la seguridad pública la justificación para una abusiva instrumentalización de las garantías en el en el marco de las nuevas formas de criminalidad en el Perú?
- c) ¿.Qué relación existe entre el ius puniendi del Estado y las nuevas orientaciones de orden político-criminales en el en el marco de las nuevas formas de criminalidad en el Perú?

### **1.3. Importancia del problema**

En la actualidad hay diversas reflexiones en el Derecho Penal, que señalan la vaguedad en el concepto mismo del bien jurídico y la manipulación de la que puede ser utilizado éste. La esencia del Derecho Penal deriva de la protección que el mismo legislador es quien se la otorga, es decir, el concepto normativo de bien jurídico penalmente protegido es una creación artificial propiamente dicho, que puede ser reelaborado, manipulado y pervertido en sus elementos esenciales.

Así vemos una discusión que existe respecto de que bienes jurídicos pueden o deben ser los penalmente protegidos, tesis que se manejan como punto de partida respecto de los conceptos y formas de aparición del moderno Derecho Penal, entendiendo que éste se está alejando del ideal del clásico Derecho Penal y así de sus ideas de certeza y subsidiariedad, ya que estas nuevas tendencias por un

lado, para algunas es posible y factible la creación de nuevos intereses o bienes jurídicos (expansionismo o en algunos casos intensificación) y para otro sector de la dogmática sin embargo, ya no es necesaria la concepción propia del bien jurídico sino más bien la vigencia de la norma, asegurando con esto la estabilidad de la misma.

Así se hace énfasis en lo que sería lo que ocurre con el moderno Derecho Penal y su expansión, tomando sí al Derecho Penal del enemigo y al Derecho Penal de dos velocidades como expansión del Derecho Penal. El Derecho Penal Clásico o Modelo Garantista tiene sus orígenes en acontecimientos sociales tan importantes como la Revolución Francesa y al principio de legalidad (nullum crime, nullum pena sine preve lege) como uno de sus primeros pilares limitando el poder del Estado en su sentido más duro y estricto, en que este no pueda actuar ilimitadamente en perjuicio de sus gobernados.

El garantismo se caracteriza por ser un Derecho Penal demasiado formal y con cierta rigidez en su actuar, es decir, autolimitado en su esencia. Su concepción clásica es que ciertamente es un modelo violento de represión, pero también un instrumento de garantía de la libertad ciudadana, y como tal es indispensable para asegurar la convivencia; lo que no quiere decir que sea autónomo, sino un eslabón de la cadena; como ultima ratio para la solución de los problemas sociales. Se señalan como pecado original del garantismo al inmovilismo y se ejemplifica en tres aspectos torales:

- a. El desprecio a todo lo que suponga abandonar sus principios.

- b. El principio de intervención mínima como la principal base del garantismo.
- c. La correcta interpretación de las leyes como directriz de la correcta aplicación de las leyes.

No asustan los planteamientos novedosos con el objetivo de seguir garantizando la convivencia o el bienestar social, al fin esos son ideales del Derecho Penal Clásico, lo que verdaderamente preocupa es que ante la carrera por alcanzar dichas creaciones estructurales o “novedosas teorías” violentemos principios fundamentales o los reduzcamos a su mínima expresión, que legitimemos o autoricemos al Estado, para con el pretexto de garantizar la “seguridad ciudadana” pueda violar las garantías individuales de sus gobernados, eso si verdaderamente preocupa y es lo que a toda costa debemos tratar de impedir los que bajo los principios de un Derecho Penal Clásico, nos empezamos a desarrollar académicamente. Lo que significa que el garantismo está para protegernos del poder punitivo del Estado, lo que justamente significa el freno de su poder.

El moderno Derecho Penal en su esencia, en muchas ocasiones resulta ser más penalizador que despenalizador, podríamos decir que se identifica porque en éste Derecho Penal, abundan los delitos de peligro abstracto, las normas penales en blanco, se tutela una extensa protección a bienes jurídicos de carácter colectivo. Los valores colectivos supeditan cualquier otro, situación que se traduce en un debilitamiento respecto de los principios y garantías rectores del



Derecho Penal Clásico, legitimado a su vez, en un criterio positivo de decisiones criminalizadoras.

Este nuevo Derecho Penal muchas veces tan “manoseado” por intereses diversos a la misma particularidad del Derecho Penal Clásico o Garantista, -pero que sin duda este Derecho Penal, tiene una favorable aceptación social, sobre todo de los políticos y los medios de comunicación- que busca la prevalecencia del principio de intervención mínima o ultima ratio.

Así el moderno Derecho Penal presenta un obstáculo para poder llevar a cabo un efectivo control de la actual problemática social, a la estrecha vinculación a los férreos principios del poder punitivo del Estado, desarrollado por la teoría clásica del Derecho Penal, precisamente como limite a una política criminal demasiado pragmática, que pretende solucionar los problemas utilizando el Derecho Penal, pero utilizándolo como prima y no como ultima ratio, intentando solucionar con Derecho Penal todo lo concerniente a los problemas del Estado, atando los efectos y no las causas.

Aquí vemos a las diferentes políticas bajo distintos rótulo: “seguridad nacional”, “tolerancia cero”, que de una u otra forma hacen ver a un Derecho Penal simbólico, criminalizando a la pobreza o a aquellos que no estén a favor del sistema, considerándolos peligrosos. El Derecho Penal del Enemigo como una tendencia del moderno Derecho Penal expansionista simplemente hace una división entre los habitantes de un determinado Estado: se configura un (equivoco) Derecho Penal para enemigos, y un (redundante) Derecho Penal para los ciudadanos.

Obviamente no de manera formal, pero subjetivamente se reducen las garantías de “individuos” que pueden ser peligros para la sociedad. Con éste Derecho Penal pareciera que se retrocede a lo que fue un Derecho Penal de autor (vigente en la época del nacional socialismo), considerando a éste una contramarcha del Derecho Penal.

Como características del enemigo en el Estado a implementar este tipo de “derecho” se tiene que: el enemigo va a ser alguien que haya dejado el derecho conscientemente, lo haga de manera habitual, pero además tenga ciertas características ya no físicas, sino más organizativas que lo harán enemigo del político, perdón, del Estado. Este “Derecho Penal del enemigo deviene de políticas criminales duras y las ansias de poder distorsionado de los actores políticos al olvidarse del bien común, utilizando al Derecho Penal para solucionar problemas que no le competen.

Es preocupante pues, que las ideas o sistema funcionalista de Jakobs, comienza a dar ya claras muestras de estarse aplicando en Estados “Democráticos” de derecho, que como se ha venido señalando, es usado cada vez más por los gobernantes de diversos países para atacar los altos índices de delincuencia y legitimizar esta violencia.

La expansión del Derecho Penal que toma como principal idea la de la protección de los bienes jurídicos universales antes de los particulares consiste en:

- La primera velocidad sería aquella en la que se apliquen penas y medidas de seguridad, respetando a ultranza las garantías del individuo (Derecho Penal clásico, cárcel).
- La segunda sería aquella en la que no habría pena privativa de la libertad, sino más bien, habría sanciones que consistirían en multa (Derecho Penal de intervención).
- Y por último la tercera, se contempla la flexibilización de las garantías (Derecho Penal del enemigo). A ellos, solo debo agregarle que los medios de comunicación juegan un papel interesante, al convertirse en instrumento de alarma social y así, transformarse en base para los discursos de emergencia y por ende para la expansión del Derecho Penal, y la creación de este moderno y rebelde derecho Derecho Penal penal actual.

#### **1.4. Justificación y viabilidad**

##### **1.4.1. Justificación teórica**

El presente problema tiene un desarrollo teórico doctrinario sustentado en el Derecho Penal del Enemigo<sup>1</sup>, las mismas que constituirán la justificación doctrinaria de la investigación y permitirá desarrollar los componentes del marco teórico, la discusión de los resultados y validación de la hipótesis.

##### **1.4.2. Justificación práctica**

---

<sup>1</sup>Cfr. JAKOBS, Gunther. *Derecho penal del enemigo*. Madrid: Editorial Trotta, 1995.

Buscó analizar la eficacia del ius puniendi del Estado frente a las garantías y derechos del imputado, para identificar algunos problemas que han surgido en el proceso de reforma en torno a la eficacia y garantía del proceso penal y los fines del mismo, en el marco de hacer frente a la nuevas formas de criminalidad.

#### **1.4.3. Justificación legal**

- Constitución Política del Perú
- Ley Universitaria N° 30220
- Estatuto de la UNASAM
- Reglamento de Grados y título de la FDCCPP- UNASAM

#### **1.4.4. Justificación metodológica**

Se aplicó la metodología de la investigación jurídica y científica en cuanto al tipo y diseño de investigación, siguiendo sus orientaciones y pautas metodológicas tanto en la planificación, ejecución y control de la investigación jurídica, así como en la elaboración del informe final de la tesis.

#### **1.4.5. Justificación técnica**

Se contó con el soporte técnico y logístico, habiendo previsto una computadora personal, impresora, scanner, y el software respectivo Office 2013.

#### **1.4.6. Viabilidad**

- **Bibliográfica:** Se contó con acceso a diversas fuentes de información tanto bibliográficas y hemerográficas, así como virtuales, las que se encuentran identificadas.
- **Económica:** Se contó con los recursos económicos para poder afrontar los gastos que genere la investigación, los mismos que están detallados en el presupuesto y fueron autofinanciados por el responsable de la investigación.
- **Temporal:** La investigación se ejecutó durante el periodo correspondiente al año 2015.

## **1.5. Formulación de objetivos**

### **1.5.1. Objetivo general**

Determinar y analizar el tipo de relación existe entre la eficacia del ius puniendi del Estado frente a las garantías y derechos fundamentales del imputado en el en el marco de las nuevas formas de criminalidad en el Perú.

### **1.5.2. Objetivos específicos**

- a) Describir las manifestaciones de la tensión entre eficacia y garantía en el marco de las nuevas formas de criminalidad en el proceso penal peruano.
- b) Analizar si la seguridad pública constituye la justificación para una abusiva instrumentalización de las garantías en el proceso penal peruano.

- c) Explicar la relación existente entre el ius puniendi del Estado y las nuevas orientaciones de orden político-criminales en el marco de las nuevas formas de criminalidad en el Perú.

## **1.6. Formulación de hipótesis<sup>2</sup>**

### **1.6.1. Hipótesis general**

La lucha contra las nuevas formas de criminalidad exige que el Estado emplee su ius puniendi optando por hacer prevalecer el interés y tranquilidad pública frente a las garantías y derechos de los imputados; debido a que la delincuencia moderna se encuentra explorando nuevas formas de ejecutar conductas ilícitas, por ello ante esta circunstancia, el Derecho Penal debe crear otros mecanismos con el fin de hacer frente a estas formas de criminalidad, los mismos que vulneran y afectan los postulados del Estado Constitucional y del Garantismo penal.

### **1.6.2. Hipótesis específicas**

- a) La prevalencia la seguridad pública, tranquilidad pública frente a la garantía de la libertad y de los derechos constitucionales constituyen las manifestaciones de la tensión entre eficacia y garantía en el marco de las nuevas formas de criminalidad en el proceso penal peruano.

---

<sup>2</sup>Cfr. SOLÍS ESPINOZA, Alejandro. *Metodología de la investigación jurídico social*. Lima: Editora Fecatt, 1991.

- b) Existe discursos penales como la del Derecho Penal del enemigo o la del expansionismo penal que justifican mediante la seguridad pública una abusiva instrumentalización de las garantías en el en el marco de las nuevas formas de criminalidad en el Perú.
- c) Existe una relación positiva entre el ius puniendi del Estado y las nuevas orientaciones de orden político-criminales en el en el marco de las nuevas formas de criminalidad en el Perú, que se evidencia en el endurecimiento del Derecho Penal.

## **1.7. Variables**

**1.7.1. V. Independiente:** Eficacia del ius puniendi del Estado

**1.7.2. V. Dependiente:** Garantías y derechos del imputado

## **1.8. Metodología**

### **1.8.1. Tipo y diseño de investigación**

- a) **Tipo de investigación:** Es una investigación jurídica **dogmática teórica**, cuya finalidad fue profundizar y ampliar los conocimientos que presenta el problema de la eficacia del ius puniendi del Estado frente a las garantías y derechos fundamentales del imputado en el en el marco de las nuevas formas de criminalidad en el Perú.

- b) **Tipo de diseño:** Corresponde a la denominada **No Experimental**<sup>3</sup>, debido a que careció de manipulación la variable independiente, además no posee grupo de control, ni tampoco experimental; su finalidad fue analizar el hecho jurídico identificado en el problema después de su ocurrencia.
- c) **Diseño General:** El diseño **transversal**<sup>4</sup>, toda vez que se realizará el estudio del hecho jurídico en un momento determinado de tiempo, periodo del 2015.
- d) **Diseño específico:** Se empleó el diseño **descriptivo-explicativo**, toda vez que se estudiará los factores que generan situaciones problemáticas sobre la eficacia del ius puniendi del Estado frente a las garantías y derechos fundamentales del imputado en el en el marco de las nuevas formas de criminalidad en el Perú.

## 1.8.2. Plan de recolección de la información y/o diseño estadístico

### 1.8.2.1. Población

- **Universo Físico:** Careció de delimitación física o geográfica, ya que estuvo constituida por el ámbito mundial y nacional en general.
- **Universo Social:** La población materia de estudio se circunscribe a la dogmática penal y la jurisprudencia penal.
- **Universo temporal:** El periodo de estudio correspondió al 2015.

---

<sup>3</sup> ROBLES TREJO, Luis et al. *Fundamentos de la investigación científica y jurídica*. Lima: Editorial Fecatt, 2012, p. 34.

<sup>4</sup> HERNANDEZ SAMPIERI, Roberto et al. *Metodología de la Investigación*. México: Editorial McGrawHill, 2010, p. 151.



### **1.8.2.2. Muestra**

- **Tipo:** No Probabilística
- **Técnica muestral:** Intencional
- **Marco muestral:** Doctrina y jurisprudencia penal.
- **Unidad de análisis:** Documentos (Doctrina y Jurisprudencias).

### **1.8.3. Instrumento(s) de recolección de la información**

- a) Ficha de análisis de contenido. Para el análisis de los documentos y determinar sus fundamentos y posiciones en la jurisprudencia.
- b) Documentales. Ello referido a textos bibliográficos y hemerográficos para recopilar información sobre la doctrina constitucional, procesal y penal
- c) Electrónicos. La información que se recabó de las distintas páginas web, que se ofertan en el ciberespacio, sobre nuestro problema de investigación.
- d) Fichas de Información Jurídica. Es un criterio de recolectar la información, a fin de almacenarla y procesarla adecuadamente en el momento oportuno, empleándose la Fichas textuales, Resumen y comentario.

### **1.8.4. Plan de procesamiento y análisis de la información**

El plan de recojo de la información comprendió en primer lugar la selección de los instrumentos de recolección de datos, en ese sentido se emplearan las siguientes: Para la fuentes bibliográficas, hemerográficas y virtuales se realizó a

través de la fichas bibliografías, literales, resumen y comentario. Para la jurisprudencia se empleará la ficha de análisis de contenido, los que nos permitirán recoger datos para la construcción del marco teórico y la discusión, y de esa forma validar la hipótesis planteada.

Para la obtención de datos de la presente investigación se realizó a través del método cualitativo lo que permitió recoger información para su valoración y análisis sobre el problema planteado. Es por esta razón que la presente investigación no persiguió la generalización estadística sino la aprehensión de particularidades y significados del problema.

Para el estudio de la normatividad se realizó a través de los métodos exegético y hermenéutico, para tener una visión sistemática nuestro problema de estudio. El recojo de información del trabajo de campo se realizó a través de la fichas y ficha de análisis de contenido, los que nos permitió recoger datos para la construcción del marco teórico y la discusión, y de esa forma validar la hipótesis.

#### **1.8.5. Técnica de análisis de datos y/o información**

Se empleó la técnica del **análisis cualitativo**<sup>5</sup>, toda vez que en la investigación jurídica dogmática no admiten las valoraciones cuantitativas, el análisis de datos debe concretarse a la descomposición de la información en sus partes o elementos, tratando de encontrar la repetición de lo idéntico y las relaciones de causalidad, a fin de describir y explicar las características esenciales del hecho o fenómeno. Esto es lo que se denomina como análisis cualitativo.

---

<sup>5</sup> BRIONES, Guillermo. *Métodos y técnicas de investigación para las ciencias sociales*. México: Editorial Trillas, 1986, p. 43.

Donde un dato cualitativo es definido como un “no cuantitativo”, es decir, que no puede ser expresado como número, estos datos son difícilmente medibles, no traducibles a términos matemáticos y no sujetos a la inferencia estadística<sup>6</sup>.

Los criterios empleados en el presente proceso de investigación fueron:

- Identificación del lugar donde se buscó la información.
- Identificación y registro de las fuentes de información.
- Recojo de información en función a los objetivos y variables.
- Análisis y evaluación de la información.

#### **1.8.6. Validación de la hipótesis**

Tratándose de un estudio cualitativo, el método para la validación de la hipótesis y logro de objetivos será mediante fue la **argumentación jurídica**<sup>7</sup>. La argumentación jurídica es la forma organizada de demostrar lógicamente por medio de un razonamiento formulado con el propósito de conseguir la aceptación o rechazo de una tesis o teoría determinada. La aceptación o rechazo de esa tesis dependerá de la eficacia o ineficacia de la argumentación que le sirve de apoyo.

Debemos tener presente que en este tipo de investigaciones no podemos probar que una hipótesis sea verdadera o falsa, sino más bien argumentar que fue apoyada o no de acuerdo con ciertos datos obtenidos en nuestro estudio (...) no se

---

<sup>6</sup> ROBLES TREJO, Luis. *Guía metodológica para la elaboración de proyectos de investigación jurídica*. Lima: Editorial Ffecaat, 2014, p. 74.

<sup>7</sup> Cfr. GASCÓN ABELLÁN, Marina y GARCÍA FIGUEROA, Alfonso. *La argumentación en el Derecho*. Lima: Editorial Palestra, 2005.

acepta una hipótesis mediante la elaboración de una tesis, sino que se aporta evidencias a favor o en contra de esa hipótesis(...)<sup>8</sup>.

---

<sup>8</sup> RAMOS NÚÑEZ, Carlos. *Cómo hacer una tesis de derecho y no envejecer en el intento*. Lima: Editorial Grijley, 2011, p. 129.

## CAPÍTULO II

### MARCO TEÓRICO

#### 2.1. Antecedentes

Revisado las tesis sustentadas en la FDCCPP-UNASAM y de otras universidades de nuestra región; no se ha podido encontrar algún trabajo de investigación similar o parecida a la presente por lo que podemos manifestar que la presente investigación será un aporte al entendimiento de la problemática jurídica de la eficacia del ius puniendi del Estado frente a las garantías y derechos fundamentales del imputado en el proceso penal peruano.

A nivel nacional hemos podido encontrar el trabajo de: LORENZO FLORES, Rossmery Elvira (2006): “Derecho Penal del Enemigo”. Universidad San Martín de Porras, Lima, plantea que el “Derecho Penal del enemigo”, pretende ser una respuesta ante la ola criminal que afecta la convivencia en sociedad y que se ha acrecentado a raíz de la anomia y nihilismo reinante en los últimos tiempos. No obstante esta onda expansiva de un Derecho Penal excepcional, por lo que se pregunta sobre la posible existencia de un Derecho Penal del enemigo dentro del marco del Estado de Derecho. Asimismo, se pregunta ¿Quién hará la disquisición entre enemigo y ciudadano? ¿Representa el Derecho Penal del enemigo una afectación de las garantías y derechos consagrados en las Cartas Constitucionales y Tratados internacionales de Derechos Humanos? o ¿Es tal vez el último recurso con el que cuenta el Estado para posibilitar su subsistencia y así permitir la vida en sociedad? En definitiva,

¿Tiene sentido y utilidad, en nuestra realidad, intentar aplicar los criterios político-criminales que en las sociedades post-industriales se postulan frente a la actual crisis que se deriva del fenómeno denominado “expansión del Derecho Penal”?

A nivel internacional hemos podido encontrar el trabajo de RIOS ALVAREZ, Rodrigo (2012). Tesis titulada: “Manifestaciones del Derecho Penal del Enemigo en la Ley N° 20.000”, elaborada para optar al grado de Magíster en Derecho con Mención en Derecho Público, en la Facultad de Derecho de la Universidad de Chile. En el presente trabajo se realiza un análisis de lo que en doctrina se ha denominado Derecho Penal del Enemigo, manifestación del derecho que se caracteriza por una rebaja de las barreras de afectación de las garantías fundamentales, adelantamiento de las barreras de punibilidad, y un marcado rigor punitivo, dentro de otras características que dan vida a esta polémica forma de entender el ejercicio de la fuerza estatal. En ese contexto se efectúa una síntesis de diversas posturas, tanto a favor como en contra, de esta forma de entender el Derecho Penal, con especial énfasis en la recepción favorable que ha tenido la misma en nuestro país.

RAMÍREZ HERMOSILLA, Tomás (2012). Tesis titulada: “Análisis crítico del Derecho Penal del enemigo”, Facultad de Derecho - Departamento de Ciencias Penales, Memoria para optar la licenciatura en Ciencias Jurídicas y Sociales, Universidad de Chile, donde plantea que: Este trabajo está estructurado, básicamente, en torno a dos preguntas relativas a la comprensión del Derecho Penal, desde la perspectiva del funcionalismo radical de Günther Jakobs. Ambas preguntas, a su vez, están centradas desde el punto de vista de una de sus tesis más

polémicas: el “Derecho Penal del enemigo”. Entiende el funcionalismo, en términos generales, como una corriente teórica que analiza las instituciones sociales desde el punto de vista de su función social, como medios desarrollados para la satisfacción de necesidades biológicas y culturales.

## **2.2. Bases teóricas**

### **2.2.1. El Ius Puniendi del Estado**

#### **2.2.1.1. Generalidades**

El discurso penal que tiene por objeto de estudio al Derecho Penal objetivo, suele empezarse explicando los fundamentos filosóficos del mismo, con el objetivo de darle al lector una visión completa de la dogmática penal. Esta tarea la realiza el jurista, exponiendo las fuentes del Derecho Penal, entre ellas la fuente de producción. Al ingresar a este campo, va a tener que definir las bases normativas sobre las que se sustenta la potestad del Estado para intervenir en los asuntos penales; potestad que no la tienen ninguna otra institución.

Se suele en doctrina, desde una base filosófica, fijar los argumentos que responden, la recurrente interrogante acerca del origen del Derecho Penal y consecuentemente del ius puniendi.

En la actualidad, no se discute en el ámbito jurídico penal, respecto a que sea el Estado quien tenga la titularidad de la potestad punitiva y de su ejercicio. Es inconcebible pensar lo contrario, por las propias consecuencias de la existencia de reglas constitucionales, propias de un Sistema democrático y garantista. Existe

consenso, también, en la necesidad que el ius puniendi se ejerza respetando principios básicos, que se fundamenten en la dignidad humana y en un sentido de justicia.

Estas políticas de control o regulación son las que se orientan a evitar un ejercicio abusivo del poder punitivo. En suma, dentro de un Estado democrático y de derecho, es la Constitución Política, la que tiene fijar los límites del ejercicio penal de Estado. En este sentido, son estos límites o controles los que van a ser posible la existencia de un Derecho Penal con bases de legitimidad.

#### **2.2.1.2.Ámbitoconceptual**

Se ha señalado que el único que ejerce la titularidad del derecho a penar es el Estado, no existiendo, por ahora, cualquier posibilidad que esta situación se replantee. Se encuentra, pues, reprobada la llamada “autojusticia”, venganza privada, ejecución extrajudicial, desaparición forzada, etc. En doctrina se utilizan distintas denominaciones para referirse al poder punitivo estatal, se suele llamar “Derecho Penal Subjetivo”, “Poder Punitivo Estatal” o “Potestad Punitiva Estatal”. Más tradicional es, en la ciencia penal, hablar de un Derecho subjetivo de castigar que corresponde al Estado frente a los ciudadanos<sup>9</sup>.

A partir de la escuela positiva, no obstante, se cuestiona la admisión de este planteamiento, debate que llega a la actualidad, en razón principalmente a la dificultad de estimarlo como un derecho subjetivo y a la inconveniencia de extender una noción elaborada en el terreno del Derecho privado a situaciones de

---

<sup>9</sup> MORILLAS CUEVA, Lorenzo y RUIZ ANTÓN. Luis. *Manual de derecho penal - Parte general*. Madrid: Editoriales de Derecho Reunidas, 1992, p. 32.



carácter penal. Diversos autores suelen referirse al poder punitivo estatal como Derecho Penal Subjetivo y sobre esta denominación exponer toda la problemática que encierra la potestad y el ejercicio punitivo del Estado<sup>10</sup>.

A nuestro entender, no existe ningún inconveniente para utilizar cualquiera de estas denominaciones para referirnos a un mismo objeto, ya que si hablamos de capacidad de poder ejercer la función criminalizadora, es evidente que estamos hablando de la existencia de una potestad que sola la puede ejercer el Estado, sin pretender darle a este poder punitivo, el contenido de un estricto derecho subjetivo<sup>11</sup>; además, si nos centramos en la capacidad o en la fuerza para imponer decisiones de naturaleza penal, no estamos refiriendo a un poder que se tiene; y si utilizamos la palabra potestad, igualmente, estamos señalando el poder o la autoridad que tiene el Estado para decidir e intervenir en la tarea criminalizadora.

No existe, además, a nuestro entender, ningún inconveniente a que se siga admitiendo la existencia de un *ius puniendi* estatal, en la medida que se le dé un significado más allá del simple enunciado etimológico. En suma, al Derecho Penal subjetivo o *ius puniendi* lo podemos definir como la potestad penal del Estado, por virtud de la cual puede declarar punibles determinados hechos a los que impone penas o medidas de seguridad. Ello es entonces expresión del poder único y exclusivo del Estado para ejercer la violencia legítima. La violencia penal no es sino un aspecto de aquella<sup>12</sup>.

---

<sup>10</sup> Cfr. BACIGALUPO, Enrique. *Manual de Derecho Penal*. Bogotá: Editorial Temis-Ilanud, 1984. BUSTOS RAMÍREZ, Juan. *Introducción al Derecho Penal*, Bogotá: Editorial Temis, 1986.

<sup>11</sup> ZAFFARONI, Eugenio Raúl. *Manual de Derecho Penal*. Tomo I, Lima: Ediciones Jurídicas, 1986, p. 44.

<sup>12</sup> BUSTOS RAMÍREZ, Juan. Ob. cit. p. 20.

En esta precisión conceptual de Bustos, también, se debe considerar que la función penal del Estado, no se limita a la sola criminalización de comportamientos sino también a la aplicación del Derecho Penal objetivo. En ese sentido, Santiago Mir Puig sostiene que “El Derecho Penal subjetivo –también llamado derecho a castigar o *ius puniendi*– es el derecho que corresponde al Estado a crear y aplicar el Derecho Penal objetivo”<sup>13</sup>.

Siendo así, la potestad del Estado, comprende la de criminalizar, de aplicar las sanciones penales y la de ejecutar las medidas punitivas impuestas. En suma, el Estado no solo tiene el poder para criminalizar en forma primaria y secundaria, sino que, además, monopoliza la función penal dentro del sistema. No olvidemos que el único facultado para ejercer coerción penal es el Estado.

Cierto es que la función penal estatal, debe ejercerse cumpliendo parámetros constitucionales y sujetarse a los principios que limitan y legitiman su ejercicio. Este ejercicio racional del poder punitivo es una exigencia básica, que debe ser atendida por todo Estado democrático y de derecho; pues, solo así la función del control penal se sustentaría en bases de legitimidad.

### **2.2.1.3.Fundamentos**

Resulta necesario para entender la justificación y vigencia del poder punitivo estatal, el conocimiento de las bases que sustentan el origen de la potestad sancionatoria. Esto significa, ir a la fuente sobre la que se instituye el poder punitivo, a efectos de identificarla y de esta manera poder contar con los

---

<sup>13</sup> MIR PUIG, Santiago. “*Derecho Penal - Parte General*”. Barcelona: Editorial PPU, 1996, p. 8.

elementos suficientes para legitimar o deslegitimar, que el Estado sea el que tenga la titularidad, de manera única y exclusiva, del ius puniendi.

Para una mejor comprensión, el asunto a definir, se puede reducir a dos preguntas: en primer lugar, ¿por qué se puede castigar o imponer sanciones penales (penas o medidas de seguridad)?; y, en segundo lugar, ¿por qué puede el Estado hacerlo? Responder a la primera cuestión conduce al campo del fundamento material; y, a la segunda, a la del fundamento político o formal<sup>14</sup>.

#### **2.2.1.3.1 Fundamento político**

En la actualidad, la respuesta a por qué el Estado ejerce la potestad punitiva, debe de tener su punto de partida en la concepción de Estado que impera. Hoy hablamos de la presencia y vigencia de un Estado social, democrático y de derecho, en este sentido, se entiende que el fundamento político del poder punitivo estatal hay que buscarlo en la Constitución Política del Estado.

Nuestra Carta Política en su artículo 44° establece que “Son deberes primordiales del Estado: defender la soberanía nacional; garantizar la plena vigencia de los derechos humanos, proteger la población de las amenazas contra su seguridad; y promover el bienestar general que se fundamenta en la justicia y en desarrollo integral y equilibrado de la nación...” El cumplimiento de estos deberes, exigen la presencia de un Estado instituido de determinadas capacidades, siendo una de ellas la de poder ejercer el control penal.

---

<sup>14</sup> VELÁSQUEZ VELÁSQUEZ, Fernando. *Derecho penal - Parte general*. Bogotá: Editorial Temis, 1995, p. 31.

El Estado está investido del poder penal, este poder tiene su fuente en la decisión soberana del pueblo. Al respecto el artículo 45° de la Constitución Política sostiene que “El poder del Estado emana del pueblo. Quienes lo ejercen lo hacen con las limitaciones y responsabilidades que la Constitución y las leyes establecen”; por lo tanto, es el pueblo el que legitima el poder punitivo estatal, ya que le otorga la autoridad para ejercer políticas penales, dentro de ellas, la creación de los mecanismos de control penal.

El profesor Felipe Villavicencio Terreros, al explicar lo que él denomina la “función punitiva estatal” argumenta que “Esta función está fundamentada por la Constitución Política, y en ella se encuentra su fundamentación política, como también en las normas internacionales. Políticamente el Estado es su único titular y pueden diferenciarse matices en el ejercicio del poder penal: función penal legislativa, judicial y ejecutiva”<sup>15</sup>.

Se debe finalizar afirmando con Bustos que “En otras palabras, el Estado social y democrático de derecho plantea el *jus puniendi* desde dos vertientes: desde el punto de vista socio estatal general, que dentro de una perspectiva político criminal aparece emparentado con la defensa social y, por lo tanto, se le fundamenta en la regulación de la vida social, y desde el punto de vista jurídico estatal, se lo fundamenta en los principios consagrados en el orden jurídico estatal superior, esto es, la Constitución”<sup>16</sup>.

#### **2.2.1.3.2. Fundamento Material**

---

<sup>15</sup> VILLAVICENCIO TERREROS, Felipe. *Derecho penal - Parte general*. Lima: Editora Jurídica Grijley, 2006, p. 105

<sup>16</sup> *Ibíd.* p.24.

Como sostiene Velásquez Velásquez, el fundamento material se le encuentra respondiendo a la pregunta por qué se puede castigar o imponer sanciones penales. Ciertamente que la pena es una necesidad y por lo tanto habría que explicar por qué es necesaria, es decir donde radica esa necesidad de pena. Planteado así este asunto, es lógico que no exista una sola posición, en doctrina, respecto a precisar el fundamento material de la potestad punitiva estatal.

Es casi lugar común en la dogmática actual afirmar que la pena se legitima por sus fines (preventivos y tutelares) y se fundamenta o justifica por su necesidad: se sanciona penalmente porque se necesita tutelar determinados bienes, prevenir futuros delitos, conseguir un orden de seguridad jurídica, etc. La pena es –como decía Hans Schultz- “una amarga necesidad en una sociedad imperfecta, como es la sociedad de los hombres”<sup>17</sup>.

El fundamento material del ius puniendi no es unívoco, desde el momento que existen, en dogmática, diversas posiciones acerca del sentido de la pena y de sus fines. Por ejemplo, cuando imperaban las concepciones absolutas, el fundamento era que se puede castigar por la necesidad de realizar la justicia por medio de la pena<sup>18</sup>. Bajo los postulados de la teoría de la prevención se castiga por la necesidad de proteger a la sociedad o la funcionalidad del sistema; es decir para la protección de bienes jurídicos fundamentales o para reafirmar la identidad normativa o la vigencia de la normas.

---

<sup>17</sup> POLAINO NAVARRETE, Manuel. *Derecho Penal. Modernas Bases Dogmáticas*, Lima: Ed. Jurídica Grijley, 2004, p. 291.

<sup>18</sup> VELÁSQUEZ VELÁSQUEZ, Fernando. Ob. Cit. p.29.

En la esfera de influencia de las teorías mixtas de la pena, el fundamento material del poder punitivo, estaría tanto en la necesidad de realización de la justicia a través de la aplicación de la pena, como también de la necesidad de prevención a través de la pena. A nuestro entender el fundamento material sería el de la necesidad de justicia y de la prevención, a través de un instrumento legal y legítimo, como lo es la pena.

#### **2.2.1.4. Manifestaciones del ejercicio del poder punitivo estatal**

La potestad del Estado, en materia penal, comprende tanto la función de creación del Derecho Penal objetivo como su aplicación y ejecución; esto se entiende, como la capacidad estatal para dirigir la funcionalidad del sistema penal en sus distintas fases.

Siendo así, se debe de explicar cómo se identifica y se concentran las diversas manifestaciones del ejercicio del ius puniendi; por lo que, en esa línea, exponemos lo siguiente:

##### **2.2.1.4.1. Potestad única y exclusiva para criminalizar**

Se materializa cuando el Estado conduce el proceso de criminalización primaria, es decir cuando realiza el proceso de selección de nuevas infracciones punibles. Esta función es legislativa y la asumen el órgano legislativo y el órgano ejecutivo, en los casos de delegación de facultades, conforme a lo que dispone nuestra Constitución Política. Cabe recordar que, en la historia de nuestro país, se registran casos donde el Poder Ejecutivo, concentró la potestad criminalizadora,

como consecuencia de la ruptura del orden constitucional; utilizando como instrumentos normativos los Decretos Leyes.

La misma función legislativa se cumple en el proceso de sobrecriminalización, en aquellos casos de incremento de penas y/o de incorporación de nuevas modalidades agravadas de infracciones penales. Es evidente, que si el Estado está facultado para sobrecriminalizar, también lo está para descriminalizar y atenuar las sanciones penales fijadas en abstracto.

#### **2.2.1.4.2. Potestad única y exclusiva para aplicar el Derecho Penal**

##### **Objetivo**

El Estado es el único que está facultado para aplicar las sanciones penales, previo al seguimiento de un debido proceso penal; siendo el que tiene el dominio del proceso de criminalización secundaria. Esta función la ejerce, dentro del control penal, a través de los operadores penales judiciales, quienes son los únicos que tienen la potestad de administrar justicia en los conflictos de naturaleza penal<sup>19</sup>.

La realización del Derecho Penal objetivo, debe de sujetarse a los parámetros constitucionales y legales. Es el operador penal judicial, quien como agente del Estado materializa, en estos casos, el ejercicio del poder punitivo, respecto a la aplicación de las sanciones penales.

---

<sup>19</sup> El artículo 138° de la Carta Política, primer párrafo, establece que “La potestad de administrar justicia emana del pueblo y se ejerce por el Poder Judicial a través de sus órganos jerárquicos con arreglo a la Constitución y a las leyes”. El artículo 139.10, del mismo texto, prescribe “Son principios y derechos de la función jurisdiccional: (...) El principio de no ser penado sin proceso judicial”. En esa misma dirección el artículo V del Título Preliminar del Código Penal precisa que “Sólo el Juez competente puede imponer penas o medidas de seguridad; y no puede hacerlo sino en la forma establecida en la ley.”

### **2.2.1.4.3. Potestad única y exclusiva para ejecutar el Derecho Penal**

#### **Objetivo**

Esta función la ejerce a través de diversos operadores penales, siendo uno de ellos el operador penitenciario, el mismo que, cuando interviene, tiene sobre sí, además, una gran responsabilidad<sup>20</sup>. Se conoce que la funcionalidad del control penal, también, se concentra en distintos ámbitos institucionales. Una de estas agencias de control punitivo es la cárcel, donde el Estado no puede renunciar a su potestad de ejecución de la pena, fundamentalmente, en lo que se refiere al ejercicio de facultades coercitivas, las mismas que por imperio de la Constitución Política, no pueden ser delegadas a privados.

### **2.2.2. El garantismo penal**

El garantismo penal es una posición filosófica, antagónica al totalitarismo, y que en términos sencillos propugna la jerarquía de la Constitución (Ley) por encima de la ley<sup>21</sup>. Tal como ha sido desarrollado por Luigi Ferrajoli<sup>22</sup> en su obra *Derecho y Razón*, el “garantismo” es el principal rasgo funcional del estado de derecho, que designa no simplemente un “estado legal” o regulado por la “ley”, sino un modelo de estado nacido con las modernas Constituciones y caracterizado por: a) la plena vigencia del principio de legalidad y sometimiento del poder público a normas generales, b) respeto de los derechos fundamentales de los ciudadanos, cuya afectación los posibilita activar la tutela judicial.

---

<sup>20</sup> El artículo 139.22° de la Carta Política establece que “*Son principios y derechos de la función jurisdiccional: (...) El principio de que el régimen penitenciario tiene por objeto la reeducación, rehabilitación y reincorporación del penado a la sociedad.*”

<sup>21</sup> ALVARADO VELLOSO, Adolfo. *Garantismo Procesal contra Actuación Judicial de Oficio*. Valencia: Tirant lo Blanch, 2005, p. 303.

<sup>22</sup> FERRAJOLI, Luigi. *Ob. Cit.*, p. 855.



De una manera clara y concisa, resume Alvarado Velloso<sup>23</sup>, lo que hoy se conoce en la sociología jurídica con la denominación de garantismo procesal:

“Tomando partido por la Constitución y no por la ley, elijo proclamar:

- ✓ la libertad
- ✓ la garantía del debido proceso
- ✓ y el goce irrestricto del día de audiencia previa en la Corte de Justicia,
- ✓ donde todo ciudadano tiene derecho a ser juzgado imparcialmente por un juez
- ✓ y colocado por él en pie de perfecta igualdad frente a su contradictor,
- ✓ con absoluta bilateralidad de la audiencia,
- ✓ y sin la asunción por el juez de actitudes paternalistas con las partes o de tareas que no le incumben conforme a lo normado por la Constitución”.

Es en este sentido que un sistema acusatorio, que recoge una posición garantista del proceso penal pone de manifiesto el compromiso de un Estado como propiciador de un sistema de garantías como: los jueces predeterminados, excluyendo a los Jueces Ad-Hoc, ya que la ley debe de predeterminar qué Juez es competente para cada caso en concreto de manera antelada; que el Juez será un sujeto imparcial y sometido solo a la ley (independencia), garantizando además que todo inculcado tenga el derecho a la defensa técnica; que el acusado debe conocer quién es su acusador y cuáles son los cargos que se le imputan (principio de imputación necesaria).

---

<sup>23</sup> ALVARADO VELLOSO, Adolfo. Ob. Cit. p. 307.

Así mismo, que el proceso no es secreto sino debe ser eminentemente público, para que así la sociedad pueda ejercer un control indirecto sobre la administración de justicia; que toda resolución que emita un órgano jurisdiccional deba estar debidamente motivada, y sobre todo ser el resultado de un análisis lógico y crítico sobre las pruebas que han demostrado los hechos manifestados por las partes de manera fehaciente.

### **2.2.3. Garantía y eficacia en el proceso penal**

Son muchos los países latinoamericanos<sup>24</sup> que han ido dejando sistemas inquisitivos y mixtos para adoptar sistemas acusatorios modernos o garantistas. Con la intención de afianzar más el denominado “derecho constitucional aplicado”, se ha planteado la tesis de despojar de todo poder oficioso al Juez, en tanto que se asume como peligrosa la proposición de conferir poderes probatorios al Juez, despreciando la idea de que el Juzgador, recurriendo a la “prueba de oficio”, acceda supuestamente a la mítica “verdad real” y recordando además que esta tendencia se daba en los sistemas autoritarios, donde la búsqueda de la verdad material como fin del proceso llegó a justificar las torturas más grandes que ha conocido la historia.

Sin embargo, tal como ha sido señalado por Picó I Junoy, lo relevante no es buscar el origen histórico de una determinada institución y de ahí atacarla, sino analizar si dicha institución es o no válida para lograr la mejor justicia sin sacrificar ninguna garantía procesal. O si se quiere, examinar si las instituciones presuntamente autoritarias o de origen fascista, vulneran alguna garantía procesal.

---

<sup>24</sup> Entre ellos tenemos a: Colombia, Chile, Costa Rica, Panamá, entre otros.

Sólo en este caso deberemos optar por el garantismo. De lo contrario, entre dos opciones igualmente válidas y garantes, deberemos optar por aquella que permita la más justa decisión del caso concreto, pues así se alcanzará la mayor eficacia posible del sistema procesal<sup>25</sup>.

El garantismo procesal debe aumentar sus esfuerzos con el ánimo de respetar minuciosamente los mandatos de un debido proceso constitucional sin perder la eficacia y eficiencia en la solución de los conflictos en un tiempo razonable, y sin vulnerar las garantías de los justiciables<sup>26</sup>.

#### **2.2.4. Garantías constitucionales en el proceso penal**

La “constitucionalización de las garantías procesales” surgen durante la segunda mitad del siglo XX, tras la segunda guerra mundial, con la finalidad de asegurar –por vía de los textos constitucionales, en el ámbito nacional, y de tratados y convenios sobre derechos humanos en el ámbito internacional– un mínimo de garantías a favor de las partes procesales, que deben presidir cualquier modelo de enjuiciamiento. Así, a través de la positivización de estas garantías, y de su aplicación se pretendió evitar que el futuro legislador desconociese o violase tales garantías o no se vea vinculado por las mismas en la dirección de los procesos.

---

<sup>25</sup> PICÓ I. JUNOY, Joan. *El derecho procesal entre el garantismo y la eficacia: Un debate mal planteado*, 2012. En: Revista Iberoamericana de Derecho Procesal. Disponible en sitio web: <http://www.uru.edu/fondoeditorial/revista/pdf/rcj/v6.n1/EI%20Derecho%20Procesal%20entre%20el%20garantismo.pdf>. Consultado 14 de noviembre de 2015.

<sup>26</sup> GOZAÍNI, Osvaldo. *Derecho Procesal Constitucional: El debido proceso*. Buenos Aires: Rubinzal-Culzoni, 2004, p. 400.

El garantismo procesal implica pues, la puesta en práctica de las garantías que las leyes procesales instauran, conjuntamente con las que poseen proyección constitucional, a través de una postura garantista plenamente comprometida con la realidad constitucional, enfrentándose así al autoritarismo procesal, el cual ha generado una cultura autoritaria en la configuración de los procesos, creando sistemas inquisitoriales o mixtos que fueron adoptados en la mayoría de países latinoamericanos por largo tiempo.

#### **2.2.4.1. Debido Proceso**

##### **2.2.4.1.1. Derecho a un proceso sin dilaciones indebidas**

Para que la actividad jurisdiccional alcance sus objetivos de justicia es necesario que el proceso se tramite con celeridad. La esencia de la administración de justicia, es que para que esta sea justa, tiene que ser rápida. Como señala Binder<sup>27</sup>, el mero hecho de estar sometido a juicio, habrá significado una cuota irreparable de sufrimiento, gastos y aun de descrédito público.

Por tanto el derecho a un proceso sin dilaciones indebidas, es una garantía y a la vez un derecho subjetivo constitucional, que asiste a todos los sujetos que sean parte de un proceso penal, y que se dirige frente a los órganos del poder judicial y fiscal, creando en ellos la obligación de actuar en un plazo razonable el ius puniendi o de reconocer y en su caso restablecer inmediatamente el derecho a la libertad.

---

<sup>27</sup> BINDER, Alberto. *Introducción al derecho procesal penal*. 2da. Edición, Buenos Aires: Editorial Ad Hoc, 2000, p. 245.

Esta garantía ha sido reconocida a nivel de instrumentos internacionales en el artículo 8.1 de la Convención Americana Sobre Derechos Humanos que señala: “toda persona tiene derecho a ser oída, con las debidas garantías y persona acusada de un delito tendrá derecho, en plena igualdad, a las siguientes garantías mínimas: c) A ser juzgado sin dilaciones indebidas”.

En el NCPP se reconoce esta garantía, en el título preliminar, en su artículo I.1 al señalar que: “la justicia penal es gratuita, salvo el pago de las costas procesales establecidas conforme a este Código. Se imparte con imparcialidad por los órganos jurisdiccionales competentes y en un plazo razonable”.

No obstante ello, la garantía en comentario encontrará ciertas dificultades en cuanto se refiere a determinar “qué es un plazo razonable”, qué criterios debe considerarse en cuanto al derecho del acusado a ser juzgado “sin dilaciones indebidas” y cuál es exactamente el período a tomarse en cuenta para apreciar la duración de proceso<sup>28</sup>.

Así, no toda dilación o retraso en la tramitación del proceso puede identificarse como una infracción de la garantía en comentario, sino que las dilaciones indebidas han sido entendidas como supuestos extremos de funcionamiento anormal de la administración de justicia, con una irregularidad irrazonable en la duración mayor de lo previsible o lo tolerable, y además

---

<sup>28</sup> NOVAK, Fabián. *Las Garantías del Debido Proceso*. Lima: Materiales de Enseñanza de la Pontificia Universidad Católica del Perú, 1996, p. 71.

imputable a la negligencia o inactividad de los órganos encargados de la administración de justicia<sup>29</sup>.

En este marco, la evaluación sobre la existencia de un proceso con dilaciones indebidas debe realizarse caso por caso, mediante la aplicación a las circunstancias de cada supuesto de un grupo de factores objetivos y subjetivos que sean congruentes con su enunciado genérico, no se puede limitar a una simple constatación del incumplimiento de los plazos, pues, incluso, reclama su funcionalidad para los casos en que no se ha previsto un plazo específico. La existencia de dilaciones indebidas ha de ser integrado en cada caso concreto mediante el examen

Al respecto podemos referir:

A la pregunta ¿qué es un plazo razonable?, y ¿cómo se mide la razonabilidad en el plazo?, tenemos dos teorías:

***La teoría del plazo y la teoría del no plazo:***

La doctrina del plazo considera que: Un plazo será razonable siempre y cuando cumpla ese lapso de tiempo establecido en la ley. Ejemplo: Si la duración de las diligencias preliminares es de 60 días será razonable la investigación que no excede del límite.

La doctrina del no plazo: responde que se debe tener en cuenta: La duración efectiva del proceso, la complejidad del asunto y la prueba, la gravedad del hecho

---

<sup>29</sup> GOZAÍNÍ, Osvaldo. Ob. Cit., p. 402.

imputado, La actitud del inculpado, La conducta de las autoridades viola el derecho al plazo razonable lo que sigue es su reparación. Para medir la razonabilidad del plazo, se ha de tener en cuenta:

- ✓ La duración efectiva del proceso,
- ✓ La complejidad del asunto y la prueba,
- ✓ La gravedad del hecho imputado,
- ✓ La actitud del inculpado,
- ✓ La conducta de las autoridades encargadas de realizar el procedimiento y otras circunstancias relevantes.

En el Perú el Tribunal Constitucional ha señalado que se debe tener en cuenta: La duración efectiva del proceso, la complejidad del asunto y la prueba, La gravedad del hecho imputado, La actitud del inculpado, La conducta de las autoridades encargadas de realizar el procedimiento y otras circunstancias relevantes<sup>30</sup>.

---

<sup>30</sup> Esto ha sido materia de pronunciamiento en la sentencia recaída en el expediente 3509-2009-PHC/TC, caso CHACÓN MÁLAGA al señalar: “Este Colegiado al tratar sobre el punto de partida para la evaluación del “plazo razonable”, considera que en materia penal el comienzo del mismo, debe computarse desde el momento en que la persona conoce de la atribución o señalamiento que le afecta concretamente, ya sea por un particular en una denuncia o por acto de autoridad judicial u otra autoridad competente, como sospechoso de haber participado en un hecho delictivo. El hecho objetivo a partir del cual debe empezar a computarse el plazo dentro de este proceso es la apertura de investigación fiscal, por constituir el primer acto de carácter cuasi jurisdiccional por medio del cual el hoy recurrente tomó conocimiento de que el Estado había activado al aparato persecutor, es decir el cómputo del plazo de duración del proceso, data del 28 de noviembre del año 2000. En tal sentido, el presente proceso lleva a la fecha de expedición de la presente sentencia, un total de ocho años, diez meses y veinte días. Seguidamente se procederá a analizar dicho plazo, que prima facie se advierte excesivo, sobre la base de los ya criterios materiales de análisis; a saber: complejidad del asunto, actuación del órgano jurisdiccional, conducta procesal de las partes. En cuanto a la complejidad del proceso, conforme consta de la copia del auto de apertura de instrucción, a fojas 24, así como del auto de enjuiciamiento, a fojas 138, se trata de un proceso con un gran número de imputados, lo que conforme a lo aseverado en el informe (a fojas 488 y siguientes) elaborado por la presidenta de la Sala Penal emplazada, doña Inés Villa Bonilla, quien reconoce que han llegado a sumar 35 imputados. Al respecto, dicha cantidad de procesados es en definitiva un aspecto que incide en gran medida en la complejidad del proceso (...).”

El plazo razonable en el proceso penal puede ser entendido en un sentido amplio tanto para abarcar la fase de investigación como la fase judicial; ello ha sido aceptado desde la perspectiva de los derechos Fundamentales. En tal sentido, en el caso Cantuarias Salaverry, el Tribunal Constitucional señaló que la labor que el fiscal realice una vez recibida la denuncia o conocida la noticia criminal no ha sido desarrollada en detalle por el ordenamiento jurídico vigente, Sin embargo, esta actividad está sujeta a diversos principios y garantías que orientan su normal desenvolvimiento para que esta sea conforme a la Constitución<sup>31</sup>.

Tras realizar un análisis de las diversas sentencias<sup>32</sup> emitidas por el Tribunal Constitucional en la que se manifiestan los criterios para determinar el plazo razonable dentro de la investigación preparatoria, se pueden esquematizar como sigue:

**i. Criterios para la determinación del plazo razonable en la investigación fiscal:**

A. Criterio subjetivo

- a. La injustificada inasistencia del investigado a las citaciones del fiscal.
- b. El ocultamiento o negativa injustificada a entregar información relevante para el desarrollo de la investigación.
- c. Recurrir de mala fe a determinados procesos constitucionales u ordinarios con el fin de filtra o paralizar la investigación prejurisdiccional.

---

<sup>31</sup> STC Exp. N° 06167-2005-PHC. Lima, 28 de febrero del 2006.

<sup>32</sup> STC Exp. N° 06079-2008-PHC/TC; N° 3771-2004-HC/TC; N° 6167-2006-PHC/TC; N° 594-2004-HC/TC; N° 05228-2006-HC/TC.



- d. Todas aquellas conductas que tengan por fin desviar o evitar que los actos de investigación conduzcan a la formalización de la denuncia penal.

#### B. Criterio objetivo

- a. La naturaleza y cantidad de hechos investigados.
- b. La pluralidad de personas investigadas.
- c. Los recursos con los que cuenta el órgano de investigación.

#### **ii. Autoridad encargada de la determinación de la complejidad del proceso, el fiscal o el juez de la investigación preparatoria:**

El fiscal en el sistema acusatorio adversarial es el director de la investigación, como tal tiene un conjunto de atribuciones, como diseñar la estrategia de investigación de acuerdo a la naturaleza del hecho delictivo, por ello, aplicando una interpretación a contrario del artículo 342.2 del CPP del 2004 podemos concluir que el fiscal es quien determina la complejidad o no de la investigación, esto es, la fijación del plazo de la investigación en cuatro (no complejo) u ocho meses (complejo), asumiendo el juez de investigación preparatoria un control ex post de la disposición fiscal, cuando los demás sujetos procesales cuestionen la razonabilidad del plazo. En resumen para la complejidad de la investigación, es suficiente la disposición fiscal que así lo declare, debiendo ser solamente comunicada al juez de la investigación preparatoria<sup>33</sup>.

---

<sup>33</sup> Acuerdo Plenario N ° 07-2009. Tema N° 7. Juzgados Penales de Investigación Preparatoria de Trujillo. Trujillo, 22 de Mayo del 2009.

#### 2.2.4.1.2 Derecho a un juez imparcial

La imparcialidad del órgano jurisdiccional es la primera y más importantes garantía dentro del Proceso Penal. Esta garantía permite que el juez sea un tercero entre las partes, toda vez que resolverá la causa sin ningún tipo de interés en el resultado del proceso sea por una vinculación subjetiva con algunas de las partes o por alguna vinculación con los elementos de convicción del proceso que hayan formado en su interior un pre-juicio con respecto a la causa en concreto<sup>34</sup>.

Dicha garantía que a la vez constituye un principio dentro del proceso penal encuentra su origen en la división de funciones del Estado Moderno, lo que en el marco del proceso penal, se traduce en la división de roles entre juzgador, acusador y defensa. La misma que en el modelo acusatorio oral impone la división de funciones. La imparcialidad impone la rigurosa aplicación del principio de la identidad: el juez es juez, nada más que juez. Y entre el juez y las partes resulta aplicable el principio del tercio excluido; o bien es parte o bien es juez; no hay posibilidad intermedia<sup>35</sup>.

Dentro de la esfera del derecho internacional de los derechos humanos la imparcialidad del juez se manifiesta como una expresión del derecho humano al debido proceso. En efecto la Corte Interamericana de Derechos Humanos señala que *“el derecho a ser juzgado por un juez o tribunal imparcial es una garantía fundamental del debido proceso. Es decir, se debe garantizar que el juez o tribunal en el ejercicio de su función como juzgador cuente con la mayor*

---

<sup>34</sup> MONTERO AROCA, Juan. *Imparcialidad o Incompatibilidad. Sobre la Imparcialidad del Juez y la Incompatibilidad de Funciones Procesales*. Valencia: Editorial Tirant lo Blanch, 1998, p. 332.

<sup>35</sup> CARO CORIA, Dino Carlos. Las garantías constitucionales del proceso penal. En: *Anuario de Derecho Constitucional Latinoamericano*, T. II, Buenos Aires, 2006, p. 1028.

*objetividad para enfrentar el juicio. Esto permite a su vez, que los tribunales inspiren la confianza necesaria a las partes en el caso, así como a los ciudadanos en una sociedad democrática*”<sup>36</sup>.

También ha tenido reconocimiento jurisprudencial, como se ve de las sentencias del Tribunal Constitucional y en el ámbito internacional la de La Corte Interamericana de Derechos Humanos<sup>37</sup> y la del Tribunal Europeo de Derechos Humanos, de donde se ha desarrollado la división de la imparcialidad en dos aspectos: subjetivo y objetivo.

#### **i. Manifestaciones de la imparcialidad:**

- a) **Imparcialidad subjetiva:** La imparcialidad subjetiva refiere a que el juez no debe tener ningún tipo de interés con el resultado a que pueda llegar el proceso para alguna de las partes, como puede ser que una de las partes sea un familiar suyo, o que sea su acreedor, o tenga algún tipo de enemistad, etc. ya que esto podría generar peligro de parcialidad en el juez<sup>38</sup>.
- b) **Imparcialidad objetiva:** La imparcialidad objetiva está referida a que el sistema judicial debe brindar las condiciones necesarias para evitar que el juez caiga en el vicio de la parcialidad, es decir que las normas que regulan su actuación deben de buscar que el juez no tenga

---

<sup>36</sup> Sentencia de 2 de junio de 2000 (Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas). Caso Herrera Ulloa Vs. Costa Rica. F.J. 171.

<sup>37</sup> Caso Herrera Ulloa Vs Costa Rica. Sentencia del 2 de Julio de 2004. “La Corte considera que el derecho a ser juzgado por un Juez o Tribunal Imparcial en el ejercicio de su función cuenta con la mayor objetividad para enfrentar el Juicio, esto permite a su vez, que los tribunales inspiren confianza necesaria a las partes en el caso, así como a los ciudadanos en una sociedad democrática”.

<sup>38</sup> Cfr. STC. Exps. 6149-2006-PA/TC y 6662-2006-PA/TC.

prejuicios o favorezca a alguna parte sobre otra en base al contacto que ha tenido con la causa. Para actuar frente a casos en que existe el peligro que se verifique cierta paralización por parte del juez, se han establecido determinadas garantías, tales como la Inhibición<sup>39</sup> y la recusación.

**ii. ¿La remisión de los actuados al juez penal al culminar la etapa intermedia afecta su imparcialidad?: la discusión del Pleno de Arequipa.**

En el Pleno Regional de Arequipa, llevado a cabo en Julio del 2009, se planteó dos posturas de cara a la remisión de los actuados: La primera posición que sostenía que la remisión de los actuados al juez de juzgamiento, al término de la etapa intermedia, sí afectaba su imparcialidad, y; la segunda posición que, la remisión de los actuados al juez de juzgamiento, al término de la etapa intermedia, no afectaba su imparcialidad.

**a. Afectación del principio del juez no prevenido.**

El expediente judicial no debe estar en las manos del juez de juzgamiento pues al existir la posibilidad de su uso indebido se está configurando la causal de parcialidad objetiva en el sentido que el Estado a través de la dación de la normativa procesal está posibilitando que se sentencie en base a actos de investigación, que se formen pre-juicios en base a ellos y por tanto que la función

---

<sup>39</sup> Exp. N ° 2008-00023-15-2801-SP-PE-1. Sala de Apelaciones de Moquegua. Resolución N ° 02. Moquegua, tres de julio del dos mil ocho: “La imparcialidad es una garantía fundamental en el proceso penal acusatorio. El hecho de que el Magistrado que se ha inhibido en el proceso penal por delito de desobediencia y resistencia a la autoridad haya sido el mismo que emitió sentencia en el proceso extrapenal cuya orden no ha acatado el imputado, pone en duda su imparcialidad como juez de la Investigación Preparatoria, por lo que debe declararse fundada la inhibición”.

del juez en el sistema Adversarial cambia a una búsqueda de la verdad histórica, lo que es contrario al espíritu de la reforma procesal penal peruana.

Pero el expediente sigue siendo necesario en tanto las actuaciones están reflejadas en él y de hecho sirven para el desarrollo del juicio en la medida que se tiene certeza de que lo que se ha actuado en la investigación está reflejado en el expediente y será materia de la actuación probatoria, recuérdese que la diferencia entre actos de investigación y actos de prueba no está en la materialidad de los actos sino en las funciones y las etapas en las cuales se han dado.

#### **b. Problemas derivados de la desaparición del expediente judicial.**

En ese sentido se podría apreciar que existen aparentemente ciertos problemas en la desaparición del expediente, toda vez que sería dificultoso para el juez al no tener el expediente a la mano verificar si, por ejemplo, el informe pericial es acorde a lo que está diciendo el perito y si esto se ha reflejado en el debate o si el uso de las declaraciones previas (en el examen o contra-examen) es pertinente o no.

**- El uso de las declaraciones previas, la introducción de documentos y prueba material:** Con respecto al uso de declaraciones previas estas se dan en dos casos, primero en el interrogatorio cuando un testigo propio no recuerda algún aspecto de los hechos o de una declaración anterior, por lo cual el litigante pide permiso al juez para hacer uso de la declaración previa que hubiere dado y así refrescar memoria.

El segundo caso se da cuando en el contra examen el litigante se da cuenta que el testigo ha caído en una contradicción con alguna declaración que ha dado en sede preliminar, por lo cual pide hacer uso de la técnica del uso de declaraciones previas. La propuesta que se da y que justifica que el juez no tenga a la mano el expediente y así evitar la parcialidad objetiva es que el expediente lo tenga el fiscal y la defensa.

Cuando alguno de ellos lo quiera utilizar lo tendrán a la mano y cuando el juez quiera verificar la veracidad y sentido de admitir el uso de las declaraciones previas no tiene más que pedirle al fiscal y al defensor que presente la pieza materia de discusión y así pronunciarse, respetándose de este modo la oralidad, inmediación y haciendo más dinámico el debate, pues las partes en ese momento alegaran lo necesario con respecto al uso de estos documentos. Lo mismo se puede decir del uso de pericias, documentos y prueba material, toda vez que ya existió un control en la etapa intermedia de la admisión probatoria de los actuados, por tanto no es necesario un segundo control que afecte la imparcialidad judicial.

**- El uso de la prueba de oficio:** La prueba de oficio se refiere a que durante el juicio oral, el juez en virtud del art. 385.2 puede excepcionalmente, una vez culminada la recepción de las pruebas disponer, de oficio la actuación de nuevos medios probatorios, lo cual señala una posición de la doctrina afecta el principio acusatorio y la imparcialidad toda vez que el juez está asumiendo la labor de parte al aportar pruebas (que es labor de las partes).

Esta situación se puede ver favorecida si el juez de juzgamiento tiene los actuados a la vista a raíz de la formación del expediente judicial por parte de él, pues al conocer de todos los actuados, ante la presentación de la teoría del caso por las partes puede haber espacios que no estén cubiertos por la teoría del caso y el juez se puede ver en la necesidad de actuar otros medios probatorios en su afán por llegar a conocer la verdad histórica, con lo cual se aleja de la función que le ha asignado el nuevo código procesal de solo formar su convicción en base a los actos de prueba que por definición aportan las partes.

Por ello es necesario que el expediente judicial no esté al alcance del juez de juzgamiento, pues si bien se ha regulado la actuación de la prueba de oficio en nuestro país, esta solo se puede dar si del curso del debate resultasen indispensables o manifiestamente útiles, pero con el uso del expediente no se actúa la prueba de oficio por la necesidad del debate sino por la lectura del expediente judicial, volviéndose la prueba de oficio la regla y no la excepción como está regulado en nuestro proceso penal.

Pues del debate en el cual se actúa prueba aportada por las partes puede surgir dudas en cuanto a la credibilidad de cierto medio probatorio lo cual traería la teoría de la prueba sobre prueba.

**c. La remisión del expediente al juez penal hace necesario que se sentencie en base a lo leído y no a lo actuado en juicio.**

La remisión del expediente judicial al juez penal afecta seriamente la imparcialidad objetiva del juez, desnaturalizado su función en el proceso penal

acusatorio contradictorio, confundiendo actos de prueba con actos de investigación y dándole funciones administrativas cuando lo esencial a él es la función decisoria.

Pero esto no quiere decir que el expediente judicial tenga que desaparecer, pues es necesario que el expediente exista en la medida que los litigantes tengan la oportunidad de poner en práctica su teoría del caso con todas las herramientas posibles, teniendo como base el expediente judicial donde se encuentran los actuados, sustento probatorio de la teoría del caso.

Una vez que el juez de la etapa intermedia acabe su labor debe remitir al juez de juzgamiento el auto de enjuiciamiento para que conozca del caso y la imputación concreta que se hace al procesado (no siendo tampoco tan relevante en la medida que la acusación se hará de forma oral en el alegato de apertura y de clausura que deben ser valorados por el juez de juzgamiento).

El llamado expediente judicial debe elaborado por el juez de la etapa intermedia y debe ser enviado a las partes para que hagan uso de su derecho según el artículo 137.1 correspondiente al pedido de incorporación o exclusión de alguna actuación que obre en el expediente judicial, tramitándose esto como un incidente de la etapa intermedia.

#### **2.2.4.2 Tutela Judicial Efectiva**

El derecho a la tutela jurisdiccional “es el derecho de toda persona a que se le haga justicia; a que cuando pretenda algo de otra, esta pretensión sea atendida



por un órgano jurisdiccional, a través de un proceso con garantías mínimas”<sup>40</sup>. El derecho a la tutela jurisdiccional efectiva consiste en exigir una prestación del Estado, para lo cual se requiere de técnicas procesales idóneas para la efectiva tutela de cualquiera de los derechos.

Se desea proponer, que el derecho a la tutela jurisdiccional, aun sin perder su característica de derecho a la igualdad de oportunidades de acceso a la justicia, pase a ser visto como el derecho a la efectiva protección del derecho material, del cual son deudores el legislador y el Juez. Es un atributo subjetivo que responde a la necesidad de que el proceso cumpla realmente con sus fines a los que está llamado a cumplir, en la medida que el proceso supone el ejercicio de la función jurisdiccional del Estado<sup>41</sup>.

Por su parte De Bernadis define la tutela jurisdiccional efectiva como “la manifestación constitucional de un conjunto de instituciones de origen eminentemente procesal, cuyo propósito consiste en cautelar el libre, real e irrestricto acceso de todo los justiciables a la prestación jurisdiccional a cargo del Estado, a través de un debido proceso que revista los elementos necesarios para hacer posible la eficacia del derecho contenido en las normas jurídicas vigentes o la creación de nuevas situaciones jurídicas, que culmine con una resolución final ajustada a derecho y con un contenido mínimo de justicia, susceptible de ser

---

<sup>40</sup> GONZALES PÉREZ, Jesús. *El derecho a la tutela jurisdiccional efectiva*. 2da. Edición, Barcelona: Editora Civitas, 1985, p. 27.

<sup>41</sup> *Ibidem*.

ejecutada coercitivamente y que permita la consecución de los valores fundamentales sobre los que se cimienta el orden jurídico en su integridad”<sup>42</sup>.

Está reconocido en nuestro ordenamiento constitucional en el artículo 139°, inciso 3, donde si bien aparece como “principio y derecho de la función jurisdiccional”, es claro tanto para la doctrina unánime como para la propia jurisprudencia del Tribunal Constitucional peruano<sup>43</sup>, que se trata de un derecho constitucional que en su vertiente subjetiva supone, en términos generales: a) un derecho a favor de toda persona de acceder de manera directa o a través de representante, ante los órganos judiciales; b) de ejercer sin ninguna interferencia los recursos y medios de defensa que franquea la ley; c) de obtener una decisión razonablemente fundada en derecho; y, finalmente, d) de exigir la plena ejecución de la resolución de fondo obtenida.

Aquí solo haremos referencia al derecho a los recursos legalmente previstos por la ley, como manifestación implícita de la tutela judicial efectiva, y que constituye una de las principales garantías frente al arbitrio judicial.

#### **a. Derecho a los recursos legalmente previstos por la ley**

Este derecho se encuentra íntimamente relacionado con el derecho a la pluralidad de instancias reconocido en la Constitución<sup>44</sup>, lo que encuentra fundamento en la falibilidad de los órganos judiciales.

---

<sup>42</sup>DE BERNARDIS, Luis Marcelo. *La garantía procesal del debido proceso*. Lima: Editores Cultural Cuzco, 1985, p. 154.

<sup>43</sup> EXP. N° 4080-2004-AC/TC. ICA.

<sup>44</sup> Artículo 139. Son principios y derechos de la función jurisdiccional: 6. La pluralidad de la instancia.

Bajo este fundamento se ha establecido el recurso de apelación como el medio impugnatorio por excelencia – debido a la amplia libertad de acceso a éste– al que se le encomienda la función de hacer efectivo el tan mentado Derecho al recurso<sup>45</sup>.

Y ello porque frente al posible error judicial por parte del Juez Ad Quo en la emisión de sus resoluciones, surge la Apelación con el propósito de remediar dicho error, llevado a cabo ante el Juez Ad Quem, quien va a realizar un análisis fáctico y jurídico sobre la resolución impugnada. Sin embargo, durante el proceso de reforma han surgido distintos cuestionamientos en cuanto al recurso de apelación. Pues tal como ha sido regulado en el NCPP 2004, tanto el Ministerio Público como el imputado están legitimados de interponer recurso de apelación cuando la resolución impugnada sea contraria a sus intereses y no haya sido consentida.

Es decir, se establece la facultad de recurrir no solo los fallos condenatorios sino también los absolutorios con la consecuente posibilidad de una condena en segunda instancia. El problema se sitúa precisamente en este punto, y en la interpretación que se le dado al artículo 14.5 del PIDCP, que señala lo siguiente: “Toda persona declarada culpable de un delito tendrá derecho a que el fallo condenatorio y la pena que se le haya impuesto sean sometidos a un tribunal superior, conforme a lo prescrito por la ley”.

Toda vez que realizando una interpretación literal de tal normativa podríamos concluir que la persona ha sido absuelta en primera instancia y que

---

<sup>45</sup> DE LA OLIVA SANTOS, Andrés. El Derecho a los Recursos. Los problemas de la única instancia. En: *Revista Tribunal de Justicia*, N° 10, Madrid, 1997, p. 980.

luego tras la interposición del Ministerio Público de un recurso de apelación es condenada en segunda instancias, debería tener la posibilidad de interponer un medio impugnatorio con la finalidad de que el fallo condenatorio y la pena impuesta vuelvan a ser revisadas por un Tribunal Superior.

Sin embargo, en nuestro ordenamiento esa no es una posibilidad regulada por el código procesal penal, pues entendemos que la Casación no tiene la misma naturaleza que la apelación, por cuanto el primero es un recurso extraordinario. Respecto, a esta problemática, es que han surgido una serie de posiciones que intentarían dar respuesta a lo planteado. Estas posiciones distintas entre sí, serán analizadas a continuación:

**i. El art. 425.3 del NCPP colisiona con las garantías constitucionales**

Esta posición es la asumida por la Sala Superior Penal de Arequipa, quien ha señalado en el Exp. 2008-12172-15, caso Jorge Ccanahuire, que:“El tener que condenar a quien estuvo precedentemente absuelto, coloca al Tribunal Superior en una situación especial: emitiría una reformatio in peius que sería legal si existiera un tribunal revisor de mérito previsto para conocer de la probable impugnación, como lo señala el derecho constitucional nacional y el fundamental de los derechos humanos (Art. 10 y 11 DUDH; Art. 4, 14 y 15 PIDC, Art. 8.2 de Convención Interamericana de Derechos Humanos)”.

Y respecto a la posibilidad que tiene el imputado de interponer recurso de casación ante el fallo condenatorio emitido por el juez superior, señala que:“No resulta suficiente la existencia de un recurso de casación cuya naturaleza y

finalidad procesal es distinta del recurso de apelación”<sup>46</sup>. Respecto al derecho a la pluralidad de instancia (continúa la jurisprudencia) “Constituye una garantía consustancial del debido proceso, mediante el cual se persigue que lo resuelto por un juez de primera instancia pueda ser revisado por un órgano funcionalmente superior, y de esa manera se permita que lo resuelto por aquel, cuando menos sea objeto de un doble pronunciamiento”.

Por lo que concluye la Sala Superior de Arequipa, declarando inaplicable (en parte) el artículo 425.3 del NCPP, en tanto se habilite una instancia suprema de juzgamiento en revisión, pues lo contrario colisiona con el derecho a la instancia plural (revisión por otro órgano superior) que consagra la constitución (art. 139.6) y las normas de protección internacional de los derechos humanos (Art. 10 y 11 DUDH; Art. 4, 14 y 15 PIDC, Art. 8.2 de Convención Interamericana de Derechos Humanos).

## **ii. El art. 425.3 del NCPP cumple con la garantía de la doble instancia**

Una posición contraria a lo explicado líneas arriba, señala que la condena del absuelto no afecta la garantía de la doble instancia, por cuanto el contenido constitucionalmente protegido por esta garantía es el doble grado de jurisdicción, es decir, la posibilidad de que el objeto o pretensión pueda ser discutido ampliamente (juicio histórico y juicio jurídico) en dos instancias por ambas partes de la relación procesal.

---

<sup>46</sup> El art. 429 del NCPP ha establecido las causas para interponer recurso de casación en materia penal) y dirigido a lograr que el máximo tribunal (Corte Suprema de Justicia) se pronuncie al respecto. HINOSTROZA MINGUEZ, Alberto. *Medios impugnatorios en el proceso civil*. Lima: Editora Idemsa, 2009, p. 183.

Por lo que quedaría claro que el art. 425.3 b) del NCPP no afecta este derecho, dado que, el imputado tiene la posibilidad de discutir en dos oportunidades la pretensión punitiva. Se podrá defender de la acusación durante la primera instancia y luego, ante el recurso presentado por el Fiscal, podrá también hacerlo en el juicio de segunda instancia. Finalmente, respecto a la interpretación literal que se le hace al art. 14.5 del PIDCP se establece que el Derecho tiene diversos métodos de interpretación a los cuales podemos recurrir, que para el caso concreto se debe tener en cuenta un método de interpretación histórica, pues nos permitirá conocer el entorno en que dicha norma se gestó y de esa evitar aplicarla a contextos para los cuales no fue pensada.

**iii. Ante la apelación de sentencia se debe optar por la anular el Juicio Oral**

La sentencia emitida por la Segunda Sala Penal de Apelaciones de La Libertad, en el expediente 5097-2008-60, establece una tercera posición. Sin embargo, es necesario establecer que el presente caso no tiene como objeto la impugnación de un fallo absolutorio sino condenatorio, pero se pronuncia de igual modo sobre la regulación del sistema apelación adoptado por el legislador.

Mediante la apelación, se pide la nulidad absoluta de la sentencia de primera instancia, en vista que se ha perdido el audio. La Sala de Apelaciones establece que: “El hecho en concreto de no existir la reproducción íntegra del Juicio Oral en el que se determinó la responsabilidad penal y civil del acusado, y por ende, constancia de sus desarrollo, hace imposible la revisión del fondo de la sentencia apelada; ingresar a hacerlo sería inobservar el debido proceso y específicamente el

derecho a la pluralidad de instancia, reconocido en el inciso 6) del artículo 139° de la Constitución, derecho que tiene por objeto garantizar que las personas que participen en un proceso judicial tengan la oportunidad de que lo resuelto por un órgano jurisdiccional sea revisado por un órgano superior de la misma naturaleza, siempre que se haya hecho uso de los medios impugnatorios pertinentes dentro del plazo establecido”.

Esta tercera posición, establece que “ante la ausencia de los audios que registran el juicio oral, no se puede corroborar lo señalado en la sentencia impugnada, y por tanto tampoco se puede “ejercer a plenitud la exigencia normativa de reexaminar no sólo los fundamentos que tuvo el juez para emitir la sentencia recurrida sino para ejercer un control sobre la legalidad del proceso y de la propia resolución”. Por lo que concluyen declarando ANULANDO el Juicio Oral y la Sentencia condenatoria.

En conclusión, la Sala de Apelaciones de La Libertad plantea una solución ante las apelaciones de sentencias, estableciendo que se respetaría la garantía de la pluralidad de instancias siempre que el Juez A quem tenga la posibilidad de escuchar los audios del debate probatorio en el juicio oral, verificando así si se cumplió o no con la legalidad del proceso y garantizando el derecho de defensa de las partes.

Sin lugar a dudas, interpretaciones distintas versan en torno al tema del recurso de apelación, su legitimidad y las modificaciones que se deberían aplicar en su regulación. Lo que genera un pronunciamiento de los órganos

jurisdiccionales competentes, a fin de unificar la jurisprudencia y garantizar una seguridad jurídica a todo aquel que se encuentre sometido a un proceso penal.

### **2.2.4.3 Derecho de Defensa**

El profesor argentino Alberto Binder<sup>47</sup> llega a sostener que la garantía de defensa en juicio es la que torna operativas las demás garantías del proceso penal. En virtud a este derecho, a toda persona se le asegura “la posibilidad de intervenir ya sea directamente y/o a través de un defensor letrado, desde el inicio y a lo largo de todo el procedimiento penal, en todas las actuaciones del procedimiento en que la ley expresamente no lo excluye, con la finalidad de manifestar su inocencia o cualquier circunstancia que extinga o atenúe su responsabilidad”<sup>48</sup>.

El Art. 139° inc. 14 de la Constitución establece: “Son principios y derechos de la función jurisdiccional: (...) no ser privado del derecho de defensa en ningún estado del proceso”, además toda persona será informada inmediatamente y por escrito de las causas o razones de su detención y tiene derecho a comunicarse personalmente con un defensor de su elección y a ser asesorada por este éste desde que es citada o detenida por cualquier autoridad”.

En virtud de esta disposición, se garantiza que los justiciables, en la determinación de sus derechos y obligaciones, cualquiera sea su naturaleza (civil, mercantil, penal, laboral, etc.), no queden en estado de indefensión.

---

<sup>47</sup> BINDER, Alberto. Ob. Cit., p. 246.

<sup>48</sup> CAMPS ZELLER, José Luis. *La defensa del imputado en la investigación del nuevo proceso penal*. Santiago: Editora Lexis Nexis, 2003, p. 12.



Por su parte, el artículo IX del Título Preliminar del Nuevo Código Procesal Penal, establece que: “Toda persona tiene derecho inviolable e irrestricto a que se le informe de sus derechos, a que se le comunique de inmediato y detalladamente la imputación formulada en su contra y a ser asistida por un Abogado Defensor de su elección o, en su caso por un abogado de oficio, desde que es citada o detenida por la autoridad”. De lo establecido por la citada norma, se desprenden las siguientes manifestaciones del derecho de defensa.

#### **a. Manifestaciones del Derecho de Defensa**

**- Derecho a ser informado de la imputación o de ser el caso, de la acusación:**

- i. Contenido de la información: Esta información debe comprender tanto la naturaleza de la imputación formulada en contra de la persona así como la cusa de dicha acusación<sup>49</sup>.
- ii. Oportunidad de la información.

**- Derecho al tiempo y a las facilidades necesarias para la defensa:** De ahí que, el contenido esencial del derecho de defensa queda afectado cuando, en el

---

<sup>49</sup> EXP. N.º 3390-2005-PHC/TC. Caso: Jacinta Margarita Toledo Manrique. “En el caso de autos, el Juez penal instaura instrucción por el delito por falsificación de documentos en general, omitiendo pronunciarse en cuál de las modalidades delictivas presumiblemente habría incurrido la imputada, y al no precisar si la presunta falsificación de documentos que se imputa a la favorecida está referida a instrumentos públicos o privados, lesiona su derecho a la defensa, toda vez que, al no estar informada con certeza de los cargos imputados, se le restringe la posibilidad de declarar y defenderse sobre hechos concretos, o sobre una modalidad delictiva determinada y, con ello, la posibilidad de aportar pruebas concretas que acrediten la inocencia que aduce. Esta omisión ha generado un estado de indefensión que incidirá en la pena a imponerse y en la condición jurídica de la procesada, lo cual demuestra que el proceso se ha tornado en irregular por haberse transgredido los derechos fundamentales que integran el debido proceso, esto es, el derecho de defensa; ello, a su vez, ha determinado la afectación de la tutela jurisdiccional, ambos garantizados por la Norma Constitucional (...)”

seno de un proceso judicial, cualquiera de las partes resulta impedido, por concretos actos de los órganos judiciales, de hacer uso de los medios necesarios, suficientes y eficaces para ejercer la defensa de sus derechos e intereses legítimos.

- Derecho a contar con asistencia pública

### **2.2.5. Garantías procesales del imputado**

No cabe duda en el ámbito político, académico y mayoritariamente en el propio estamento judicial que la estructura y funcionamiento de la justicia criminal en nuestro país debe ser modificada, de manera tal que se adecúe al cumplimiento de la misión que le encomienda la sociedad respetando el marco de los derechos constitucionalmente reconocidos, dentro del cual debe actuar y de cuya real vigencia debe ser su garante.

En este análisis que se inicia, ineludiblemente aparecerá y estará reiteradamente presente el tema relativo a los principios, normas y garantías del debido proceso que, sin ser específicamente el que constituye la finalidad de nuestra preocupación, que ya hemos reiterado se encamina a los derechos del imputado ante la justicia penal, es necesario que destinemos algunas explicaciones a las cuestiones que se le vinculan como un trasfondo del estudio que acometemos.

El due process of law lo entendemos de la manera como es enfocado por la doctrina y el Derecho Internacional de los Derechos Humanos, esto es, como el derecho a un tribunal competente, independiente e imparcial; el derecho a un proceso justo y el derecho a un recurso efectivo, por cuanto la realización de estos

derechos representa una obligación internacional y nacional de rango constitucional, para el Estado chileno, así como para la gran mayoría de los Estados que integran la comunidad internacional.

En suma, no existe un “juicio” propiamente tal en que se sostengan equilibradamente por un lado el ejercicio de la acción penal que representa el poder punitivo estatal y, del otro, la defensa del imputado, pues en esta etapa no se reconocen realmente derechos al imputado y en él se estructura de tal forma el ejercicio de la potestad sancionadora del Estado que ella aparece como la finalidad preeminente de este período, traducida en el logro de la aclaración del hecho punible investigado y su sanción, sin un contrapeso que pudiese representar los intereses que necesita hacer valer el imputado frente al Estado.

## **2.2.6. Las nuevas formas de criminalidad**

### **2.2.6.1. La criminalidad organizada**

Actualmente la criminalidad organizada ha alcanzado importantes proporciones tanto por su incremento y poder, como por las nuevas formas con que actúa. Ante esto, la política criminal de los Estados se ha dirigido a adoptar medidas extraordinarias de tipo legislativo y administrativo, que se consideran necesarias para hacer frente con mayor eficacia a esta clase de delincuencia, buscando así dotar a los organismos encargados de la persecución y represión

penal, de nuevos instrumentos que se apartan de las técnicas tradicionales de investigación<sup>50</sup>.

La justificación de estas medidas parte de la poca capacidad con que los medios ordinarios de investigación han respondido en la lucha contra la criminalidad organizada, la cual por revestir mayor gravedad y por sus características especiales frente a la delincuencia común, requiere de instrumentos excepcionales o de emergencia para su prevención y represión, pues por su complejidad se generan dificultades, en especial en el campo probatorio, escapando fácilmente a la persecución y enjuiciamiento de sus actividades delictivas<sup>51</sup>. La criminalidad organizada se presenta en el seno de la sociedad postindustrial, caracterizada por la experimentación científica que ha creado nuevos desarrollos tecnológicos y, con ello, nuevos riesgos para la humanidad.

En este panorama, la aversión y temor al riesgo se va incrementando en la sociedad<sup>52</sup>, lo cual es aprovechado por los gobiernos de turno para difundir la idea de un gran peligro enfocado en un enemigo común al que hay que acabar a como dé lugar, a través de la utilización de medidas extremas, sin preocuparnos mucho por los límites y controles, pues se piensa que entorpecerían su eficiencia<sup>53</sup>.

---

<sup>50</sup> RIQUELME PORTILLA, Eduardo. "El agente encubierto en la ley de drogas: la lucha contra la droga en la sociedad del riesgo". En: *Política criminal*, 2006. Disponible en sitio web: [Url:http://www.politicacriminal.cl/n\\_02/a\\_2\\_2.pdf](http://www.politicacriminal.cl/n_02/a_2_2.pdf). Consultado 01 octubre de 2015.

<sup>51</sup> SOTOMAYOR ACOSTA, Juan Oberto. "Los estragos de la lucha contra la criminalidad organizada en el sistema penal: el caso colombiano". En: *Revista de Derecho Penal*. Montevideo: Fundación de Cultura Universitaria, N° 17, 2008, p. 104.

<sup>52</sup> RIQUELME PORTILLA, Eduardo. "El agente encubierto en la ley de drogas: la lucha contra la droga en la sociedad del riesgo". En: *Política criminal*, 2006. Disponible en sitio web: [URL:http://www.politicacriminal.cl/n\\_02/a\\_2\\_2.pdf](http://www.politicacriminal.cl/n_02/a_2_2.pdf). Consultado 01 Marzo de 2015.

<sup>53</sup> HEFENDEHL, Roland. "¿La criminalidad organizada como fundamento de un derecho penal de enemigo o de autor?". En: *Derecho Penal y Criminología*. Bogotá: Universidad Externado de Colombia, Vol. 25, N° 75, 2004, pp. 57-70.

De esta forma se plantea la aplicación de un modelo diferenciado de Derecho Penal,<sup>54</sup> pues, por un lado estaría el sistema penal clásico con todas las garantías propias del Estado de Derecho para el delincuente cotidiano, visto no como un ciudadano peligroso, sino como una persona que actuó incorrectamente; y, por el otro, un sistema penal excepcional para la delincuencia organizada, vista como un enemigo y sus integrantes como individuos peligrosos que se han apartado del Derecho, y de este modo se han burlado de la sociedad<sup>55</sup>.

#### **2.2.6.2. El Derecho Penal y las nuevas formas de criminalidad<sup>56</sup>**

En los últimos tiempos, con las transformaciones que la sociedad va experimentando, principalmente tras la industrialización, se han producido muchos cambios en el Derecho Penal. Es una tendencia natural que a medida que la sociedad evoluciona, también lo hace el Derecho, ofreciendo o buscando ofrecer respuestas a los problemas que surgen con estas transformaciones.

Hay el surgimiento cotidiano de nuevas situaciones hasta entonces inéditas para el Derecho Penal. Bienes jurídicos que antes no formaban parte del ámbito protegido por éste, ahora la sociedad clama por su tutela, como la economía o el medio ambiente. Son bienes jurídicos colectivos o supraindividuales, y su protección se refiere no a una lesión o a un peligro concreto de lesión de dichos bienes, sino, a un peligro abstracto.

---

<sup>54</sup> SOTOMAYOR ACOSTA, Juan Oberto. Ob. Cit., p. 104.

<sup>55</sup> HEFENDEHL, Roland. Ob. Cit., p. 58.

<sup>56</sup> Cfr. TIEDEMANN, Klaus. *El derecho penal y las nuevas formas de criminalidad*. Lima: Editorial Grijley, 2007.

Así, el Derecho Penal en los últimos años ha adoptado una política de criminalización de hechos, lo que revela su carácter expansionista. El legislador penal ha actuado de manera incesante, fundamentalmente, en la Parte especial de los Códigos penales, creando tipos nuevos o ampliando la gravedad de los ya existentes, principalmente en sectores antes no abarcados por el Derecho Penal, o, si abarcado, no con tanto rigor; es el caso del medio ambiente, la economía, el mercado exterior y la criminalidad organizada. Pero la consecuencia más palpable del aumento de la capacidad del Derecho Penal, es la eliminación de ciertas garantías específicas del Estado de Derecho que se habían convertido en un obstáculo para el cumplimiento de sus nuevas tareas.

Frente a las transformaciones ocurridas, parece que el Derecho Penal clásico no posee elementos suficientes para el enfrentamiento de los problemas derivados de ellas, pues, en palabras de Muñoz Conde<sup>57</sup>, este Derecho Penal carece de información suficiente sobre el efecto preventivo de sus disposiciones, exige una imputación del injusto a personas físicas individuales y requiere una prueba precisa de la relación causal entre la acción y los daños. De ahí que se hable de la crisis en la que ha entrado el Derecho Penal, y de la dogmática en especial.

En efecto, Silva Sánchez<sup>58</sup>, al sostener que la globalización económica y la integración supranacional –como sucede con los países de “Occidente”– son dos factores multiplicadores del fenómeno expansivo del Derecho Penal, vaticina de entrada que las peculiares exigencias de la reacción jurídico-penal a la

---

<sup>57</sup>Cfr. MUÑOZ CONDE, Francisco. “El moderno derecho penal en el nuevo código penal. Principios y tendencias”. En: *La Ley*, N° 3, Buenos Aires, 1996.

<sup>58</sup>Cfr. SILVA SÁNCHEZ, Jesús. *La expansión del Derecho penal. Aspectos de la Política criminal en las sociedades postindustriales*. 2da. Ed. Buenos Aires: Editorial BdeF, 2006.

delincuencia propia de uno y otro marco parecen capaces de acentuar sustancialmente las tendencias hacia una demolición del edificio conceptual de la teoría del delito, así como el constituido por las garantías formales y materiales del Derecho Penal y del Derecho Procesal Penal.

Esa presunta insuficiencia provoca el surgimiento de un Derecho Penal moderno, con características propias, actuando en sectores distintos que el Derecho Penal clásico, con otros instrumentos y produciendo cambios en sus funciones.

El llamado Derecho Penal moderno se encuentra como un fenómeno cuantitativo que tiene su desarrollo en la Parte especial. Como señala Gracia Martín<sup>59</sup>, no hay código que en los últimos años no haya aumentado el catálogo de delitos, con nuevos tipos penales, nuevas leyes especiales, y una fuerte agravación de las penas.

Como ya se dijo anteriormente, este Derecho Penal moderno contiene una fuerte restricción de las garantías de los ciudadanos que abarca no sólo al Derecho de fondo, sino también al Derecho procesal. En cuanto a la primera se crean nuevos tipos penales sin relación alguna al bien jurídico, de una amplitud tal que el principio de legalidad se diluye.

Según Donna<sup>60</sup>, la idea que existe detrás es que debe haber dos formas de Derecho Penal: uno, que se refiere a los delitos tradicionales: homicidio, hurto,

---

<sup>59</sup> Citado por GOUVERT, Juan. *El crecimiento del poder punitivo y sus desbordes*. En: La Ley, Actualidad, Año LXXI, No. 116, 19-Jun-2007.

<sup>60</sup> Cfr. DONNA, Edgardo Alberto. *Derecho Penal, Parte General*, T. I. Buenos Aires: Rubinzal Culzoni Editores, 2006.

estafas, robo, en el cual se deben mantener las garantías mínimas, y otro, que se refiere a los delitos que hacen a bienes jurídicos generales.

Es en éste ámbito en donde las garantías sufren una fuerte disminución: los delitos económicos, el Derecho Penal de drogas, el lavado de dinero, los delitos de medio ambiente y el terrorismo son algunos de los campos de este novedoso sistema. Por ello es que, para muchos, la actuación de este Derecho Penal moderno ha generado problemas de gran trascendencia, que atentan directamente contra los fundamentos del Estado Social y Democrático de Derecho. Así, parte de la doctrina ha reaccionado preocupada ante lo que podría ser una pérdida de la función de intervención mínima o de última ratio que debería caracterizar al Derecho Penal y, con ello, de las garantías que le son propias.

Otro sector, en cambio, considera que la intervención del Derecho Penal en estos ámbitos se hace indispensable, pues las razones que conducen a la tipificación penal de estas novísimas conductas no pueden coincidir en absoluto con las razones que llevan a regular penalmente los supuestos abarcados por el núcleo mínimo de protección (delitos tradicionales), lo cual no implica que se opte por un Derecho Penal ilimitado o que deba perderse las garantías que lo caracterizan dentro del Estado de Derecho, pero tampoco obsta para que pueda ser un instrumento adecuado para proteger otros intereses jurídicos, diferentes de los tradicionales.<sup>61</sup>

Finalmente, una tercera posición, que comparte la tesis de que el Derecho Penal ha entrado en una crisis derivada de la tensión expansiva a que se está

---

<sup>61</sup> HASSEMER, Winfried. "Crisis y características del moderno derecho penal". En: *Actualidad Penal*, N° 43, Madrid, 1993, p. 43.



sometiendo, ante la cual el Derecho Penal tradicional no está en condiciones de afrontar con éxito y en forma expeditiva la misión de lucha contra nuevas formas de criminalidad<sup>62</sup>, sobre todo de gravísima dañosidad como el terrorismo, narcotráfico y la criminalidad organizada en general, aboga por la vigencia de un Derecho Penal máximo, en el que, por excepción, se relativizarían radicalmente las garantías sustantivas y procesales.

### 2.3. Definición de términos<sup>63</sup>

- **Criminalidad.-** Definida la criminalidad como el conjunto de delitos y contravenciones producidos en un espacio y tiempo determinando. Es un tipo de desviación negativa la cual atenta contra los derechos humanos del grupo y /o el individuo. Por lo que la criminalidad se entiende como el volumen de infracciones cometidas sobre la ley penal, por individuos o una colectividad en un momento determinado y en una zona determinada, la criminalidad es un término que tiene muchas variantes, por ejemplo: los americanos no manejan el término criminalidad sino delincuencia. La delincuencia es un producto también a priori y de observación.
- **Derechos fundamentales.-** Son aquellos derechos humanos garantizados con rango constitucional que se consideran como esenciales en el sistema político que la Constitución funda y que están especialmente vinculados a la dignidad de la persona humana.

---

<sup>62</sup> LASCANO, Carlos Julio. “La insostenible modernización del Derecho penal basada en la tolerancia cero desde la perspectiva de los países emergentes”, 2003. Disponible en sitio web: <http://www.defensesociale.org/revista2003/10.pdf>. Consultado 13 de setiembre de 2015.

<sup>63</sup> Cfr. LUJAN TUPEZ, Manuel. *Diccionario Penal y Procesal Penal*. Lima: Editorial Gaceta Jurídica, 2013. FLORES POLO, Pedro. *Diccionario Jurídico Fundamental*. Lima: Editorial Grijley, 2002. Así mismo OSORIO, Manuel. *Diccionario de Ciencias Jurídicas, Políticas y Sociales*. Buenos Aires: Editorial Heliasta, 1981.

- **Estado Constitucional de derecho.-** Es un sistema normativo complejo en el que leyes están subordinadas no sólo a normas formales sobre su producción sino también a normas sustanciales, esto es, a los derechos fundamentales establecidos en la constitución. Por eso, las condiciones de validez de las normas son también sustanciales, con el resultado de que mientras el respeto del procedimiento formal es suficiente para asegurar su existencia o vigencia, la validez de las mismas exige coherencia con los principios constitucionales.
- **Garantismo procesal.-** Es una posición filosófica, antagónica al totalitarismo, y que en términos sencillos propugna la jerarquía de la Constitución (Ley) por encima de la ley. Tal como ha sido desarrollado por Luigi Ferrajoli en su obra Derecho y Razón, el “garantismo” es el principal rasgo funcional del Estado de Derecho, que designa no simplemente un “estado legal” o regulado por la “ley”, sino un modelo de estado nacido con las modernas Constituciones y caracterizado por: a) la plena vigencia del principio de legalidad y sometimiento del poder público a normas generales, b) respeto de los derechos fundamentales de los ciudadanos, cuya afectación los posibilita activar la tutela judicial.
- **Garantismo.-** El garantismo es una corriente jurídica que parte del reconocimiento de los derechos fundamentales de los individuos y de su efectiva protección y tutela. Para ello, es prioritario el reconocimiento y enunciado explícito de tales derechos fundamentales en la Constitución, y la creación de instituciones y procedimientos que permitan una efectiva protección del conjunto de prerrogativas de los individuos que se plasman

en los derechos civiles, políticos y sociales. Las “garantías” son justamente las técnicas coercitivas que permiten controlar y neutralizar el poder y el derecho ilegítimo.

- **Garantismo.-** Es una corriente jurídica que parte del reconocimiento de los derechos fundamentales de los individuos y de su efectiva protección y tutela. Para ello, es prioritario el reconocimiento y enunciado explícito de tales derechos fundamentales en la Constitución, y la creación de instituciones y procedimientos que permitan una efectiva protección del conjunto de prerrogativas de los individuos que se plasman en los derechos civiles, políticos y sociales.
- **Ius puniendi.-** Es una expresión latina utilizada para referirse a la facultad sancionadora del Estado. De forma desglosada encontramos por un lado que, la expresión “ius” equivale a decir “derecho”, mientras que la expresión “puniendi” equivale a “castigar” y por tanto se puede traducir literalmente como derecho a penar o derecho a sancionar.
- **Nuevas formas de criminalidad.-** Dentro de las actividades propias de estos grupos, tenemos: tráfico de drogas, migración ilegal, tráfico de seres humanos, pornografía infantil, extorsión, fraude, falsificación entre otros; respondiendo cada una de ellas a características y modalidades muy especiales para no ser comparables con la delincuencia común. Estos grupos se han favorecido a través de los avances tecnológicos, siendo la globalización el proceso que ha facilitado sus actividades, con su aparición ha acortado las distancias a escala mundial en los aspectos económicos, tecnológicos, sociales, políticos y ambientales, desapareciendo de este

modo gradualmente la independencia de la justicia, la credibilidad en la política y la confianza de los ciudadanos en los valores así como en Derecho.

- **Organización criminal.-** Cualquier agrupación de tres o más personas que se reparten diversas tareas o funciones, cualquiera sea su estructura y ámbito de acción, que, con carácter estable o por tiempo indefinido, se crea, existe o funciona, inequívoca y directamente, de manera concertada y coordinada, con la finalidad de cometer uno o más delitos graves señalados en el artículo 3 de la Ley 30077.
- **Política criminal.-** Es considerada como el estudio del conjunto de medidas empleadas por los órganos de gobierno, para hacer frente a la criminalidad que afecta a un Estado, con la intención de encontrar soluciones pertinentes en la disminución de los niveles de delincuencia, respetando el Estado de Derecho.
- **Principios procesales.-** Los principios procesales son aquellas premisas máximas o ideas fundamentales que sirven como columnas vertebrales de todas las instituciones del derecho procesal. Estos principios podemos encontrarlos en la Constitución, en la legislación ordinaria y en la jurisprudencia. Su valor como fuente del Derecho es vital a la hora de interpretar las normas escritas pues incluso la Ley Orgánica del Poder Judicial les da carácter de ley en ausencia de norma y establece la obligatoriedad de los jueces de aplicarlas e integrarlas al ordenamiento escrito.

- **Proceso penal.**- El proceso penal puede definirse como una serie gradual, progresiva y concatenada de actos disciplinados en abstracto por el derecho procesal y cumplidos por órganos públicos predispuestos y por particulares obligados o autorizados a intervenir, mediante la cual se procura investigar la verdad y actuar concretamente la ley sustantiva.
- **Teoría Garantista.**- El garantismo designa una teoría que define y separa el 'ser' y el 'deber ser' en el derecho, es decir, otorga categorías distintas al 'derecho válido' y al 'derecho efectivo', contribuye a identificar claramente entre normatividad y realidad en el Derecho Penal. El garantismo opera como doctrina jurídica de legitimación y sobre todo de deslegitimación interna del Derecho Penal, que reclama de los jueces y de los juristas una constante tensión crítica hacia las leyes vigentes a causa del punto de vista normativo del derecho válido y el punto de vista fáctico del derecho efectivo.

## CAPÍTULO III

### RESULTADOS Y ANÁLISIS DE LA INFORMACIÓN

#### 3.1. Origen de la criminalidad organizada

La delincuencia y criminalidad organizada son todo un hito característico de las sociedades postindustriales o postmodernas, pese a que puede rastrearse sus raíces en épocas muy antiguas de la Historia Humana. Así, este tipo de delincuencia se refleja en los primeros sujetos que delinquían en asociación, tales como los bandoleros, los corsarios o los piratas<sup>64</sup>.

A causa de sus diversos efectos negativos, la Política Criminal asumida en nuestro país está orientada a la lucha contra la criminalidad organizada, en razón de que en el actual contexto de inseguridad ciudadana no sólo resulta preocupante la reiteración delictiva, sino también las nuevas manifestaciones de la criminalidad que tornan aún más peligrosa la conducta delictiva o producen resultados aún más perjudiciales que los normalmente derivados de los delitos.

Así, a través de la Ley N° 30077 se pretende regular todos los aspectos relacionados a la especial condición de las personas que actúan ya no en solitario ni bajo formas de participación delictiva de comisión de un delito aislado; sino, que actúan a través de un complejo colectivo denominado organización criminal, ente que –entre otras ventajas–, les facilita la comisión de los delitos con mejores expectativas de impunidad. Relevando las comisiones delictivas tradicionales, en

---

<sup>64</sup> BRUCET ANAYA, Luis Alonso. *El Crimen Organizado (origen, evolución, situación y configuración de la delincuencia organizada en México)*. 2da. Ed. Buenos Aires: Porrúa, 2007, p. 50.

términos convencionales, a nivel de simplezas comisivas y, por consiguiente, aportando a las conductas criminales contemporáneas niveles de complejidad en dichas conductas antisociales.

Complejidad que se derivan debido a la cantidad de partícipes –entre autores, cómplices y demás–; todos ellos en concierto criminal y en división funcional de roles relativos al plan criminal global. Así también, instaurando lesiones o puestas en peligros de intereses sociales de suma importancia y en la forma y modo que, incluso, el legislador no las ha calzado aún. Con ello, no sólo se vuelve complejas las comisiones delictivas sino también se agravan las consecuencias de las mismas.

Como se mencionó, desde hace muchos siglos se ha manifestado en las sociedades la presencia de crimen a nivel organizado, como era propio de los piratas o bandoleros<sup>65</sup>, un factor influyente en el proceso evolutivo, tanto de la delincuencia organizada como la criminalidad organizada, que desencadenó en la versión contemporánea, fue un fenómeno social que nació en Sicilia a finales del SXVIII como consecuencia de la pobreza, la incultura y el vacío de poder estatal existente en dicha isla: la Mafia.

La Mafia no solo es una organización criminal, sino que incluso fue definida como “un modo de sentir” y “un modo de ser”<sup>66</sup> por el juez italiano Giovanni Falcone, experto en la materia; ya que en la Mafia se mezcla una “extraña tradición”, la “cultura popular”, la “sociedad secreta”, la “pseudo–religiosidad” y

---

<sup>65</sup> Cfr. PÉREZ ARROYO, Miguel. “Criminalidad y delincuencia organizada en el nuevo proceso penal”. En: *Gaceta penal y procesal penal*. Tomo 30, Diciembre, Lima, 2011, pp. 349 y ss.

<sup>66</sup> LEGANÉS, Santiago y ORTOLÁ, María. *Criminología parte especial*. Valencia: Tirant lo Blanch, 1999, p. 267.

hasta el “patriotismo profundo”; de manera tal que pertenecer a la Mafia significa un honor para sus integrantes al “suponer el acatar voluntariamente numerosas normas de funcionamiento interno no escritas, pero transmitidas de forma consuetudinaria”<sup>67</sup>.

De esta manera, y como un efecto propio de la inmigración europea a América del Norte, el fenómeno siciliano de la Mafia fue exportado a los Estados Unidos a finales del SXIX y principios del SXX y con ello se facilitó; primero, la aparición de formas particulares de coerción social en que primaba la amenaza y la extorsión, como formas especiales de control social, frente a desobediencias específicas a las exigencias de quienes detentaban el poder de dicha coerción particular<sup>68</sup>. Segundo, el desarrollo incipiente de lo que más tarde sería el de “la criminalidad organizada en las sociedades postindustriales”, las cuales fueron evolucionando poco a poco hasta lo que es en la actualidad, con las características que desarrollaremos posteriormente. Primero como formas de coerción particular no oficial; luego como formas organizadas de delictividad –en términos de pluralidad de agentes delictivos con capacidad de organización eventual para el hecho delictivo–, y luego, lo que conocemos en la actualidad como “criminalidad organizada”.

Es por ello que se sabe actualmente que el crimen organizado se desarrolló en Estados Unidos a raíz de la mafia proveniente de Sicilia. El contexto de esas épocas –como lo ocurrido con la Ley Seca de 1919– introdujo en las organizaciones criminales un gran interés económico, lo que las llevó a suplir las

---

<sup>67</sup> *Ibíd.*

<sup>68</sup> Contra lo que se comienzan a construir los primeros esbozos de lo que sería luego la teoría del control social formal, por Edward Ross; a finales del Siglo XIX.



carencias presentadas en el mercado legalmente establecido, de manera tal que dichas organizaciones traficaban con ellas bajo la modalidad del contrabando.

Fue de esta manera que las organizaciones criminales –una vez superadas las prohibiciones de tráfico mercantil y las carencias aprovechadas cedieron–, migraron su interés económico a otros sectores del mercado, basándose siempre en lo prohibido por la sociedad o las leyes: las drogas, la prostitución, etc.<sup>69</sup>

### **3.2. Conceptualización de criminalidad organizada según el convenio de Palermo y posiciones doctrinales**

Hasta la actualidad la aproximación conceptual de lo que se conoce como “criminalidad organizada” y “delincuencia organizada” ha sido compleja y de extrema dificultad, puesto que sus manifestaciones y los sectores que afecta son altamente variados. De hecho, siempre se ha partido desde una óptica de abordaje primero criminológico y, luego, dibujado de alguna manera el fenómeno criminal en sí, en cuanto a fenomenología de la conducta criminal asociacionista, para establecer un asiento en la Ley penal material en términos de criminalización – tipificación de la criminalidad organizada–, el acoplamiento de tipos penales al fenómeno concreto ya criminalizado de la criminalidad organizada y su respectivo agravamiento de penas; hasta la restricción de beneficios penitenciarios producto de la comisión organizada de delitos –delincuencia organizada– y de criminalidad organizada –la diferencia no es baladí, conforme lo veremos más adelante–.

---

<sup>69</sup> LEGANÉS, Santiago y ORTOLÁ, María. Ob. Cit., p. 268.

En este sentido, conforme anotó en su momento Delgado Martín<sup>70</sup> siempre fue necesario una definición de criminalidad organizada que llegue más allá que la mera conceptualización de uso descriptivo, aun cuando ésta sea gráfica y orientativa. El principal motivo de ello se encuentra en que las políticas criminales utilizadas por el Estado en la lucha contra la criminalidad organizada colisionan y restringen –cada vez más– algunos principios propios del Estado de Derecho, como lo son<sup>71</sup>:

#### **A. Desde el Derecho Penal:**

a) La criminalización del fenómeno asociativo–criminal con fines a cometer delito, ya que al considerar dicha actuación como un delito de peligro se tiene una respuesta penal en términos de desvalor de la acción, aperturando de modo descontrolado y con pocos límites materiales de la concreción de la conducta criminal, el hecho mismo de la intervención penal sobre la base –repto– de la descripción fenomenológica de la conducta criminal–.

b) El agravamiento de penas a máximos insospechados en una lógica de Derecho Penal convencional y nuclear. A su vez;

c) La selección en lógica de comisión organizada de delitos (delincuencia organizada o criminalidad organizada), de un conjunto de delitos que se juzgan especialmente graves, algunos de los cuales no tienen justificación y otras, en algunos casos, sobredimensionados o cuando no, omitidos de dichos criterios de selectividad.

---

<sup>70</sup> DELGADO MARTÍN, Joaquín. *Criminalidad organizada*. Barcelona: Editora Bosh, 2001, p. 35.

<sup>71</sup> PÉREZ ARROYO, Miguel. Ob. Cit., p. 350.

En estos casos, aproximándose a una lógica punitiva especial maximalista, de expansionismo punitivo y de un Derecho Penal de tercera “velocidad” o del “enemigo”<sup>72</sup>.

### **B. Desde el Derecho Procesal Penal:**

La ideación y utilización de actos de investigación intensificados en su lógica indagativa y por naturaleza no convencional. Denominada por nuestro ordenamiento procesal penal como “actos especiales de investigación”; como son las del agente encubierto, el “agente especial”, las “remesas o entregas vigiladas”. O, también, el de la utilización cada vez más acentuada de actos de investigación específicos de naturaleza pesquisidora en aras a una “búsqueda de la prueba en el proceso penal”; todas ellas con “fuertes dosis limitativas de derechos” que es el caso puedan encajar y compatibilizar con el Estado de Derecho en que se vive en el país.

### **C. Desde el Derecho Orgánico y Jurisdiccional:**

La ideación y creación de unidades operativa especiales tanto a nivel de Policía<sup>73</sup>, del Ministerio Público (graficado en la existencia de la Unidad de Crimen Organizado y ahora –recientemente– de Lavado de Activos); y, el propio Poder Judicial (gráfico en la existencia de una Sala Nacional de la Corte Suprema de la República, encargada de ventilar los temas de criminalidad organizada a todo nivel, en todo el Perú).

---

<sup>72</sup> SILVA SÁNCHEZ, Jesús. Ob. Cit., p. 291.

<sup>73</sup> Como el de la reciente creación en fecha 07.07.2014 de la Unidad de Investigación Policial en Lavado de Activos.

Si bien el término criminalidad organizada comenzó a ser utilizado a inicios de la segunda mitad del SXX, no fue hasta mediados de los años ochenta que su uso se volvió más popular, a punto que en la actualidad se le considera como un vocablo a veces polisémico que en algunas oportunidades no representa el fenómeno delictivo para el cual fue acuñado, aun cuando la Ley 30077 realiza esfuerzos en cuanto a su encuadramiento conceptual sobre la base de su descripción fáctica (Vid. Art. 2 Ley 30077).

En su momento PRADO SALDARRIAGA<sup>74</sup> determinó acertadamente que un adecuado concepto de criminalidad organizada debería incluir los siguientes puntos:

**a.** La criminalidad organizada contemporánea como un fenómeno novedoso para la Criminología y las Ciencias Penales en General, incluso para la Política Criminal.

**b.** Este fenómeno delictivo se basa en tres elementos esenciales: la existencia de una estructura organizacional; b) una capacidad operativa de cobertura internacional; y, c) actividades ilícitas que estén ligadas a la provisión de bienes y servicios de circulación prohibida o restringida pero con una demanda creciente activa o potencia, la misma que no es satisfecha por el mercado lícito.

**c.** Conexiones con el abuso de poder, aprovechamiento de la expansión de los mercados, globalización de las relaciones internacionales y con el avance de la tecnología postindustrial.

---

<sup>74</sup> PRADO SALDARRIAGA, Víctor. *Criminalidad organizada*. Lima: Idemsa, 2006, p. 44.

**d.** Es, por tanto, un proyecto delictivo diferente del convencional, ya que en él se fusionan –por un lado– el funcionamiento de la organización criminal; y –por otro, certeros procedimientos de planificación y control de riesgos.

En base a esto indicó el referido Jurista que, desde su visión, un adecuado concepto operativo de criminalidad organizada sería el siguiente: “la criminalidad organizada comprende toda la actividad delictiva que ejecuta una organización con estructura jerárquica o flexible, que se dedica de manera continua al comercio de bienes o a la oferta de medios y servicios que están legalmente restringidos, que tienen un expendio fiscalizado o que se encuentran totalmente prohibidos, pero para los cuales existe una demanda social potencial o activa. Se expresa en una dinámica funcional permanente y orientada al abuso o a la búsqueda de posiciones de poder político, económico o tecnológico”<sup>75</sup>.

Por su parte, González Martín<sup>76</sup> indica, desde su posición europea, que desde su perspectiva, la criminalidad organizada no es más que un medio conforme el cual cualquier otro delito se realiza. Esa es su principal característica, el uso de un modelo organizativo, análogo a otros existentes dentro de la estructura social.

En este sentido, confrontados los espacios teóricos que nos ocupa, desde nuestro Derecho Positivo, que la legislación penal peruana fue incapaz de definir a la criminalidad organizada hasta la promulgación de la Ley N° 30077 de fecha 20.08.13.

---

<sup>75</sup> *Ibidem*.

<sup>76</sup> DELGADO MARTÍN, Joaquín. Ob. Cit., p. 42.

Antes de ello sólo se utilizaba, en nuestra legislación nacional, la categoría de criminalidad organizada para los tipos de criminalidad básica con el añadido de su mera asociación o conjugación de voluntades criminales para cometer el delito en pluralidad de agentes, como lo fue en la tipificación del delito de “asociación ilícita para delinquir” (art 317° del Código Penal peruano). A la vez, que repito, en el considerar como agravante de acciones delictivas la comisión de éstas en “pluralidad de agentes” (como mínimo tres personas), a lo cual se le atribuyó el nombre de “ejecución delictiva en organización criminal”. No siendo esto lo más correcto.

De esta manera, hacíamos uso de la conceptualización realizada por la Convención de las Naciones Unidas contra la Delincuencia Organizada Transnacional y sus Protocolos –suscrita por nuestro país en el año 2000 y ratificada por éste en el año 2001– que se caracteriza por estar destinada a la promoción de la cooperación para prevenir y combatir más eficazmente la delincuencia organizada transnacional (art. 1ª de la Convención). En el sentido siguiente: “... todo grupo estructurado de tres o más personas que exista durante cierto tiempo y que actúe concertadamente con el propósito de cometer uno o más delitos graves o delitos tipificados en la Convención con miras a obtener, directa o indirectamente, un beneficio económico u otro beneficio de orden material.”

Así se evidencia –como ya se mencionó<sup>77</sup>–, que una aproximación conceptual al fenómeno socio criminal de la Criminalidad Organizada requerirá la atención de puntos fundamentales: a) lo relativo a su restricción conceptual con

---

<sup>77</sup> PÉREZ ARROYO, Miguel. Ob. Cit., p. 350.

relación a la coautoría en el Derecho Penal; b) lo referente a un concepto operativo, dinámico y funcional en lugar de uno estático y ontológico; y, c) el hecho de su diferenciación con formas organizadas del crimen que integran una fase evolutiva menor, como ocurre en el caso de la delincuencia organizada. Así:

**A.** Restricción conceptual de la criminalidad organizada en relación con la coautoría en el Derecho Penal:

Para la existencia de la criminalidad organizada no es suficiente una mera pluralidad de agentes que concurran en la comisión de un delito, puesto que conllevaría a una confusión con la figura penal de la coautoría. Lo que se requiere para que un delito cometido por una pluralidad de agentes sea considerado como parte de la criminalidad organizada es que su ejecución se lleve a cabo bajo los siguientes elementos de identificación fáctica:

**a)** De forma estructurada, esto es, por medio de un grupo determinado de individuos los cuales, además deben estar coordinados bajo compartimentos estancos, incomunicados entre sí. Esta característica, de estructuración y compartimentarización es fundamental.

**b)** Que este grupo de individuos se encuentren unidos de forma permanente y, además, jerarquizada. Debe haber líderes, ya sea finales o intermedios. Los primeros, en número único o escaso; los segundos, conforme las diversas unidades de producción que puedan estructurarse a partir de los objetivos criminales de la organización. Un responsable del acopio, otro de la distribución, así también de la captación de agentes transporte y distribución, a la vez que algún

otro de lo que es el financiamiento y a su vez de las ventas y colocaciones el mercado, de por ejemplo; en una organización criminal relativa al tráfico de drogas.

c) Que la finalidad de todos los miembros del grupo sea obtener un beneficio económico: el enriquecimiento ilícito. Esto es, al igual que toda organización empresarial, el lucro será el fin que se persigue; pero a diferencia de dicha organización empresarial ordinaria, en ésta, en la organización criminal, el lucro ilícito, vinculado a conductas delictivas, es lo que prima.

De esta manera, la criminalidad organizada se diferencia de la coautoría en que toda estructura organizada del delito implica necesariamente la coautoría, pero no toda forma comisiva del delito bajo esquemas de coautoría conlleva necesariamente a la criminalidad organizada. Por tanto, es posible la existencia de comisiones delictivas en coautoría sin necesidad de que ello implique la existencia de criminalidad organizada.

En este sentido se pronuncia Chonclan Montalvo al decir que el concepto de organización no puede ser equiparado al de coautoría, en tanto que en esta última (pluralidad de agentes), los “coautores”, se distribuyen funcionalmente los respectivos cometidos<sup>78</sup>.

Prado Saldarriaga<sup>79</sup> resalta en que es necesario para la existencia de criminalidad organizada que la pluralidad de agentes con distribución funcional tenga también un plus en el contenido del injusto. Quiere decir que deberá existir

---

<sup>78</sup> CHONCLAN MONTALVO, José Antonio. *La organización criminal: tratamiento penal y procesal penal*. Madrid: Dykinson, 2000, pp. 7-9.

<sup>79</sup> PRADO SALDARRIAGA, Víctor. Ob. Cit., pp. 33 y ss.



la planificación previa de lo actuado que implique un reparto de roles entre los intervinientes en la lógica de una estructura jerarquizada, lo que ocasionará que la organización criminal adquiera cierta autonomía con relación a las personas que la contribuyen.

Por tanto, la criminalidad organizada será un tipo de fenómeno delictivo destinado a perdurar en el tiempo, indiferentemente de que lo hagan así los miembros que la conforman<sup>80</sup>, similar a la mentalidad de una empresa mercantil.

**B.** La necesidad de un concepto operativo, dinámico y funcional de criminalidad organizada:

El fenómeno delictivo es –por su propia naturaleza– un fenómeno social complejo que tiende a adaptarse a la sociedad en la que se manifiesta. Así, por ejemplo, hemos mencionado la capacidad que tuvo la criminalidad organizada de la Mafia para adecuarse de las prácticas culturales de la Sicilia del SXVIII a las necesidades contextuales de los Estados Unidos de América hasta los que fueron los años 20s.

Por tanto, apostamos por una conceptualización dinámica de criminalidad organizada, un concepto funcional que debería haberse estructurarse sobre la base de cuatro presupuestos fenomenológicos y que de alguna manera se ha podido hacer en la Ley bajo comentario, aun cuando se notan deficiencias en la misma:

---

<sup>80</sup> Ejemplo de ello puede encontrarse en el grupo terrorista Sendero Luminoso, el cual continuó desarrollando acciones aisladas en Perú pese a que su histórico líder había sido apresado.

a) Su funcionalidad expresada en el mejoramiento y facilitación de comisiones delictivas diversas, con animosidad permanente. En otras palabras, que su expresión fenomenológica no se encuentre per se, sino que lo haga de manera íntimamente vinculada a las comisiones delictivas varias, así nunca se hayan producido o vayan a producirse posteriormente. Ello lo diferencia, como se explicará posteriormente, de la delincuencia organizada y de la organización criminal, puesto que estas últimas son formas asociativas de mera facilitación de delitos que se encuentran vinculadas a fines inmediatos y no trascendentales.

b) La pluralidad de agentes deberán interactuar respecto del plan criminal con un conocimiento mutuo tanto del mismo como de la organización a la que pertenecen, así como de quiénes son los que coordinan o administran dicha organización por lo menos en el compartimento o unidad de producción a la que pertenecen, compartimento estanco normalmente incomunicado con otros. Siendo así, en dicha lógica de compartimentos estancos, entre uno y otro, no necesariamente debe existir dicho conocimiento en cuanto a planeamiento y dirección. Por ejemplo, en lo referente al TID bajo organización criminal, el acopiador debe saber que acopia para el tráfico así como también la identidad de su coordinador, pero no necesariamente debe saber a dónde es que se colocará el producto final, a qué precios ni quien dirige la organización en términos de liderazgo final.

c) Su vinculación a graves problemas de delictividad que ocasionan una gran lesividad socio-colectiva e individual, lo que servirá de justificación para la implementación de políticas criminales de alto impacto y restrictivas de Derechos

Fundamentales las mismas que deben encontrarse justificadas sobre la base de principios como son el de razonabilidad, necesidad y proporcionalidad; a la vez que de juridicidad.

d) Su necesaria vinculación a fines lucrativos de origen ilícito. Por tanto, la finalidad que la criminalidad organizada persigue no es otra que el beneficio económico. De ahí deriva que el orden estructural–funcional de mencionado fenómeno corresponda al de una empresa mercantil: siempre vinculado a un ánimo de lucro. No obstante, se resalta que éste se tratará de un ánimo de lucro ilegal, puesto que provendrá de actividad ilícita.

e) En base a su finalidad lucrativa es que se deberá tener en cuenta el carácter transnacional de la criminalidad organizada, lo cual es propio de la actual economía globalizada. La criminalidad organizada buscará centrarse en aquellos países donde el poder punitivo estatal sea más débil a comparación de otros.

C. Respecto a su diferenciación con otras formas organizadas del crimen como lo es el de la delincuencia organizada:

Si bien a nivel doctrinal existen autores como Delgado Martín<sup>81</sup> que son de la posición que la criminalidad organizada y la delincuencia organizada son conceptos idénticos, nosotros resaltamos la importancia de distinguirlos<sup>82</sup>.

En este sentido, la criminalidad organizada representa una estructura de configuración jerarquizada y tendiente a la subordinación que, por lo mismo,

---

<sup>81</sup> DELGADO MARTÍN, Joaquín. Ob. Cit., p. 49.

<sup>82</sup> PÉREZ ARROYO, Miguel. Ob. Cit., pp. 363 y ss.

incluye niveles estratégicos y operativos con un núcleo o mando central que tiene capacidad decisoria. Su actividad, a la vez, es especializada y focalizada en un sector determinado que –por lo general– no se encuentra cubierto por el mercado legal pese a ser demandado en la sociedad. Por tanto, y de manera similar a una empresa mercantil, sus operaciones responden a un proceso previo de planeamiento lineal y se ejecutan en un espacio funcionalmente limitado que, pese a ello, contará con la vinculación de varios países interrelacionados entre sí, sea ya por lógicas de cercanía territorial o por compartir los mismos intereses o sectores productivos.

La delincuencia organizada no responde a la misma situación. A diferencia de la criminalidad organizada, éstas son organizaciones tradicionales, menos innovadoras y más convencionales que las antes mencionadas. Son, en palabras de Macintosh, organizaciones picarescas<sup>83</sup>.

Se distingue también de la criminalidad organizada en que la delincuencia organizada se caracteriza por existir sólo mientras que sea útil para sus miembros –es decir, mientras que el delito o los delitos para los que se han propuesto organizarse, tardan en cometerse–, y por hacerlo en relación a determinados hechos concretos. Por lo mismo es que no pueden ser consideradas como empresas criminales, no cuentan con marcados roles establecidos, y no se estructuran sobre la base de la criminalidad organizada. Son las conocidas también como “bandas criminales” u “organizaciones delictivas de paso”.

---

<sup>83</sup> MACINTOSH, Mary. *La organización del crimen*. México: Siglo XIII Editores, 2004, pp. 35 y ss.

Otra diferencia se encuentra en que la delincuencia organizada se caracteriza por desenvolverse en un escenario común y coyuntural, esto es, con delitos convencionales violentos, como el robo agravado, la extorsión o los secuestros. Es por ello que el radio de acción delictiva de la delincuencia organizada es mucho menor al área en el que opera la criminalidad organizada, puesto que esta última abarca niveles internacionales.

Sin embargo, ambos –criminalidad organizada y delincuencia organizada– guardan también relación entre sí. En algunas ocasiones las asociaciones propias de la delincuencia organizada actúan como instancias periféricas o asociadas a organizaciones de mayor jerarquía a las que ofrecen y brindan servicios. Éstas son, de hecho, las asociaciones que corresponden al ámbito de la criminalidad organizada.

En este sentido se pronuncia también Anarte Borrallo cuando indica que “en muchos casos, las bandas ejercen de minoristas del comercio ilegal que controla el grupo criminal organizado o bien prestan cierto apoyo logístico o personal, puntual o sistemático (...) a cambio, el grupo suministra la mercancía o ayuda en caso necesario (...), de todas formas, la banda conserva su autonomía e identidad”<sup>84</sup>.

Por otro lado, es posible encontrar una relación entre la delincuencia organizada y la criminalidad organizada en tanto la segunda constituye en muchos casos una evolución de la primera. Así, los modos comisivos individuales son perfeccionados en base a lazos tradicionales y culturales que buscan afianzar la

---

<sup>84</sup> ANARTE BORRALLO, Enrique. *Aspectos penales, procesales y criminológicos*. Huelva: Universidad de Huelva, 1999, p. 22.

identidad del colectivo criminal sobre objetivos criminales similares, de manera que se convertirán en delincuencia organizada: bandas criminales. Posteriormente, dichas bandas pueden evolucionar hasta llegar a un tercer estadio, mucho más lesivo y peligroso: el de la criminalidad organizada.

### **3.3. Conceptualización de criminalidad organizada según la Ley N° 30077**

Ya estudiados los aspectos doctrinales y de Derecho Internacional que deben ser considerados para una conceptualización de lo que corresponde al fenómeno social delictivo de la criminalidad organizada, podemos analizar la definición realizada por nuestra legislación penal por medio de la Ley N° 30077.

La conocida Ley contra el Crimen Organizado regula en su art. 2° .1 que se considerará como organización criminal a “cualquier agrupación de tres o más personas que se reparten diversas tareas o funciones, cualquiera sea su estructura y ámbito de acción que, con carácter estable o por tiempo indefinido, se crea, existe o funciona, inequívoca y directamente, de manera concertada y coordinada”.

La intervención de los integrantes de una organización criminal, personas vinculadas a ella o que actúan por encargo de la misma, puede ser temporal, ocasional o aislada, debiendo orientarse a la consecución de los objetivos de la organización criminal.

Sin embargo, delimita en su artículo 3° que sólo se considerará para efectos de la Ley N° 30077 que una asociación criminal será parte del crimen organizado si tiene como finalidad cometer uno o más de los siguientes delitos:

- a. Homicidio calificado (art. 108° del CP).
- b. Secuestro (art. 152° del CP).
- c. Trata de personas (art. 153° del CP).
- d. Violación del secreto de las comunicaciones (art. 162° del CP).
- e. Delitos contra el patrimonio en las modalidades de hurto agravado (art. 186° del CP), robo agravado (189° del CP), receptación agravada (195° del CP), estafa agravada (art. 196°-A del CP) y defraudación (art. 197° del CP).
- f. Pornografía infantil (art. 183°-A del CP).
- g. Extorsión (art. 200° del CP).
- h. Usurpación en las modalidades de usurpación (art. 202° del CP) y sus formas agravadas (art. 204° del CP).
- i. Delitos contra la propiedad industrial (art. 222° del CP).
- j. Delitos monetarios en las modalidades de fabricación y falsificación de moneda de curso legal (art. 252° del CP), alteración de la moneda de curso legal (art. 253° del CP) y tráfico de moneda falsa (art. 254° del CP).
- k. Tenencia, fabricación, tráfico ilícito de armas, municiones y explosivos; así como fabricación, suministro o tenencia de materiales peligrosos (art. 279° del CP); producción, desarrollo y comercialización ilegal de armas químicas (art. 279°-A del CP); sustracción o arrebato de armas de fuego (art. 279°-B del CP); tráfico de productos pirotécnicos (art. 279°-C del CP); y, empleo, producción y transferencia de minas antipersonales (art. 279°-D del CP).

- l.** Delitos contra la salud pública en las modalidades de falsificación, contaminación o adulteración de productos farmacéuticos, dispositivos médicos o productos sanitarios (art. 294°-A del CP); y comercialización de productos farmacéuticos, dispositivos médicos o productos sanitarios sin garantía de buen estado (art. 294°-B del CP).
- m.** Tráfico ilícito de drogas en cualquiera de sus modalidades (Sección II, Capítulo III del Título XII del Segundo Libro del Código Penal).
- n.** Delito de tráfico ilícito de migrantes en sus modalidades básicas (art. 303°-A del CP) y en sus modalidades agravadas (art. 303°-B del CP).
- o.** Delitos ambientales en las modalidades de tráfico ilegal de productos forestales maderables (art. 310°-A del CP), obstrucción de procedimiento (art. 310°-B del CP), y sus formas agravadas (art. 310°-C del CP).
- p.** Delito de marcaje o doblaje (art. 317°-A del CP).
- q.** Genocidio (art. 319° del CP), desaparición forzada (art. 320° del CP) y tortura (art. 321° del CP).
- r.** Delitos contra la administración pública en las modalidades de concusión (art. 382° del CP), cobro indebido (art. 383° del CP), colusión simple y agravada (art. 384° del CP), peculado doloso y culposo (art. 387° del CP), cohecho pasivo propio (art. 393° del CP), soborno internacional pasivo (art. 393°-A del CP), cohecho pasivo impropio (art. 394° del CP), cohecho pasivo específico (art. 395° del CP), corrupción pasiva de auxiliares jurisdiccionales (art. 396° del CP), cohecho activo genérico (art. 397° del CP), cohecho activo internacional (art. 397°-A del CP),



cohecho activo específico (art. 398° del CP), negociación incompatible o aprovechamiento indebido de cargo (art. 399° del CP), tráfico de influencias (art. 400° del CP), y enriquecimiento ilícito (art. 401° del CP).

- s. Delito de falsificación de documentos (art. 427° del CP).
- t. Lavado de activos en las modalidades de actos de conversión y transferencia (art. 1° del DL 1106); actos de ocultamiento y tenencia (art. 2° del DL 1106); transporte, traslado, ingreso o salida por territorio nacional de dinero o títulos valores de origen ilícito (art. 3° del DL 1106); formas agravadas y atenuadas (art. 4° del DL 1106); y, omisión de comunicación de operaciones o transacciones sospechosas (art. 5° del DL 1106).

Además la Ley también es aplicable a:

- u. Los delitos en los que se contemple como circunstancia agravante su comisión mediante una organización criminal.
- v. Delitos cometidos en concurso con los previstos en el artículo 3° de la Ley N° 30077.

De un análisis de la conceptualización de criminalidad organizada hecha por la Ley Contra el Crimen Organizado puede apreciarse que el legislador no ha hecho énfasis en el carácter transnacional y de sofisticación que deberán ser parte de la estructura de la comisión del o los delitos de mencionada figura asociativa, mas dichas características se encuentran implícitas en la naturaleza misma de la criminalidad organizada.

No obstante, pese a sus carencias, el concepto es mucho más completo que el incluido –antes de la promulgación de la Ley N° 30077– en el art. 317ª del CP, ya que en el delito de “asociación ilícita para delinquir” solo se hacía referencia a: “una organización de dos o más personas destinada a cometer delitos”.

En este sentido, de manera personal se quiere incidir en una posición que ya fue tomada con anterioridad en otro trabajo respecto al concepto de criminalidad organizada<sup>85</sup>:

Se conoce como tal al fenómeno socio–criminal que se expresa en términos funcionales y utilitarios respecto de la comisión de delitos especialmente graves, e intrínsecamente vinculado a la comisión completa y estructurada de uno o varios delitos (necesariamente alguno grave), con pretensiones de permanencia y en pluralidad concertada de agentes criminales y con la irrenunciable finalidad y ánimo de lucro ilegal mediante el enriquecimiento ilícito (no vinculado a agentes especiales concretos –no necesariamente deberá ser un funcionario público) y de carácter transnacional.

Mediante este concepto se procura recoger la dinamicidad y complejidad con la que se expresa la criminalidad organizada, ya que por la naturaleza del fenómeno debe procurarse alcanzar una definición funcional. De ahí que sea posible configurar un conjunto de “indicadores” de contenido sintomático acerca de lo que es la criminalidad organizada.

---

<sup>85</sup> PÉREZ ARROYO, Miguel. Ob. Cit., pp. 368 y ss.

Estos indicadores sintomáticos, que normalmente se aglutinan respecto de los cuatro caracteres fenomenológicos de expresión material de la criminalidad organizada que se detalló líneas atrás, son –conforme a lo expuesto por Chonclan Montalvo<sup>86</sup> y lo desarrollado en un artículo correspondiente<sup>87</sup>–, los siguientes:

**A.** La existencia de un poder central en la organización criminal, que es desde donde se toman las decisiones operativas y organizacionales correspondientes.

**B.** La actuación a distintos niveles jerárquicos, de modo tal que los órganos ejecutivos, en su individualidad, desconocen el plan global, conociendo únicamente la parte del plan asumida bajo su responsabilidad y ejecución. La finalidad de una distribución como ésta se encuentra en que la totalidad de la organización criminal evite recibir un golpe mortal cuando uno de los órganos ejecutivos sea atacado por el sistema penal estatal. Es precisamente esta situación la que lleva a la necesidad de utilizar actos de investigación diferentes a los empleados en otros tipos de criminalidad –como lo son la figura del agente encubierto y los agentes especiales–confidentes calificados–: la finalidad será, entonces, el desvelamiento central de organización criminal y no solo de uno de sus órganos.

**C.** La aplicación de altas y costosas tecnologías, así como de una compleja logística, como lo son –por ejemplo– las telecomunicaciones, el uso indiscriminado de celulares, radio–celulares, etc., buscando siempre la difícil o imposible intervención de sus comunicaciones.

---

<sup>86</sup> CHONCLAN MONTALVO, José Antonio. Ob. Cit., pp. 9 y ss.

<sup>87</sup> PÉREZ ARROYO, Miguel. Ob. Cit., p. 359.

**D.** La fungibilidad e intercambiabilidad de los miembros de la empresa criminal que actúan en niveles inferiores, de forma que exclusivamente son las cabezas principales quienes tienden a ser indispensables en la organización criminal, a causa de que son ellos los que conllevan la dirección, gerencia y/o administración del negocio criminal.

**E.** Sometimiento a las decisiones que emanan del centro de poder, con pérdida de moral individual y férrea disciplina. La subordinación vertical en la estructura de la organización es respaldada por la constante violencia que asegura la subordinación y la obediencia.

**F.** Movilidad internacional, debido a que las sociedades postindustriales son sociedades con economías globalizadas. Sin embargo, esta movilidad internacional es fácilmente detectada en cuanto se conocen las rutas del dinero y de la mercancía con la que se comercia, en términos de crimen internacional: de drogas, de personas, de prostitución, de capital, etc.

**G.** Apariencia de legalidad y presencia en los mercados como medio de transformación de los beneficios ilícitos. De esta manera, mediante la utilización de “empresas tapadera”, las organizaciones criminales respaldan sus intereses al utilizar un conjunto de estratagemas para “legalizar” lo ilícitamente obtenido. Suelen utilizar actividades económicas de difícil corroboración y control fiscal como ocurre en el sector de la hostelería, del turismo en general, los juegos de azar, los espectáculos, la diversión, la intermediación financiera, el transporte informal, etc. La finalidad será siempre la visibilidad y utilización pública de los ingresos y activos conseguidos a causa de la criminalidad organizada.

### 3.4. Consecuencias de la criminalidad organizada en nuestro país

La criminalidad organizada, como todo fenómeno social delictivo, produce efectos importantes en la sociedad. Entre ellos tenemos las consecuencias siguientes:

**A.** De carácter económico, puesto que toda organización criminal busca legitimar bajo diversas acciones los beneficios obtenidos ilícitamente, lo que distorsiona importantemente el sistema económico legal en el que se toma al mercado como un instrumento para la eficaz distribución de los recursos mediante la competencia libre. Además, las grandes cantidades de dinero que manejan las organizaciones criminales proporcionan una enorme influencia política, económica y social.

**B.** De carácter político, ya que facilita la corrupción en las sociedades modernas, tanto en entidades públicas como privadas.

**C.** De carácter social, debido a que la criminalidad organizada se conecta con la pérdida absoluta de valores morales y objetivos colectivos, lo que es llamado también como anomia social<sup>88</sup>. Por otro lado, la criminalidad organizada suele estar relacionada con el reclutamiento de jóvenes en ambientes marginales con la finalidad de realizar acciones constitutivas de delito, aprovechando las

---

<sup>88</sup> PÉREZ ARROYO, Miguel. “Seguridad ciudadana e insuficiencia del control de la delincuencia. Especial mención al problema de corrupción en aparatos policiales”. En: *Gaceta penal y procesal penal*, T. 18, Diciembre, Lima, 2010, pp. 345 y ss.

condiciones que se presentan en ambientes de marginalidad y alimentando, de esa manera, la criminalidad<sup>89</sup>.

Sin perjuicio de lo dicho, una de las principales consecuencias que pueden percibirse a causa del incremento del crimen organizado es la inseguridad ciudadana generalizada: el temor a ser víctima de un delito se ha vuelto cada vez más intenso y constante en nuestra sociedad.

Se entiende por seguridad ciudadana al “interés socio-colectivo en la protección y garantía del ejercicio de todos los derechos fundamentales relativos a la persona humana”<sup>90</sup> y que debe ser garantizado por el Estado. Se enmarca en un concepto mayor: el de seguridad pública, el cual se define como “la actividad dirigida a la protección de personas y bienes y al mantenimiento de la tranquilidad y orden ciudadanos”<sup>91</sup>.

En este sentido, inseguridad ciudadana será el temor de la sociedad a ser víctima de alguna afectación de sus derechos fundamentales, en tanto no se protege ni garantiza el ejercicio de los mismos.

En nuestro país, la PNP ha determinado que la mayoría de delitos cometidos por la criminalidad organizada que conllevan al descenso de la seguridad ciudadana siguen siendo aún de tipo convencional y violento<sup>92</sup>: robos y asaltos a mano armada, secuestro, contrabando, terrorismo, trata de blancas, tráfico ilícito

---

<sup>89</sup> DELGADO MARTÍN, Joaquín. Ob. Cit., p. 29.

<sup>90</sup> PÉREZ ARROYO, Miguel. Ob. Cit., p. 359.

<sup>91</sup> Exposición de Motivos de la Ley 1/1992 de 21 de febrero, sobre la seguridad ciudadana en España.

<sup>92</sup> DININCRI-PNP. *El crimen organizado en el Perú*. Perú, 1999, p.4.

de drogas, tráfico de moneda extranjera, delitos contra la fe pública, delitos informáticos, entre otros.

Por lo mismo un sector doctrinal, como ocurre con Prado Saldarriaga<sup>93</sup>, indica que en nuestro país las manifestaciones de la criminalidad organizada son aún incipientes, siendo las bandas y las asociaciones ilícitas las principales formas de delincuencia organizada.

No obstante, creemos que merece mención aparte los casos siguientes:

A. Las organizaciones terroristas en nuestro país, tanto en lo que respecta al Partido Comunista del Perú–Sendero Luminoso, como en relación al Movimiento Revolucionario Túpac Amaru; especialmente si se tiene en consideración que el Conflicto Armado Interno cobró la vida de entre 61,007 y 77,552 personas.<sup>94</sup>

B. La criminalidad organizada dedicada al tráfico ilícito de drogas a nivel internacional ubicadas sobre todo en las fronteras con Colombia y Brasil.

C. Las organizaciones dedicadas al lavado de activos, las cuales se consideraba, al año 2006, que lavaban entre 1,500 y 2,000 millones de dólares anualmente.

Cabe destacar también, que en la última década se ha identificado la comisión de delitos de corrupción a través de un gran número de personas que se valen de la estructura orgánica que les brindan las entidades estatales, situación que amerita un posterior análisis a efectos de verificar la presencia de las notas

---

<sup>93</sup> PRADO SALDARRIAGA, Víctor. Ob. Cit., p. 67.

<sup>94</sup> COMISIÓN DE LA VERDAD Y RECONCILIACIÓN. *Informe Final*. Anexo 2. Lima, 2003.

distintivas de una organización criminal en la actuación de estas personas que en principio manifiestan cierto grado de organización, división de tareas entre sus miembros y criterios de jerarquía en función al cargo que desempeñan en el interior de la Administración Pública.

### **3.5. Análisis de la criminalidad organizada en la Ley N° 30077**

A efectos de la Ley N° 30077 se entiende por criminalidad organizada a cualquier agrupación de tres o más personas que se reparten diversas tareas o funciones, cualquiera sea su estructura y ámbito de acción, que, con carácter estable o por tiempo indefinido, se crea, existe o funciona, inequívoca y directamente, de manera concertada y coordinada, con la finalidad de cometer uno o más delitos graves señalados en el artículo 3 de la Ley.

#### ***A. Sobre la Investigación y las consecuencias jurídicas aplicables y de ejecución penal.***

El Título II de la Ley N° 30077 se pronuncia sobre la investigación de los delitos cometidos por la criminalidad organizada, así como de las consecuencias jurídicas aplicables y de ejecución penal.

##### ***a) La Investigación y el Proceso Penal:***

Respecto de la investigación y el proceso, en virtud de la citada Ley, se aplican supletoriamente las reglas establecidas en el NCPP. Sin embargo, se establece que para la determinación del plazo de investigación, siempre se



considerará complejo el proceso contra integrantes de una organización criminal, personas vinculadas a ella o que actúan por encargo de la misma.

Por tanto, el plazo de las diligencias preliminares es de sesenta días en concordancia con lo establecido en el inciso 2, del art. 334° del NCPP. No obstante, puede establecerse un plazo distinto que será fijado por el fiscal en atención a los hechos objeto de investigación, considerando:

- i.** Sus características.
- ii.** Su grado de complejidad.
- iii.** Las circunstancias que los rodean.

*b) Sobre las técnicas de especiales de investigación:*

La aplicación de las técnicas de investigación se determinará en el caso concreto, observando los principios necesidad, razonabilidad y proporcionalidad. Para ello se requerirá de elementos de convicción que acrediten la comisión de delitos vinculados a una organización delictiva.

Para su implementación se requiere resolución motivada, que indique forma de ejecución de la diligencia, su alcance y duración. Recibida la solicitud el juez resuelve en 24 h, sin trámite.

En concordancia con lo establecido en los art. 228°.3 y 228°.4 del NCPP, se indica que ejecutadas las técnicas especiales de investigación, el afectado puede instar la realización de la audiencia judicial de reexamen.

En el caso de la *interceptación postal e intervención de las comunicaciones*, la Ley N° 30077 indica que se respetará en su aplicación los plazos de duración de las técnicas especiales de interceptación postal e intervención de las comunicaciones ya reguladas en el nuevo Código Procesal Penal.

Por tanto, hace énfasis en que sólo se intercepta, retiene e incauta la correspondencia vinculada con el delito que se investiga y siempre que éste se encuentre relacionado a la organización criminal, por lo que deberá respetarse la correspondencia de terceras personas. En este sentido es que toda correspondencia que ha sido retenida o abierta, pero que no guarda relación con los hechos investigados y no dé incidencia de la comisión de otro ilícito, deberá ser devuelta a su destinatario.

De manera similar se procede en el caso de la *intervención de comunicaciones*. La grabación es custodiada debidamente por el fiscal quien debe disponer la transcripción de las partes pertinentes y útiles. Además, las comunicaciones irrelevantes para la investigación son entregadas a las personas afectadas con la medida.

Respecto a la *circulación y entrega vigilada de bienes delictivos*, la Ley N° 30077 regula que el Fiscal es el legitimado para disponer esta técnica especial de investigación respecto de un bien relacionado a la presunta comisión de uno o más delitos vinculados a una organización criminal. En tales casos se seguirán las mismas reglas contenidas en el art. 340ª del NCPP.

Asimismo, el Fiscal puede disponer de la técnica especial de investigación de *acciones de seguimiento y vigilancia* tanto de oficio como a instancia de la policía, diligencia que se lleva sin conocimiento del investigado de acuerdo con los fines de la misma.

La ley N° 30077 regula también la figura del *agente encubierto* indicando que, previa autorización fiscal, quedan facultados para participar en el tráfico jurídico y social; así como adquirir, poseer o transportar bienes de carácter delictivo; permitir su incautación e intervenir en toda actividad que resulte útil y necesaria en los márgenes de la investigación del delito. Cabe recordar que el agente encubierto es aquel policía que realiza su labor de investigación ocultando su condición de PNP, de forma que en algunas ocasiones necesitará infiltrarse en la organización criminal haciendo uso de una identidad supuesta<sup>95</sup>.

En este sentido queremos hacer referencia a lo ya pronunciado en un trabajo posterior, en tanto es conveniente que el Estado reconfigure su estrategia respecto a la *criminalidad organizada* y aquella *delincuencia organizada* que si bien es menos estructurada que la primera, conlleva el mismo peligro y lesividad en la sociedad. Se sugiere así “la ampliación conceptual y operativa del agente encubierto, respecto de quien no siendo policía se inserta en la organización criminal y, con las prevenciones venidas al caso, es útil para develar la organización delictiva”<sup>96</sup>.

El Capítulo II del Título II de la *Ley Contra el Crimen Organizado* finaliza regulando el deber de colaboración y confidencialidad para el esclarecimiento de

---

<sup>95</sup> DELGADO MARTÍN, Joaquín. Ob. Cit., p. 45.

<sup>96</sup> PÉREZ ARROYO, Miguel. Ob. Cit., p. 364.

los delitos regulados en mencionada Ley que recae sobre todas las instituciones y organismos del Estado, funcionarios y servidores públicos y personas naturales o jurídicas del sector privado; siempre que se persiga la finalidad de lograr una eficaz y oportuna realización de las técnicas de investigación previstas en el Capítulo. El objetivo es introducir a todos los sectores económico–sociales en la lucha contra la criminalidad organizada y reducir la impunidad en la persecución de estos delitos.

*c) Sobre las medidas limitativas de derechos:*

Se siguen las mismas reglas establecidas en el Código Procesal Penal respecto del *levantamiento del secreto bancario y la reserva tributaria*. Además también se prevé el *levantamiento de la reserva bursátil*, en el sentido de que el juez, previa solicitud del fiscal, puede ordenar que remita información sobre cualquier tipo de movimiento u operación bursátil en tanto resulte útil a la investigación.

*d) Sobre la incautación y el decomiso:*

En el caso la *incautación y el decomiso* se ha establecido que en todas las investigaciones y procesos penales por delitos cometidos a través de una organización criminal, la PNP no necesita autorización fiscal ni orden judicial, en tanto exista flagrante delito o peligro inminente de que se efectúe. No obstante. Deberá dar cuenta inmediata de su ejecución al Fiscal.

Podrán ser objeto de decomiso e incautación los objetos, instrumentos, efectos o ganancias del delito o cualquier otro bien proveniente del delito o al servicio de la organización criminal.

La Ley 30077° es clara en tanto indica que el Fiscal y la PNP son los responsables de garantizar la seguridad conservación, así como el seguimiento y control de la cadena de custodia de los bienes incautados.

Asumirá competencia respecto de la administración de estos bienes la Comisión Nacional de Bienes Incautados (CONABI) siempre que se trate de bienes provenientes de delitos en agravio del patrimonio del Estado.

*e) Sobre la valoración de la prueba:*

Respecto de los aspectos probatorios, se permite que las pruebas admitidas y actuadas a nivel judicial en procesos por delitos cometidos a través de una organización criminal, puedan ser utilizadas o valoradas en otro proceso, observando como requisitos que la actuación de estas pruebas sean de imposible consecución o de difícil reproducción.

No obstante, si no concurren dichos requisitos, podrán utilizarse los dictámenes periciales, oficiales, informes y prueba documental admitida o incorporada en otro proceso penal, sin perjuicio del derecho a la oposición de la prueba trasladada.

Además, la Ley N° 30077 establece que la sentencia firme que tenga por acreditada la existencia, estructura peligrosidad o alguna otra característica o

circunstancia de una determinada organización criminal, constituye prueba respecto de tales elementos o circunstancias en cualquier otro proceso penal.

En cualquier circunstancia, el valor probatorio de la prueba trasladada se encontrará siempre sujeto a la evaluación que el órgano judicial realice sobre la totalidad de las pruebas actuadas durante el proceso en el que ha sido incorporada, respetando las reglas de la sana crítica, la lógica, las máximas de experiencia y los conocimientos científicos.

Por tanto, la prueba trasladada debe ser incorporada válidamente al proceso, mas deberá respetarse las garantías procesales establecidas en la Constitución Política del Perú. En este sentido es que se regula que la persona a la que se imputa hechos o circunstancias acreditados en un anterior proceso penal tiene expedito su derecho para cuestionar su existencia o intervención en ellos.

*f) Sobre las consecuencias jurídicas aplicables y ejecución penal:*

La aplicación de la inhabilitación de conformidad con lo establecido en los incisos 1 y 2 del artículo 36 del Código Penal se encuentra orientada a vincular la criminalidad organizada con los supuestos en que ésta se relaciona con la actuación de un funcionario o servidor público, produciéndose con ello un abuso de la función o cargo que ocupa el mismo, con las correspondientes cuotas de corrupción que hacen necesaria la imposición de ésta pena además de la privativa de libertad, a estos sujetos que forman parte de la Administración Pública.

En este sentido, la inhabilitación se aplicará en los supuestos en que el agente en condición de integrante de la organización criminal o vinculado a ella,

sea un funcionario o servidor público que haya abusado de su cargo o se haya valido de éste para cometer, facilitar o encubrir el delito

Las agravantes especiales se encuentran reguladas en el art. 22<sup>a</sup> de la Ley N° 30077. Éstas se aplicarán en tanto no estén previstos como tales en la ley penal y abarcan los siguientes puntos:

**i.** Si el agente es líder, jefe o cabecilla o ejerce funciones de administración, dirección y supervisión de la organización criminal.

**ii.** Si el agente financia la organización criminal.

**iii.** Si el agente, en condición de integrante de la organización criminal o persona vinculada a ella o que actúa por encargo de la misma, es funcionario o servidor público y ha abusado de su cargo o se ha valido del mismo para cometer, facilitar o encubrir el delito.

**iv.** Si el agente, en condición de integrante de la organización criminal o persona vinculada a ella o que actúa por encargo de la misma, utiliza a menores de edad u otros inimputables para la comisión del delito.

**v.** Si el agente, en condición de integrante de la organización criminal o persona vinculada a ella o que actúa por encargo de la misma, atenta contra la integridad física o psicológica de menores de edad u otros inimputables. **vi.** Si el agente, en condición de integrante de la organización criminal o persona vinculada a ella o que actúa por encargo de la misma, utiliza a terceras personas valiéndose de su conocimiento, profesión u oficio, o abusando de su posición de

dominio, cargo, vínculo familiar u otra relación que le otorgue confianza, poder o autoridad sobre ellas.

**vii.** Si el agente hace uso de armas de guerra para cometer los delitos a que se refiere la ley N° 30077 en su art. 3°.

**viii.** Si el agente, en condición de integrante de la organización criminal o persona vinculada a ella o que actúa por encargo de la misma, posee armas de guerra, material explosivo o cualquier otro medio análogo.

Así también, se establece la aplicación de consecuencias accesorias, lo que obedece a la necesidad de sancionar también a las personas jurídicas que son instrumentalizadas por las organizaciones criminales o que constituyen en sí mismas meras fachadas de una organización criminal que se vale de la estructura organizacional de la persona jurídica en cuestión. El Juez deberá aplicarlas teniendo en cuenta la gravedad y la naturaleza de los hechos, así como la relevancia de la intervención de la persona jurídica en el delito.

Las consecuencias accesorias que podrán aplicarse de forma alternativa o de forma conjunta. Son las siguientes:

**i.** Multa por un monto no menor del doble ni mayor del triple del valor de la transacción real que se procura obtener como beneficio económico por la comisión del delito respectivo.

**ii.** Clausura definitiva de locales o establecimientos.

**iii.** Suspensión de actividades por un plazo no mayor a cinco años.



**iv.** Prohibición de llevar a cabo actividades de la misma clase o naturaleza de aquellas en cuya realización se haya cometido, favorecido o encubierto el delito.

**v.** Cancelación de licencias, derechos y otras autorizaciones administrativas o municipales.

**vi.** Disolución de la persona jurídica.

En el art. 24° de la Ley 30077 se establece la prohibición de beneficios penitenciarios de redención de la pena por el trabajo y la educación, la semilibertad y la liberación condicional. Su fundamento radica en que éstos se verifica una mayor peligrosidad de la conducta desplegada de cara a: a) una posible reiteración delictiva; b) la posibilidad de reactivar la organización delictiva desarticulada; c) por la entidad del daño causado a la víctima y a la calidad de ésta; d) o especial incidencia criminal del delito en cuestión aunado a su gravedad.

La prohibición de beneficios penitenciarios será aplicable en cuatro supuestos:

**i.** Cuando el agente es líder, jefe o cabecilla o ejerce funciones de administración, dirección y supervisión de la organización criminal.

**ii.** Cuando el agente financia la organización criminal.

iii. Cuando el agente en condición de integrante de la organización criminal o persona vinculada a ella o que actúa por encargo de la misma, utiliza a menores de edad u otros inimputables para la comisión del delito

iv. En el caso de los demás integrantes de la organización criminal, siempre que el delito por el que fueron condenados sea Homicidio Calificado (108 CP), Secuestro (152 CP), Trata de personas (153 CP), Robo agravado (189 CP), o Extorsión (200 CP)

### ***B. Sobre la Cooperación Internacional y la Asistencia Judicial:***

En el Título III de la *Ley Contra el Crimen Organizado* se han establecido reglas y deberes orientados a facilitar la cooperación entre Estados en la persecución y procesamiento de delitos cometidos en el contexto de una organización criminal, necesidad que está determinada por la naturaleza de algunos delitos que se cometen a través de una organización criminal que precisamente trascienden las fronteras de un país y representan manifestaciones de criminalidad transnacional, lo cual requiere de la coordinación entre estados para evitar la impunidad de los delitos cometidos en este contexto y bajo esta forma organizada de moderna criminalidad.

De esta manera, el art. 26° de la mencionada Ley establece que en la asistencia y cooperación recíproca se incluye a la Corte Penal Internacional, por lo que se deben observar los tratados suscritos ratificados por los estados en materia de cooperación internacional; la Ley N° 30077 rige complementariamente a los

tratados existentes y –sólo supletoriamente–, las normas relativas a Cooperación Judicial Internacional del Código Procesal Penal.

La solicitud de cooperación o asistencia judicial solo procede cuando la pena privativa de libertad para el delito investigado o juzgado no sea menor de un año y en tanto no se trate de un delito contemplado en la legislación militar.

Para lo que respecta a la cooperación judicial, no es necesario que el hecho por el que se solicita la asistencia sea considerado como delito por la legislación nacional. La excepción se encontrará en los casos de bloqueos de cuentas, embargos, incautaciones o secuestro de bienes delictivos, inmovilización de activos, registros domiciliarios, allanamientos, control de comunicaciones, identificación o ubicación del producto de los bienes o los instrumentos de la comisión de un delito y demás medidas limitativas de derechos de conformidad con el literal h) del inciso 2 del art. 511<sup>a</sup> del NCPP.

En esta lógica, se regula que los actos considerados de cooperación o asistencia personal son los siguientes:

- a) Recibir entrevistas o declaraciones de personas con la finalidad de esclarecer los hechos materia de investigación o juzgamiento. En las entrevistas o declaraciones, las autoridades nacionales pueden permitir la presencia de las autoridades extranjeras requirentes.
- b) Emitir copia certificada de documentos.
- c) Efectuar inspecciones, incautaciones y embargos preventivos.
- d) Examinar e inspeccionar objetos y lugares.

- e) Facilitar información, elementos de prueba y evaluaciones de peritos.
- f) Entregar originales o copias auténticas de documentos y expedientes relacionados con el caso, documentación pública, bancaria y financiera, así como también la documentación social o comercial de personas jurídicas.
- g) Identificar o localizar los objetos, instrumentos, efectos o ganancias del delito u otros elementos con fines probatorios.
- h) Facilitar la comparecencia voluntaria de personas en el Estado requirente.
- i) Detener provisionalmente y entregar a las personas investigadas, acusadas o condenadas.
- j) Remitir todos los atestados en casos de entrega vigilada.
- k) Cualquier otra forma de cooperación o asistencia judicial autorizada por el derecho interno.

En lo que respecta al trámite que debe seguirse para lograr la cooperación internacional o asistencia judicial, la Ley N° 30077 regula que las solicitudes que correspondan son dirigidas a la Fiscalía de la Nación, estableciéndose que el Ministerio de Relaciones Exteriores cumple una función de apoyo a ésta. El Estado requerido deberá cubrir los gastos de ejecución de las solicitudes salvo pacto en contrario.

Por su parte, las formalidades para la obtención de la prueba deberán regularse por la ley del lugar donde provienen. Su valoración se regirá de acuerdo a las normas procesales vigentes en el Perú y por lo dispuesto en sus instrumentos internacionales en tanto sean aplicables en territorio peruano.

## **CAPITULO IV**

### **VALIDACIÓN DE LA HIPÓTESIS**

#### **4.1. Validación de la hipótesis general**

Las hipótesis formuladas han quedado validadas en existiendo argumentos razonables y fundados que justifican que en la lucha contra las nuevas formas de criminalidad exige que el Estado emplee su ius puniendi optando por hacer prevalecer el interés y tranquilidad pública frente a las garantías y derechos de los imputados; debido a que la delincuencia moderna se encuentra explorando nuevas formas de ejecutar conductas ilícitas, por ello ante esta circunstancia, el Derecho Penal debe crear otros mecanismos con el fin de hacer frente a estas formas de criminalidad, los mismos que vulneran y afectan los postulados del Estado Constitucional y del Garantismo penal; siendo las siguientes:

##### **4.1.1 Crisis del Derecho Penal Tradicional ante el apareamiento de nuevos fenómenos**

En los últimos tiempos, con las transformaciones que la sociedad va experimentando, principalmente tras la industrialización, se han producido muchos cambios en el Derecho Penal. Es una tendencia natural que a medida que la sociedad evoluciona, también lo hace el Derecho, ofreciendo o buscando ofrecer respuestas a los problemas que surgen con estas transformaciones.

Hay el surgimiento cotidiano de nuevas situaciones hasta entonces inéditas para el Derecho Penal. Bienes jurídicos que antes no formaban parte del ámbito

protegido por éste, ahora la sociedad clama por su tutela, como la economía o el medio ambiente. Son bienes jurídicos colectivos o supraindividuales, y su protección se refiere no a una lesión o a un peligro concreto de lesión de dichos bienes, sino, a un peligro abstracto.

Así, el Derecho Penal en los últimos años ha adoptado una política de criminalización de hechos, lo que revela su carácter expansionista. El legislador penal ha actuado de manera incesante, fundamentalmente, en la Parte especial de los Códigos penales, creando tipos nuevos o ampliando la gravedad de los ya existentes, principalmente en sectores antes no abarcados por el Derecho Penal, o, si abarcado, no con tanto rigor; es el caso del medio ambiente, la economía, el mercado exterior y la criminalidad organizada.

Pero la consecuencia más palpable del aumento de la capacidad del Derecho Penal, es la eliminación de ciertas garantías específicas del Estado de Derecho que se habían convertido en un obstáculo para el cumplimiento de sus nuevas tareas.

Frente a las transformaciones ocurridas, parece que el Derecho Penal clásico no posee elementos suficientes para el enfrentamiento de los problemas derivados de ellas, pues, en palabras de Muñoz Conde, este Derecho Penal carece de información suficiente sobre el efecto preventivo de sus disposiciones, exige una imputación del injusto a personas físicas individuales y requiere una prueba precisa de la relación causal entre la acción y los daños. De ahí que se hable de la crisis en la que ha entrado el Derecho Penal, y de la dogmática en especial<sup>97</sup>.

---

<sup>97</sup> MUÑOZ CONDE, Francisco. Ob. Cit., p.34.

En efecto, Silva Sánchez, al sostener que la globalización económica y la integración supranacional –como sucede con los países de “Occidente”– son dos factores multiplicadores del fenómeno expansivo del Derecho Penal, vaticina de entrada que las peculiares exigencias de la reacción jurídico-penal a la delincuencia propia de uno y otro marco parecen capaces de acentuar sustancialmente las tendencias hacia una demolición del edificio conceptual de la teoría del delito, así como el constituido por las garantías formales y materiales del Derecho Penal y del Derecho Procesal Penal<sup>98</sup>.

Esa presunta insuficiencia provoca el surgimiento de un Derecho Penal moderno, con características propias, actuando en sectores distintos que el Derecho Penal clásico, con otros instrumentos y produciendo cambios en sus funciones. El llamado Derecho Penal moderno se encuentra como un fenómeno cuantitativo que tiene su desarrollo en la Parte especial. Como señala Gracia Martín, no hay código que en los últimos años no haya aumentado el catálogo de delitos, con nuevos tipos penales, nuevas leyes especiales, y una fuerte agravación de las penas.

Como ya se dijo anteriormente, este Derecho Penal moderno contiene una fuerte restricción de las garantías de los ciudadanos que abarca no sólo al Derecho de fondo, sino también al Derecho procesal. En cuanto a la primera se crean nuevos tipos penales sin relación alguna al bien jurídico, de una amplitud tal que el principio de legalidad se diluye.

---

<sup>98</sup> SILVA SÁNCHEZ, Jesús. Ob. Cit., p. 291. p. 56.

Según Donna, la idea que existe detrás es que debe haber dos formas de Derecho Penal: uno, que se refiere a los delitos tradicionales: homicidio, hurto, estafas, robo, en el cual se deben mantener las garantías mínimas, y otro, que se refiere a los delitos que hacen a bienes jurídicos generales. Es en éste ámbito en donde las garantías sufren una fuerte disminución: los delitos económicos, el Derecho Penal de drogas, el lavado de dinero, los delitos de medio ambiente y el terrorismo son algunos de los campos de este novedoso sistema<sup>99</sup>.

Por ello es que, para muchos, la actuación de este Derecho Penal moderno ha generado problemas de gran trascendencia, que atentan directamente contra los fundamentos del Estado Social y Democrático de Derecho. Así, parte de la doctrina ha reaccionado preocupada ante lo que podría ser una pérdida de la función de intervención mínima o de última ratio que debería caracterizar al Derecho Penal y, con ello, de las garantías que le son propias.

Otro sector, en cambio, considera que la intervención del Derecho Penal en estos ámbitos se hace indispensable, pues las razones que conducen a la tipificación penal de estas novísimas conductas no pueden coincidir en absoluto con las razones que llevan a regular penalmente los supuestos abarcados por el núcleo mínimo de protección (delitos tradicionales), lo cual no implica que se opte por un Derecho Penal Ilimitado o que deba perderse las garantías que lo caracterizan dentro del Estado de Derecho, pero tampoco obsta para que pueda ser un instrumento adecuado para proteger otros intereses jurídicos, diferentes de los tradicionales.

---

<sup>99</sup> DONNA, Edgardo Alberto. Ob. Cit., p. 78.



Finalmente, una tercera posición, que comparte la tesis de que el Derecho Penal ha entrado en una crisis derivada de la tensión expansiva a que se está sometiendo, ante la cual el Derecho Penal Tradicional no está en condiciones de afrontar con éxito y en forma expeditiva la misión de lucha contra nuevas formas de criminalidad, sobre todo de gravísima dañosidad como el terrorismo, narcotráfico y la criminalidad organizada en general, aboga por la vigencia de un Derecho Penal máximo, en el que, por excepción, se relativizarían radicalmente las garantías sustantivas y procesales. Este es, pues, el ámbito en el cual de aquí en adelante estará orientada nuestra investigación.

#### **4.1.2 Características del Derecho Penal Moderno y sus críticas**

Según Hassemer<sup>100</sup>, el Derecho Penal moderno presenta tres características propias que reflejan el contexto actual: la protección de bienes jurídicos, la prevención y la orientación a las consecuencias.

La primera de ellas consiste en que el Derecho Penal moderno considera la protección de bienes jurídicos una exigencia para la penalización de determinadas conductas, desvirtuando, de esta manera, la concepción clásica de este principio, por la cual la protección de bienes jurídicos asume un carácter negativo, de prohibición de penalización de determinadas conductas. Así, el Derecho Penal moderno utiliza la protección de bienes jurídicos como un mandato para penalizar, y no como una limitación a la protección de bienes jurídicos.

---

<sup>100</sup> HASSEMER, Winfried. *Crisis...* Ob. Cit., pp. 89 y ss.

Para Muñoz Conde, lo anterior no hace ningún reparo sobre el hecho de que, no obstante que la función del ordenamiento jurídico globalmente considerado sea la protección de bienes jurídicos, no significa que incumba al Derecho Penal en exclusiva la realización de esa tarea. Por el contrario, la protección debe ser, incluso, frente al propio Derecho Penal, que sólo debe intervenir cuando se hayan agotado otros medios de protección, dado que el concepto de bien jurídico se concibió originariamente más como límite que como legitimación de la intervención del Derecho Penal <sup>101</sup>.

De ahí que se hable del carácter fragmentario de esta rama, sobre cuya base se sostiene que los bienes jurídicos a proteger tienen que alcanzar un alto grado de relevancia, de lo contrario no tendría sentido concebir la existencia de otras parcelas en el plexo normativo que cumplen unos cometidos muy precisos. Esto es así porque el ius poenale se ocupa de fragmentos de toda esa gama de conductas que el sistema jurídico manda o prohíbe, de donde emergen tres consecuencias fundamentales: que esta rama del Derecho solo defiende el bien jurídico contra ataques de especial gravedad, que solo eleva al rango de conductas mandadas o prohibidas una parte de las que los demás sectores del orden jurídico consideran antijurídicas; y, que deja sin castigo acciones que solo sean inmorales como el homosexualismo, el adulterio, la mentira, etc.

Sin embargo, existe en la tendencia moderna una evidente infracción del principio de intervención mínima, porque el bien jurídico es directamente protegido por la última ratio del ordenamiento jurídico, el Derecho Penal, sin

---

<sup>101</sup> MUÑOZ CONDE, Francisco. “¿Hacia un derecho penal del enemigo?”. En: *El País*, Valencia, 2003, p. 36.

pasar por los “filtros” de las otras ramas del Derecho, sin cuestionarse la relevancia de tal bien para el Derecho Penal. Los principios de intervención mínima y de protección de bienes jurídicos deben, en realidad, coexistir, de tal forma que aquél figure como límite de éste.

Así lo entiende Córdoba Roda al sostener que la ciencia penal como expresión cultural proclama desde decenios el principio conforme el cual sólo debe recurrirse al Derecho Penal en los casos en los que el mismo sea absolutamente necesario para la protección de bienes jurídicos frente a los ataques más intensos de los que pueden ser objeto.<sup>102</sup>

Ello comporta, además, la exigencia de que las normas penales se encuadren dentro del ordenamiento jurídico conforme a un sistema debidamente coordinado en el que las sanciones penales representan el último e inevitable recurso a que acude el Estado. Un claro ejemplo de la trasgresión del principio de intervención mínima es lo que ocurre con el bien jurídico medio ambiente: ante el deseo de la sociedad de protección de ese bien jurídico –del cual no se discute su importancia–, el Derecho Penal intervino como *prima ratio*, incluso frente a la posibilidad de protección por otras vías menos gravosas que el Derecho Penal, como el propio Derecho civil o administrativo.

El Derecho Penal ha actuado en el sector del medio ambiente (bien jurídico universal), mediante la utilización de delitos de peligro abstracto para su tutela. A través de esa técnica legislativa se castiga por una conducta que no sólo no ha lesionado, sino que tampoco ha puesto a nadie en peligro concreto. Así, no se

---

<sup>102</sup> CORDOBA RODA, Juan. “Nuevas formas de delito y principio de intervención mínima”. En: *La Ley*, Nº 3, 1996, p. 53.

produce la sanción de conductas concretas lesivas, sino de construcciones de relaciones de peligro entre conductas abstractamente peligrosas y fuentes sociales de peligro. Lo mismo sucede en los otros ámbitos ya indicados, como el económico, salud pública, terrorismo, etc.

La utilización de estos instrumentos significa un empobrecimiento de los presupuestos de punibilidad, o sea, la punibilidad está condicionada únicamente a la prueba de una conducta peligrosa, siendo innecesaria una víctima visible, un daño y la causalidad de la acción respecto de ese daño. Eso lleva a una realidad muy peligrosa: la reducción de los presupuestos del castigo acarrea la disminución también de las posibilidades de defensa.

Hay, todavía, una cierta tendencia a la desformalización, es decir, al debilitamiento del estricto principio de legalidad de los delitos y de las penas, por la utilización frecuente de conceptos jurídicos indeterminados y cláusulas generales que otorgan al juez la decisión sobre lo que debe o no ser delito, reduciendo, así, los criterios legales que vinculan la interpretación judicial.

Quienes ven justificada la protección penal de este tipo de bienes jurídicos, sostienen que aquello es producto de lo que se ha dado por llamar “la sociedad del riesgo”, que da lugar a que el Derecho Penal recurra a los delitos de peligro y dentro de ellos a los de peligro abstracto. La explicación se ciñe, básicamente, en que frente a una sociedad que produce, debido a su propia estructura, peligros para los bienes jurídicos, se exige la protección de los derechos de los individuos y generales.

Hassemer ha descrito la cuestión de la siguiente manera: La población de las sociedades occidentales se encuentra frente a grandes riesgos, como graves abusos, destrucción del ambiente a nivel internacional, riesgos monetarios, colapso económico, criminalidad organizada, corrupción, terrorismo. Los grandes riesgos se caracterizan por no ser dominables, por ser devastadores cuando se concretan, por ser vagos, opacos, en fin, por no ser tangibles, dado que son más una sombra que un objeto. La teoría considera que en esta situación aumentan el miedo de la población y sus necesidades de control<sup>103</sup>.

Ante la amenaza del riesgo, la población carece de orientación, de tranquilidad normativa, por eso entra en pánico, se siente contra la pared y, en consecuencia, agudiza sus necesidades de control y sus instrumentos de represión. Según esta definición, las sociedades de riesgo tienden hacia el agravamiento de los medios represivos y la anticipación del control. En consecuencia, las reformas del Derecho Penal material se han concentrado sobre todo en agravamientos. Se crean nuevos tipos penales en los ámbitos del Derecho económico, del Derecho patrimonial, del Derecho de la droga, del terrorismo, que tienen la particularidad de restringir ampliamente el espacio de acción del ciudadano.

Se procede a la criminalización anticipada, a la criminalización en la fase previa a la lesión del bien jurídico, por ejemplo, en el lavado de capitales. Se verifica el aumento y el agravamiento de los antiguos marcos penales, sobre todo en el campo de la criminalidad de la droga. Los delitos de peligro abstracto son normales en el Derecho Penal Moderno, en el que no se exige la lesión del bien

---

<sup>103</sup> HASSEMER, Winfried. "Lineamientos de una teoría personal del bien jurídico". En: *Doctrina Penal*, N. 46/47, Buenos Aires, 1989, p. 78.

jurídico o que éste sea concretamente puesto en peligro, sino que alcanza con que se verifique una acción abstractamente peligrosa. También existen bienes jurídicos al mismo tiempo abstractos y universales, como la capacidad funcional en el instituto de las subvenciones, la salud pública en el Derecho Penal de la droga, en los que el Estado no puede ser controlado a través del bien jurídico.

Es innegable que la complejidad creciente de las sociedades modernas requiere una respuesta adecuada, pero resulta cuestionable a que sea el Derecho Penal quien tenga que darla, no sólo porque existen otros instrumentos jurídicos para ello, sino porque, además, se correría el peligro de estar acudiendo a una supuesta demanda de seguridad por parte de los ciudadanos, a menudo creada o incrementada por los medios de comunicación.

En efecto, como señala Juan F. Gouvert, el proceso de expansión que experimenta el Derecho Penal moderno hace que se le asignen misiones que le son extrañas, como pretender que sea un gestor de conflictos sociales<sup>104</sup>. De esta forma se intentan canalizar necesidades a través de las leyes penales como la erradicación del delito y la “sensación” de inseguridad, que no son satisfechas por otras vías. Así, el común de la población cree que la simple sanción o reforma del orden jurídico, en especial del sistema penal, solucionará casi mágicamente sus problemas; cuando más bien se trata de realidades complejas que requieren un arduo abordaje y compleja solución<sup>105</sup>.

---

<sup>104</sup> GOUVERT, Juan. “Reflexiones actuales sobre el riesgo procesal”. En: *La Ley*, Jurisprudencia, 2007, p. 38.

<sup>105</sup> *Ibíd.*, p. 34.

La segunda característica consiste en que el Derecho Penal Moderno convirtió la prevención, antes considerada como una meta secundaria del Derecho Penal, en su principal finalidad. Para lograr esta nueva meta, el Derecho Penal moderno utiliza herramientas contundentes frente al sistema de garantías del Derecho Penal Clásico, como la agravación de las penas y ampliación de medios coactivos en la fase instructora. Así, “cada vez más el fin parece justificar los medios”.

Ya Baratta manifestaba que toda esta discusión parecía establecerse entre dos modelos de Derecho Penal que, en realidad, constituyen dos modos distintos de comprender el Estado y sus estrategias de intervención. Estos dos polos son identificados como Derecho Penal Liberal y Derecho Penal Social o de Prevención. Señalaba que lo característico de los bienes protegidos por el Derecho Penal Liberal Clásico es que tienen su origen en la sociedad civil, mientras que los protegidos por el Estado de la prevención son producidos por el Estado mismo, en torno a las infraestructuras, complejos administrativos y funciones relacionados con el sistema estatal<sup>106</sup>.

Si bien es cierto que la finalidad de prevención cumple un papel importante en el Derecho Penal, aquella no debe constituir su primordial meta. Se impone que haya un equilibrio entre la prevención general y la especial, para que tanto los intereses de la sociedad como los de la persona considerada individualmente sean satisfechos.

---

<sup>106</sup> Citado por CAFFERATA NORES, José. *Cuestiones actuales sobre el proceso penal*. Buenos Aires: Editores del Puerto, 1997, p. 65.

Al mismo tiempo que el propósito de la pena es la “intimidación de la generalidad de los ciudadanos, para que se aparten de la comisión de los delitos” (prevención general), existe también la función de “apartar al que ya ha delinquirido de la comisión de futuros delitos, bien a través de su corrección o intimidación, bien a través de su aseguramiento, apartándolo de la vida social en libertad” (prevención especial).

Ahora bien, más allá de esta regulación formal, resultan interesantes las observaciones que, sobre el funcionamiento del sistema penal en la actualidad, señala el profesor Terragni<sup>107</sup>, al manifestar, por un lado, que si bien el sistema penal sirve para la prevención general, la amenaza que su vigencia implica no impide que se cometan delitos. Esto que es muy obvio, por lo general la comunidad lo desconoce. Se ha repetido infinidad de veces el aserto precedente, pero ni siquiera los legisladores (que deberían tener más perspicacia para entenderlo) lo han asimilado. Esta ignorancia hace que cuando aparece un fenómeno colectivo que alarma por su violencia y reiteración, la primera respuesta a lo que se interpreta como un clamor de la población desprotegida consista en auspiciar un incremento de las penas.

De ello se hace eco (y amplifica sus alcances) cierta prensa, y nunca falta un legislador que presente un proyecto para elevar las escalas penales. Por otro lado, el indicado profesor señala que se pregona también que la pena corrige al delincuente, es decir, sirve a los fines de la prevención especial. En este sentido las especulaciones teóricas han girado siempre en torno de las penas privativas de

---

<sup>107</sup> TERRAGNI, Marco Antonio. *El delito culposo*. Buenos Aires: Rubinzal Culzoni, 2006, pp. 56-60.



la libertad, en cuyo caso la corrección se expresa en la idea de readaptación social, lo cual –sostiene– es un objetivo muy difuso que a lo sumo sirve como rótulo general satisfaciendo una aspiración que no siempre fructifica en hechos.

Por lo tanto, para lograr la armonía entre estas dos caras de la prevención, sin que haya cesión a favor de una de ellas, se debe considerar que “la sociedad tiene derecho a proteger sus intereses más importantes recurriendo a la pena si ello es necesario”; pero, por otro lado, “el delincuente, por su parte, tiene derecho a ser respetado como persona y a no quedar separado definitivamente de la sociedad, sin esperanza de poder reintegrarse a la misma”.

En este sentido se sostiene que el Derecho Penal Moderno rompe claramente con el equilibrio que debe existir. Sustenta la prevención general como predominante ante la especial, lo que conduce a la mitigación de garantías fundamentales del individuo, garantías esas que constituyen el fundamento del Estado Social y Democrático de Derecho.

Así, pues, en palabras de Zaffaroni, “a partir del reconocimiento de que la actual tendencia globalizante aumenta la conflictividad y los peligros, en lo que se ha llamado la sociedad de riesgo, la teoría que legitima el Derecho Penal de riesgo, desemboca en un Estado preventivista, que ahoga al Estado de Derecho, confundiendo prevención policial con represión penal, reemplazando la ofensividad por el peligro y reduciendo los riesgos permitidos. El Derecho Penal de riesgo convierte a los delitos de lesión en delitos de peligro, eliminando el *in dubio pro reo* cuando no se puede probar con certeza la producción del resultado, como también la reserva de la ley mediante la administrativización [...] a la ley

penal no se reconoce otra eficacia que la de tranquilizar a la opinión, o sea, un efecto simbólico, con lo cual se acaba en un Derecho Penal Simbólico, o sea, que no se neutralizan los riesgos sino que se le hace creer a la gente que ya no existen, se calma la ansiedad o, más claramente, se miente, dando lugar a un Derecho Penal Promocional, que acaba convirtiéndose en un mero difusor de ideologías”.<sup>108</sup>

La acusación de que el Derecho Penal Moderno es un Derecho Penal Simbólico tiene que ver con que está tipificando conductas carentes de lesividad o con una lesividad irrelevante, pues, en efecto, el Derecho Penal Simbólico no persigue la eficacia, sino tan solo la apariencia de eficacia, con el objetivo de alcanzar una ficticia paz social. En palabras de Gracia Martín, esto es lo que pasa con el Derecho Penal Moderno, al sostener que el mismo carecería en general de la capacidad instrumental de prestar eficazmente, a la sociedad y a los individuos que la integran, la seguridad que demandan al Estado ante la amenaza de nuevos riesgos; el legislador, empero, recurriría eficazmente a esos problemas –mediante la creación de nuevos tipos penales que incluso devienen de imposible aplicación– con el fin único de producir en la sociedad y en los individuos que la integran el efecto meramente aparente, esto es: simbólico<sup>109</sup>.

Siguiendo con las explicaciones de Hassemer, la tercera y última característica es la conversión por el “Derecho Penal Moderno de la orientación a las consecuencias en una meta dominante”, siendo que el Derecho Penal Clásico

---

<sup>108</sup> ZAFFARONI, Eugenio Raúl. *La creciente legislación penal y los discursos de emergencia*. Buenos Aires: Editorial Ad-Hoc, 1998, p. 67.

<sup>109</sup> RAGUÉS, Ramón. *Retos actuales de la Política Criminal y la Dogmática Penal*. Córdoba: Editorial Mediterránea, 2003, p. 28.

la tenía como un criterio complementario para la correcta legislación. Con este cambio, la igualdad y la retribución del delito son marginadas de la política jurídico-penal. Por este principio de orientación a las consecuencias en el Derecho Penal, entiende el indicado autor, se ha querido expresar que legislación y jurisprudencia están interesadas en las consecuencias fácticas de su actuación y que justifican (legitiman) sus comportamientos en la producción de los resultados deseados y en la evitación de aquellos que se rechazan.

Orientación a las consecuencias presupone que las consecuencias de la legislación, de los Tribunales y de la ejecución de las penas son realmente conocidas y valoradas como deseadas o no deseadas. Orientación a las consecuencias puede significar en Derecho Penal que el legislador, la justicia penal y la administración penitenciaria no se satisfacen (solamente) con la persecución del injusto criminal y con su compensación mediante la expiación del delincuente, sino que persiguen la meta de mejorar al autor del delito y contener la delincuencia en su conjunto<sup>110</sup>.

Con esa exaltación de la orientación de las consecuencias por el Derecho Penal Moderno, en definitiva, el Derecho Penal se resume en un instrumento de pedagogía social, con la finalidad de sensibilizar a las personas acerca de determinados temas entonces tutelados por esa rama del Derecho. Así, el Derecho Penal acaba por ser considerado como una valoración y un fin de si mismo, lo que lleva a su empleo como medio para la educación. Es lo que ocurre con los delitos del medio ambiente en los que el Derecho Penal se convierte en una especie de

---

<sup>110</sup> HASSEMER, Winfried. Ob. Cit., p. 27.

academia popular para educar al auditorio en los cuidados que necesita la naturaleza.

Sin embargo, el Derecho Penal no debe ser utilizado solamente atendiendo a la finalidad pedagógica, de educación con el fin de la propia prevención general, dado que, como se ha dicho, por ser la rama del Derecho que establece las sanciones más gravosas, debe ser la última ratio, y no la única. Además, por su carácter fragmentario y su subsidiariedad, deberían haber sido agotadas todas las otras formas para el alcance del fin de educación que busca el Derecho Penal del medio ambiente. Considerar que el Derecho Penal está siendo utilizado sólo con la finalidad de educación es totalmente contrario al principio de protección de bienes jurídicos, bien como una gran ofensa al principio de intervención mínima, y tal ofensa se produce por el hecho de que hay otras vías capaces de desarrollar esta función, inclusive, con más propiedad y más satisfactoriamente que el Derecho Penal.

El Derecho Penal si bien es un medio de control social, no es el único que existe. Hay otras formas que, incluso, deben preceder al Derecho Penal, por la gravedad de sus consecuencias. El profesor colombiano Fernando Velásquez Velásquez enseña que el control social puede ser ejercido por diversos medios: de manera difusa, creando hábitos colectivos de conducta (hábitos sociales, usos, costumbres, creencias, convicciones); por entes institucionales, como la familia,

las asociaciones privadas, la Iglesia; las instituciones públicas, como el Estado, los organismos gubernamentales, etc.<sup>111</sup>

Así mismo, por los establecimientos educativos en todos sus grados (escuelas, colegios, universidades); en fin, por los medios de comunicación (prensa, radio, televisión). En síntesis, afirma, los mecanismos de control social pueden ser clasificados como sigue: formales e informales, voluntarios e involuntarios, conscientes e inconscientes, concretos y difusos, externos e internos. Estas formas de control social extrajurídico, por lo tanto, son los que tienen que anteceder al Derecho Penal; incluso, ultrapasados estos primeros filtros, aparecen también los métodos de control jurídicos, que son las otras ramas del ordenamiento jurídico, como el Derecho civil, mercantil o administrativo<sup>112</sup>.

De los argumentos anteriores se puede sintetizar, siguiendo a Muñoz Conde, que el Derecho Penal se ha convertido más en un instrumento político de dirección social que un mecanismo de protección jurídica subsidiaria de otras ramas del ordenamiento jurídico<sup>113</sup>.

#### **4.1.3 Relativización de las críticas dirigidas a la “expansión del Derecho Penal”**

Como hemos visto hasta ahora, un sector importante de la doctrina ha hecho serios cuestionamientos a las características del nuevo Derecho Penal, que pueden ser resumidas de la siguiente manera: Por un lado, se ha incidido en la idea de que se estaría produciendo un abandono del núcleo del Derecho Penal Mínimo y una

---

<sup>111</sup> VELÁSQUEZ VELÁSQUEZ, Fernando. Ob. Cit. p. 47.

<sup>112</sup> *Ibidem*.

<sup>113</sup> MUÑOZ CONDE, Francisco. Ob. Cit., p. 43.

ruptura con los principios de intervención mínima y ultima ratio, por cuanto el moderno Derecho Penal se ha ido alejando de un modelo destinado a la protección exclusiva de bienes altamente personales –como la vida, la integridad física, la libertad, etc.– para convertirse en un Derecho Penal de mayor intervención en la esfera del ciudadano, que se manifiesta en el aumento de conductas penalmente tipificadas con el fin de proteger bienes jurídicos colectivos o supraindividuales.

Esto se traduce en la idea de que el Derecho Penal ha intervenido en ámbitos cuyos problemas estarían ya resueltos por otras ramas del ordenamiento jurídico, las cuales, en comparación con el Derecho Penal, limitarían en menor medida la libertad del ciudadano. Por otro lado, se critica también que el Derecho Penal moderno no es más que un Derecho Penal Simbólico, al intentar canalizar a través de sus normas necesidades como la erradicación del delito y la “sensación” de inseguridad, que no son satisfechas por otras vías, para de esta manera apaciguar a la población a través del mensaje de que el Estado “está actuando”.

No cabe duda que estos argumentos tienen su peso, sin embargo, han existido posiciones tendientes a relativizar alguna de las críticas que le son dirigidas al fenómeno expansivo del Derecho Penal, con el fin de demostrar que en algunos casos si es necesaria la intervención del Derecho Penal, ya que los mismos no encajarían en el núcleo mínimo de protección. En las próximas líneas nos limitaremos a revisar, pues, aquellas ideas relativizadoras.

Laura Ponzuelo Pérez<sup>114</sup> se ha interesado por el tema y cree que las objeciones anteriores pueden ser matizadas de la siguiente manera: En primer lugar, en lo concerniente a que la intervención penal en determinadas materias puede resultar rechazable porque restringe en mayor medida el ámbito de libertad del ciudadano, entiende que puede conducir a un equívoco.

En efecto, sostiene que no se puede considerar que la libertad del ciudadano se ha limitado considerablemente con la intervención –nueva o más intensificada– del Derecho Penal en determinados ámbitos, ya que cuando éste ha tipificado nuevas conductas sólo ha variado la respuesta jurídica, puesto que las nuevas materias en las que se ha producido tipificación penal –y que serían las puestas en tela de juicio por los críticos de la “expansión” del Derecho Penal– en la totalidad de los casos ya eran objeto de prohibición de otras ramas del ordenamiento jurídico; es decir, ya eran conductas prohibidas.

Contaminar un río o atentar gravemente contra la flora o la fauna, por ejemplo, ya eran comportamientos prohibidos anteriormente por el ordenamiento antes de que se sancionasen a través del Código penal; lo que significa, en definitiva, que la libertad del ciudadano ya estaba limitada en ese sentido. En consecuencia, el Derecho Penal lo único que ha hecho es dar una respuesta jurídica distinta a esos comportamientos, pero no ha invadido en mayor medida la esfera de libertad del ciudadano de lo que estaba anteriormente, ya que antes tampoco podía realizar ese tipo de conductas, y que tal respuesta jurídica distinta

---

<sup>114</sup>RAGUÉS, Ramón. Ob. Cit., p. 28.

que trae consigo el Derecho Penal, más o menos gravosa, sólo afecta a quien ha realizado la infracción.

En cuanto a la invocación del principio de intervención mínima, sostiene que hay que tomar en cuenta que éste ha sido formulado a partir de la idea de que los bienes o intereses a los que se debería circunscribir la intervención penal, son los tradicionalmente protegidos y que responderían a un modelo liberal del Derecho Penal; sin embargo, no hay que olvidar, como señala Silva Sánchez, que ese modelo de Derecho Penal liberal de protección de bienes altamente personales y del patrimonio nunca existió como tal.

Además, cuando se apela a la insignificancia o ausencia de lesividad suficiente para una concreta tipificación penal, o a que están protegiendo intereses universales o difusos frente a los tradicionales intereses individuales, a menudo se olvida que los Códigos penales –como en el caso español– han protegido intereses de esa naturaleza, como se puede apreciar en los delitos contra el “ordenamiento económico” o contra el “orden público”<sup>115</sup>.

También redundaría en que delitos de peligro abstracto han existido siempre, y a menudo han gozado de la mayor aceptación. Así pone el ejemplo que ya en el Código penal español, de 1822, se encuentra la tipificación de la falsificación de moneda, y cuando se sanciona el haber falsificado moneda con la intención de introducirla en el mercado, aun cuando no se ha llegado a introducir efectivamente, lo que se está protegiendo es algo amplio, difuso, como es el mantenimiento del sistema monetario, pues lo contrario alteraría gravemente el

---

<sup>115</sup> SILVA SÁNCHEZ, Jesús. Ob. Cit., p. 291.



orden no solo económico, sino social, si desapareciera la confianza de los medios de pago. Este delito, que actualmente se encuentra tipificado en el Art. 386 del Código penal, contempla una pena de 8 a 12 años de prisión para la falsificación de monedas con la intención de introducirlas como medio de pago, aunque se trate de cantidades irrelevantes, pero –sostiene la autora– el problema no reside en si el Derecho Penal debe sancionar o no la falsificación de monedas, sino en una defectuosa técnica legislativa, y aquí precisamente reside una de las claves principales del debate sobre la expansión del Derecho Penal, pues la mayor parte de las veces el problema no reside en si la ley penal debe intervenir o no en determinadas materias, sino en cómo lo hace.

Lo que resulta rechazable, y es lo que devuelve a los ciudadanos una imagen absurda del ordenamiento, es que se imponga una sanción semejante a quien mata un jilguero protegido que a quien contamina un río. Con esto lo que nuestra autora nos dice es que existe un amplio acuerdo en la necesidad de proteger el medio ambiente y la flora y la fauna, pero no en cómo a menudo el legislador determina el umbral mínimo de gravedad típico o la consecuencia jurídica<sup>116</sup>.

Con relación a las críticas dirigidas al Derecho Penal Simbólico, considera que las mismas deben limitarse únicamente a aquellos supuestos en los que el legislador actúa engañosamente, dictando conscientemente una ley inaplicable. En los demás casos se podrá hablar de una técnica legislativa inadecuada, que también podrá ser rechazable, pero se trata ya de una cuestión independiente del fenómeno de la expansión del Derecho Penal sobre nuevos ámbitos.

---

<sup>116</sup>Ibídem.

De ahí que no es correcta la equiparación sin más de Derecho Penal Simbólico con Derecho Penal innecesario, pues más allá de que el legislador cree una norma con la más rechazable vocación de inaplicación, ello no prejuzga nada acerca de la necesidad de esa norma o de su eventual eficacia en caso de que llegue a aplicarse.

Esto hace que la autora de a entender que no es partidaria de un Derecho Penal ilimitado e indiscriminado, y que más bien comparte con la corriente crítica de la expansión del Derecho Penal en el sentido de que, en la medida en la que la intervención penal da una respuesta más gravosa –lo que se refleja tanto en la posibilidad de imponer una pena privativa de la libertad como en el significado estigmatizador del proceso penal y de la imposición de una sanción penal–, dicha intervención debe ser lo más cuidadosa posible, pero –afirma– a menudo se confunde la crítica relativa a la intervención del Derecho Penal en determinados ámbitos, con el concreto modo que se hace, y eso influye en el juicio sobre la utilidad y eficacia de dicha intervención.

Finalmente, la autora considera que la intervención del Derecho Penal se hace necesaria en determinadas materias, y para llegar a determinar aquella necesidad se debe partir del análisis de supuestos concretos o específicos, en la medida en que las razones para esa intervención pueden ser muy diferentes según las materias a regular, pues precisamente el error en el que incurren los críticos de la expansión del Derecho Penal es que parten de afirmaciones generales sobre la función o alcance de esta rama del ordenamiento jurídico, lo que no les permite afirmar o negar la necesidad de intervenir en dichos supuestos concretos.

De esta manera toma el ejemplo del medio ambiente, en el que, por un lado, existe un amplio consenso social y, por ende, doctrinal, acerca de la necesidad de proteger este bien jurídico, razón por la cual determinados atentados medioambientales ya se encuentran tipificados hace tiempo en el derecho administrativo sancionador –como también lo han estado ciertos atentados producidos en otros ámbitos como la flora y fauna, el ordenamiento del territorio o el orden socioeconómico–, pero, por otro lado –y pese a las críticas sobre la excesiva intervención penal– también está extendida la opinión de que la persecución e imposición de la consiguiente sanción cuando se cometen estos atentados no se produce, o no se lo hace con la efectividad necesaria, es decir, que el derecho administrativo en este ámbito no estaría resolviendo el problema de forma suficiente ni satisfactoria.

Ante esto la soluciones dadas a la problemática dada por los críticos de la expansión ha sido mantener la regulación dentro del ámbito administrativo y modificar y adecuar sus mecanismos para hacer frente satisfactoriamente a las agresiones al medio ambiente, en procura de que el Derecho administrativo se convierta, en definitiva, en una respuesta suficiente y satisfactoria del conflicto planteado, y no a acudir a la última ratio del Derecho Penal para solucionar los conflictos que se generan en este ámbito; sin embargo –sostiene– en la configuración actual del sistema administrativo no se cuenta con los medios de control necesarios para hacer frente a determinado tipo de infracciones.

Las agresiones más graves contra el medio ambiente –que serían las que, en principio, deben ingresar al Derecho Penal – son, en su inmensa mayoría,

cometidas por grandes estructuras empresariales, y como las sanciones previstas para estas agresiones es meramente económica, la cuantía de esa sanción ya está integrada a sus costes de producción y, por ende, ya es un valor esperado para el delincuente, sin que las previsiones legales logren conseguir una adecuada prevención de las infracciones.

Pero aún más, a esto se suma el hecho de que la persecución y sanción de estas infracciones ha demostrado ser totalmente ineficiente –al menos es lo que sucede en España–, pues, a su entender, se enfrenta a muchos problemas como, por ejemplo, el de que las empresas contaminantes son con frecuencia grandes estructuras empresariales y a menudo se entremezclan, indebidamente, intereses de naturaleza económica y política que dificultan una adecuada persecución de las infracciones.

Por otro lado, si la opción es la de incrementar la sanción, ello puede hacerse desde el Derecho administrativo o desde el Derecho Penal. Si se lo hace desde el primero no se conseguiría ningún cambio, pues la sanción se traduciría en el incremento económico de la multa, y para una gran empresa, que obtiene grandes beneficios de la misma naturaleza, cuando se encuentra en un entorno de gran impunidad respecto de las infracciones medioambientales, resulta que el saldo saldría prácticamente siempre a favor.

Lo más adecuado sería, entonces, intervenir penalmente a través de un sistema de control diferente al del sistema administrativo, al menos hasta que este último pueda en el futuro dar una respuesta satisfactoria al problema. La intervención penal también tiene la ventaja de que por esta vía se introduce un

tercero, el juez o fiscal, es decir, un control externo, no implicando en el juego de intereses que puede darse, por ejemplo, en relación con determinadas empresas contaminantes.

Este modo de análisis de la necesidad o no de la intervención penal en determinados ámbitos –en este caso, en el ámbito ambiental–, sin duda dista mucho de la forma como los críticos de la expansión del Derecho Penal rechazan sin más su intervención, a partir de la invocación de principios rectores de esta rama del ordenamiento jurídico –intervención mínima o ultima ratio–, pero sin adentrarse en las particularidades que se presentan en determinados supuestos concretos, cuyo tratamiento minucioso de alguna forma nos permitiría concluir que si bien dichos principios son imprescindibles como presupuesto mínimo de debate, resultan insuficientes a la hora de afirmar o negar la necesidad de recurrir a la intervención penal, sin llegar, desde luego –en el evento que se opte por una respuesta afirmativa de intervención–, al absurdo de hacerlo de una manera indiscriminada, sino, por el contrario, actuando de manera cautelosa a fin de que cause el menor impacto posible, esto es, la intervención se remitiría exclusivamente a supuestos especialmente graves, como puede ser determinado tipo de contaminación ambiental, para el ejemplo últimamente tratado<sup>117</sup>.

Así, como afirma Silva Sánchez, ciertamente el medio ambiente constituye el “contexto” por antonomasia de bienes personales del máximo valor y, por lo tanto, el ordenamiento jurídico en su conjunto tiene ante sí un reto esencial, en la línea de garantizar lo que algunos caracterizan como “desarrollo sostenible”, lo

---

<sup>117</sup> SERRANO TÁRRAGA, María Dolores. “La expansión del Derecho penal en el ámbito de la delincuencia económica. La tutela penal de los mercados financieros”. En: *Revista de Derecho*, Vol. XVIII, N° 1, Julio, Valdivia, 2005, p. 57.

que de hecho ha venido asentando progresivamente la tendencia a provocar la intervención del Derecho Penal tan pronto como se afecta un cierto ecosistema en términos que superan los estándares administrativos establecidos<sup>118</sup>.

Las reflexiones anteriores son válidas también para otros ámbitos en los que se pueda requerir la intervención penal, tales como la flora y fauna, el ordenamiento del territorio, el orden socioeconómico, etc., pero –insístase en decirlo– siempre tratándose de casos especialmente graves y llevándose a cabo previamente un análisis minucioso de las particularidades de cada supuesto concreto.

Lo destacable de todo esto es que, hoy por hoy, no se puede impedir ya una modernización del Derecho Penal, pues resulta imposible poner atajo a las demandas de mayor protección estatal en general y penal en particular, que se encuentran profundamente enraizadas en una nueva autocomprensión de la sociedad, cada vez más compleja por la aparición de nuevas formas de criminalidad. El punto clave está en cómo se utiliza el *ius puniendi* estatal, situación en la cual parece radicar el principal problema de la expansión del Derecho Penal, pues las propuestas han sido múltiples y diversas, como veremos al tratar los temas subsiguientes del presente trabajo.

#### **4.1.4. El discurso del Derecho Penal del Enemigo como tercera velocidad del Derecho Penal**

---

<sup>118</sup> SILVA SÁNCHEZ, Jesús. Ob. Cit., p. 58.

La consolidación del discurso de la emergencia y la clara propuesta de un Derecho Penal del Enemigo, que se traduce en una propuesta de Derecho Penal máximo con un claro recorte de garantías constitucionales y procesales, se ha venido repitiendo a lo largo de la historia; sin embargo, se da este calificativo a partir de una de las publicaciones del Günther Jakobs, quien nos advierte que esta construcción de un Derecho Penal del enemigo es la negación de un Derecho Penal del Ciudadano.

La sociedad de la post modernidad ha ido creando la figura del enemigo, como la de aquel sujeto que debe estar desprovisto de las garantías propias del Estado de Derecho, porque ya mediante su comportamiento individual o como parte de una organización criminal (nadie duda ya que vivimos la era de la tecnocriminalidad y de la delincuencia organizada trasnacional), abandona el Derecho de manera irreversible, pues no se trata de un delincuente ocasional. Su comportamiento es de por sí un peligro sostenido y permanente con un perfil patológico de perversión irrecuperable<sup>119</sup>.

El paso del ciudadano (sujeto normal) al enemigo (sujeto anormal) se iría produciendo mediante la reincidencia, la habitualidad, la profesionalidad delictiva y, finalmente, se integrará a verdaderas organizaciones delictivas de cuya estructura va a ser parte. Ante la dimensión de este perfil patológico de perversión y criminalidad debe surgir un ordenamiento jurídico especial, hoy denominado como Derecho Penal del Enemigo, pero que a lo largo de la historia hemos visto

---

<sup>119</sup> JAKOBS, Günther y CANCIO MELIÁ, Manuel. *Derecho penal del enemigo*. Madrid: Thomson-Civitas, 2003, p. 23.

como el Derecho de las medidas de seguridad aplicables a los imputables peligrosos<sup>120</sup>.

Nos encontramos con un Derecho Penal incluso de la anticipación a los hechos criminales, como una propuesta de protección penal, que va a conllevar un discurso de aumento de penas, la transformación de la legislación penal en un arma de lucha contra el enemigo, al que hay que enfrentar socavándole sus garantías procesales.

El Derecho Penal de la emergencia termina por legitimar el abuso frente a lo que se considera una situación excepcional que, creada por el enemigo, es castigada de inicio con la propia renuncia a sus garantías personales. El recorte de garantías y beneficios de excarcelación se trasladan al propio Derecho Procesal Penal, con la creación de institutos como la prisión preventiva no excarcelable ni sustituible frente a cierto tipo de delitos como los de criminalidad organizada, terrorismo, delincuencia macroeconómica, tráfico de drogas ilegales, pornografía infantil, etc.; en estos casos se pretende encontrar su legitimación a partir de la necesidad de la eliminación de un peligro potencial o futuro, la punibilidad se adelanta y la pena se dirige hacia el aseguramiento frente a hechos futuros.

Desde luego que resulta claro que lo anterior no va a disminuir la tasa de criminalidad no obstante la gigante maquinaria de demolición de garantías propias de un Estado de Derecho, pero esta es la propuesta retroalimentada a raíz de sucesos que conmovieron a la comunidad internacional como el atentado a la

---

<sup>120</sup>Ibídem.



Torres Gemelas del 11 de septiembre del 2001 en Nueva York, o el perpetrado el 11 de marzo del 2004 en Madrid.

El mismo Muñoz Conde señala que, según Jakobs, en el Derecho Penal del enemigo el legislador no dialoga con sus ciudadanos, sino que amenaza a sus enemigos, conminando sus delitos con penas draconianas, recortando las garantías procesales y ampliando las posibilidades de sancionar conductas muy alejadas de la lesión de un bien jurídico. El problema que plantea este Derecho Penal del enemigo es su difícil compatibilidad con los principios básicos del Derecho Penal del Estado de Derecho, porque ¿dónde están las diferencias entre ciudadano y enemigo?, ¿quién define al enemigo y cómo se lo define?, ¿es compatible esta distinción con el principio de que todos somos iguales ante la ley?. Todo da cuenta que ésta, más bien, es una propuesta de Derecho Penal de autor pues se etiqueta al ciudadano como enemigo y luego se lo va a liquidar por esa calidad, aunque no fuese responsable ya de ningún acto<sup>121</sup>.

A diferencia de lo que ocurría durante los años de la segunda guerra mundial, en donde era habitual que los doctrinarios hicieran referencia a la antinomia de Derecho Penal Liberal - Derecho Penal Autoritario, con abundante doctrina y bibliografía tanto soviética, nazi, como fascista; éste nuevo avance del Derecho Penal antiliberal, como menciona Zaffaroni, “no se presenta como Derecho Penal autoritario ni se enmarca en los pensamientos políticos totalitarios como los de entreguerras, sino que invoca la eficacia preventiva, como una cuestión pragmática”... “postulando que es menester ceder garantías para

---

<sup>121</sup> MUÑOZ CONDE, Francisco. Ob. Cit., p. 47.

aumentar la seguridad, o sea que da por sentada una relación inversa entre garantías y seguridad”<sup>122</sup>.

Esta característica del Derecho Penal del Enemigo de no presentarse como Derecho Penal autoritario, lo enrola, más bien, dentro de un modelo político criminal de corte autoritario, entendiendo por éste aquel que posee como principal característica “subordinar completamente los principios de libertad y de igualdad al principio de autoridad; por lo tanto, el alcance de la política criminal, prácticamente, no tiene límites”. Así, una política criminal que no establece sus propios límites es necesariamente autoritaria.

Un claro modelo de política criminal autoritaria, como esboza Alberto Binder, ha sido el fascismo y el nazismo, en donde el Estado todopoderoso no tenía límites en su esfera de incumbencia. A este modelo también se asemeja el de los integristas, como los que se dan en el mundo musulmán, distinguiéndose únicamente en que en el mundo musulmán la política criminal no se manifiesta ya en el poder del estatal, sino en el religioso<sup>123</sup>.

Sin embargo, hoy en día este modelo no se encuentra totalmente agotado, sino que, por el contrario, es interrogante de muchos si, tras formas aparentemente democráticas, no se estará intentando filtrar este viejo modelo, revistiéndolo de nuevos conceptos y nuevas palabras como lo fue el discurso de la “seguridad nacional” años atrás y el de la “seguridad ciudadana y el Derecho Penal del enemigo” en la actualidad.

---

<sup>122</sup> ZAFFARONI, Eugenio Raúl. *En torno a la cuestión penal*. Montevideo - Buenos Aires: Editorial BdeF, 2005, p. 33.

<sup>123</sup> BINDER, Alberto. Ob. Cit., p. 39.

Pues bien, no caben dudas que el Derecho Penal del Enemigo constituye un modelo político- criminal autoritario, ya que detrás del recorte de garantías en pos de la eficacia preventiva para aumentar la seguridad reviste las siguientes características propias de un Derecho Penal antiliberal, y que han sido sistematizadas por el propio profesor Zaffaroni, de la siguiente manera<sup>124</sup>:

a) La característica común del autoritarismo de todos los tiempos es la invocación de la necesidad en una emergencia: la herejía, el maligno, el comunismo internacional, la droga, la sífilis, el alcoholismo, el terrorismo. Así se absolutiza un mal justificando una necesidad apremiante, inmediata e impostergable de neutralizarlo, pues se halla en curso o es inminente y presenta como amenaza para la subsistencia de la especie humana. Resulta evidente como en la actualidad el terrorismo es percibido como una amenaza global que resulta impostergable y apremiante neutralizar de inmediato, o al menos así es manifestado discursivamente por aquellos líderes mundiales que enarbolan esta emergencia para suprimir garantías.

b) El discurso asume la característica de lucha contra un mal de dimensión global, un discurso de carácter bélico que sirve de base legitimante para adoptar la forma del llamado Derecho Penal del Enemigo.

c) En estas condiciones, el discurso jurídico-penal parece transformarse en un discurso de Derecho administrativo, de coerción directa, inmediata o diferida, de tiempo de guerra.

---

<sup>124</sup> ZAFFARONI, Eugenio Raúl. *La creciente...* Ob. Cit., p. 43.

d) Así, por último, el Derecho administrativo de coerción directa invade y ocupa todo el espacio del Derecho Penal, en las emergencias que fundan los embates antiliberales a lo largo de la historia, dando paso dentro de este discurso a la “administrativización” del Derecho Penal, es decir, lo que antes se denominaba por parte de los viejos administrativistas Derecho de policía y hoy se designa bajo el rotulo de “Derecho de coerción directa administrativa inmediata o diferida”.

Italia también ha vivido lo que el profesor Luigi Ferrajoli denomina el “subsistema penal de excepción” nacido por una cultura de la emergencia que seguramente se legitima por los embates del crimen organizado y del terrorismo, esto ha conllevado a un cambio de paradigma del sistema penal italiano durante los años setenta y ochenta, y una acentuación de su discrepancia respecto del modelo de legalidad penal diseñado en la Constitución y heredado de la tradición liberal. Como dice el profesor citado, “no comprenderíamos, sin embargo, la naturaleza de este fenómeno si no identificáramos sus raíces en la legislación de excepción y en la jurisdicción no menos excepcional que en estos mismos años han alterado tanto las fuentes de legitimación política del Derecho Penal como sus principios inspiradores.

La cultura de la emergencia y la práctica de la excepción, incluso antes de las transformaciones legislativas, son responsables de una involución de nuestro ordenamiento punitivo que se ha expresado en la reedición, con ropas modernizadas, de viejos esquemas sustancialistas propios de la tradición penal premoderna, además de la recepción en la actividad judicial de técnicas

inquisitivas y de métodos de intervención que son típicos de la actividad de policía”.<sup>125</sup>

En España también la construcción de un Derecho Penal del Enemigo ha suscitado la atención de la doctrina. Como antecedente del abordaje de este capítulo, señalábamos que Silva Sánchez manifestaba que “la observación sobre los aspectos de la política criminal en las sociedades postindustriales ha llevado a considerar la existencia de un Derecho Penal de tres velocidades. La primera caracterizada por aquel conjunto de normas que imponen sanciones privativas de la libertad; aquí corresponde mantener los principios, las garantías procesales y las reglas de imputación clásicas.

En segunda velocidad se encuentran las regulaciones que imponen penas privativas de derechos o pecuniarias, y debido a la menor gravedad de la sanción, bien puede producirse una flexibilización proporcional de los principios y reglas de imputación tradicionales. La tercera velocidad es la que aquí interesa en particular: en ella se aglutinan las normas que imponen penas privativas de la libertad, a la vez que se produce la flexibilización mencionada en el punto anterior. Esta tercera velocidad coincide en lo básico con el Derecho Penal del Enemigo”.<sup>126</sup>

Producto de las características que reviste el discurso del Derecho Penal del Enemigo —con las referencias que hemos mencionado—, no cabe duda alguna que, efectivamente, nos encontraríamos ante un “Derecho de emergencia”, en el que la

---

<sup>125</sup> Cfr. FERRAJOLI, Luigi. *Derecho y razón. Teoría del garantismo penal*. Madrid: Editorial Trotta, 1998.

<sup>126</sup> SILVA SÁNCHEZ, Jesús. Ob. Cit., p. 59.

sociedad, ante la situación excepcional de conflicto creada, renuncia a sus garantías personales. Estas características del derecho material punitivo también se trasladan al Derecho procesal y se hacen visibles ante determinados imputados “peligrosos” mediante institutos como la prisión preventiva, la incomunicación, las intervenciones telefónicas, los investigadores encubiertos.

#### **4.1.5. Pretendida legitimación del Derecho Penal del Enemigo y sus objeciones**

No se puede negar que hoy en día fenómenos como el terrorismo y el crimen organizado revisten un carácter mundial, y las consecuencias que dejan a su paso son realmente devastadoras en toda sociedad. Baste mirar, en cuanto al primero, lo dicho por la Asamblea General de la Organización de las Naciones Unidas, en el sentido de que en dicha categoría deben ser comprendidos “los actos criminales con fines políticos concebidos o planeados para provocar un estado de terror en la población en general, en un grupo de personas o en personas determinadas”, así como que tales actos “son injustificables en todas las circunstancias, cualesquiera sean las consideraciones políticas, filosóficas, ideológicas, raciales, étnicas, religiosas o de cualquier otra índole que se hagan valer para justificarlos”.

En cuanto al crimen organizado, aún cuando su concepto resulta ser muy difuso y algunos han pretendido relacionarlo con la mafia (italiana, americana, rusa), tráfico de personas, carteles de droga, extorsiones a cambio de protección, soborno o intimidación de policías, jueces, políticos, etc., aquel puede ser definido, siguiendo a Dencker, en la comisión planificada de delitos determinados

por una ambición de ganancias o adquisición de poder, que en forma individual o conjunta resultan de gran importancia, cuando más de dos partícipes en conjunto por un tiempo prolongado: a) utilizando estructuras profesionales o de empresas; b) empleando violencia u otros medios destinados a la intimidación; c) influenciando en la política, los medios, la administración pública, la justicia o la economía.<sup>127</sup>

La apreciación de este ámbito de criminalidad precisamente ha provocado la reacción de los diferentes Estados para combatir estos flagelos –como así han sido considerados–, lo que se ha visto alimentado por las exigencias sociales de mayor eficacia en la persecución punitiva.

En principio no resulta irrazonable que ante el apareamiento de estos fenómenos se pretenda revisar los sistemas de control social para ordenar y regular dichos comportamientos humanos desviados. De hecho creemos que la intervención penal en nuevos campos de criminalidad no puede ser considerada per se como un hecho arbitrario, si aquella se ve justificada cuando ha mediado un estudio detenido y, sobre todo, científico sobre su necesidad.

Así, estamos de acuerdo con Roxin cuando manifiesta que la criminalidad es un fenómeno presente en forma muy similar en todos los Estados industrializados modernos. Las decisiones respecto a las conductas a someter a sanción penal no son un hecho arbitrario, sino que en buena medida vienen preparadas por el estudio científico de los presupuestos indispensables para una convivencia social libre y segura. Advierte que este fenómeno es bien conocido

---

<sup>127</sup> DENCKER, Friedrich. *Criminalidad organizada y procedimiento penal*. Buenos Aires: Editores del Puerto, 1998, p. 45.

por cuanto concierne a los delitos “clásicos” que constituyen el núcleo del Derecho Penal: cualquier sociedad que no quiera precipitarse al caos, no puede dejar sin castigo el homicidio, el hurto, la violencia sexual, el secuestro de personas y muchas otras conductas que no pueden ser toleradas sino a costa de destruir el sistema social, cuya conservación constituye la razón de ser del Derecho Penal. Pero –y aquí viene lo importante– las mismas consideraciones valen para normas penales nuevas, y en mayor o menor medida “sin historia”<sup>128</sup>.

Quien quiera combatir eficazmente a escala internacional la criminalidad organizada, no puede hacer menos que reprimir, por ejemplo, el lavado de dinero; el problema de cómo deba ser luego concretamente configurada la relativa norma incriminatoria para que resulte lo más eficaz posible es hoy un problema central para todos, todavía sin solución en la ciencia penal de cualquier país.

Con ese punto de partida, para quienes pregonan la vigencia de un Derecho Penal del enemigo nos encontramos frente a una “crisis de crecimiento”, y resulta una situación insostenible pretender que el Derecho Penal y el Derecho Procesal Penal pueden seguir teniendo eficiencia para ejercer el control social de las nuevas formas de criminalidad de los umbrales del siglo XXI (delincuencia organizada, delitos violentos y extremismo político) mediante el uso de una autocomprensión, unos principios y unos instrumentos concebidos para el Estado liberal y gendarme del siglo XIX. Los partidarios de esta corriente de pensamiento propician la ampliación de las facultades de investigación de la policía, la abreviación de los

---

<sup>128</sup> ROXIN, Claus. *Pasado, presente y futuro del Derecho procesal penal*. Buenos Aires: Rubinzal Culzoni Editores, 2007, p. 67.



procesos penales, la anticipación de la punibilidad o la agravación de las escalas penales.

En efecto, quienes abogan por la vigencia de un Derecho Penal máximo frente a estas nuevas formas de criminalidad, aducen que las conductas que se enmarcan dentro de este contexto –las del “enemigo”– han abandonado de forma permanente el Derecho y no brindan un mínimo de seguridad cognitiva, entonces parecería que el modo de afrontarlo sería el recurso a medios de aseguramiento más severos. Silva Sánchez manifiesta que el ámbito de los “enemigos” muestra además en algunos casos una dimensión adicional, complementaria, de negación frontal de los principios políticos o socio-económicos básicos de nuestro modelo de convivencia.

A la vez, en casos de esta naturaleza (criminalidad de Estado, terrorismo, criminalidad organizada) surgen dificultades adicionales de persecución y prueba. De ahí que en estos ámbitos, en los que la conducta delictiva no solo desestabiliza una norma en concreto, sino todo el Derecho como tal, pueda plantearse la cuestión del incremento de penas de prisión, a la vez que la de la relativización de las garantías sustantivas y procesales.

Como ejemplos de lo anterior, obsérvese como ya se han postulado discursos tales como los de “tolerancia cero” del alcalde neoyorquino Giuliani – caracterizado como una línea de mano dura– con algunas propuestas como las siguientes: dotar de mayor poder a los organismos policiales –no sólo en cuanto al incremento de recursos económicos que les permitan contar con mayores y mejores elementos técnicos y humanos– a la par que reducir los límites impuestos

a su accionar preventivo y represivo; disminuir la edad para la adquisición de la imputabilidad penal; elevar la severidad de las escalas penales; recurrir a testigos de identidad reservada, “arrepentidos”, agentes encubiertos e informantes estimulados por recompensas económicas; admitir la validez de pruebas obtenidas en violación de garantías constitucionales, etc.

Lo propio ha sucedido y se ha concretado en Alemania, como da cuenta Dencker al hacer una reseña de la evolución que ha tenido el Derecho procesal de ese país en los últimos treinta años a raíz del apareamiento de estas nuevas formas de criminalidad, partiendo de que anteriormente a estos hechos era una característica del Derecho procesal tomar en serio las ideas liberales sobre la relación entre ciudadano y Estado en el procedimiento penal, pues el ciudadano – sobre todo el ciudadano imputado– debía tener todas las garantías jurídicas contra el abuso o contra el mal uso del poder penal por parte del Estado; a su vez, el Estado sólo debía tener aquel poder de intervención necesario para posibilitar una condena en caso de un conflicto agudo.<sup>129</sup>

Pero, lamentablemente, este cuadro no resistió, pues, en efecto, las tres últimas décadas han traído aparejadas, mediante una serie de reformas, un enorme crecimiento de poder para el Ministerio Público y, sobre todo, para la policía. Señalando que este aumento de poder no es un fenómeno exclusivamente alemán sino europeo, advierte que se ha llegado hasta la idea absurda de la creación de un funcionario de Europol, que sea completamente independiente y no esté sometido

---

<sup>129</sup> DENCKER, Friedrich. Ob. Cit., p. 65.

a control judicial alguno, y cuyas características de los métodos de investigación a emplearse pueden ser resumidas en los siguientes tres ítems:

1) Estos nuevos métodos serían abarcativos, por la amplitud en la instalación de posiciones de control, en los llamados allanamientos de viviendas en bloque, en las “pesquisas con red de barrido” (investigación con bancos de datos), en las “investigaciones de rasgos” (investigaciones sobre la base de datos parciales relativos a las personas) y en la comparación de datos. Entre otros métodos de investigación que resultan extensivos resalta: la utilización de un “hombre de confianza” (informante), o hasta incluso un agente encubierto, sobre una “escena” completa, es decir, que se dedique a la vigilancia de una gran cantidad de objetos. La escucha telefónica, el empleo de medios técnicos, la pequeña “escucha secreta”, la toma de fotografías, etc., inclusive no solo en contra de un imputado concreto, sino también contra personas encargadas de establecer contactos y contra personas no sospechosas.

2) Dichos métodos, por su propia naturaleza, tendrían un carácter secreto, pues el empleo de intermediadores, agentes provocadores y agentes encubiertos, y de medios técnicos como micrófonos y minicámaras se realizan de esa manera.

3) Finalmente, estos nuevos métodos investigativos no conocerían ningún ámbito que les sea tabú, así el derecho del imputado de no tener que aportar información en el procedimiento penal que le inicia la parte contraria (nemo tenetur se ipsum prodere) pierde su objeto cuando se trata del empleo de dichos métodos en su contra, pues las escuchas telefónicas, los micrófonos direccionales, los mini-micrófonos, las cámaras ocultas, los agentes encubiertos y los

informantes agotan la información sobre el imputado, sin dejarle siquiera la libre decisión acerca de si hubiere deseado hacerle llegar esta información a las autoridades encargadas de la investigación o no. La conversación del imputado mantenida con su abogado, su médico o su cónyuge, sobre la cual ellos tienen la facultad de no declarar en un procedimiento penal en ejercicio de su derecho de abstención, o sobre la cual incluso en ciertas circunstancias deben abstenerse de declarar, no sólo llega a conocimiento de las autoridades encargadas de la investigación, sino que incluso puede ser valorada como prueba en contra del imputado.

De esta manera los principios fundamentales de la protección de la comunicación familiar, del derecho de permanecer en silencio del imputado, del secreto médico, etc., quedan simplemente vacíos. Otra quiebra del tabú y una intromisión en el espíritu del imputado es la regulación de los testigos de la Corona (“arrepentidos”), para actividades terroristas y tráfico de drogas, pues se los pone ante la muy poca libre elección de decir lo que saben o esperar una pena mucho mayor. Es por demás evidente, pues, que a este aumento de poder de las autoridades encargadas de la persecución corresponde una pérdida de derechos por parte de los ciudadanos.

Ante todo este panorama, cabría formularse las siguientes preguntas: ¿constituyen estos hechos verdaderos “supuestos de emergencia”, y aún cuando sea así, es válido declararles una suerte de “guerra santa” al punto de que la sociedad sacrifique o al menos ceda sus espacios de libertad en aras de lograr mayor seguridad?; ¿dónde se sitúan los principios de un Derecho Penal de

intervención mínima, basado en el respeto de las garantías constitucionales, con sus subprincipios de fragmentariedad y subsidiariedad del Derecho Penal?

Hay que reconocer que no son temas fáciles de tratar, pero de entrada nos inclinamos por la postura que apuesta a que no se debe ceder frente a semejantes propuestas de Derecho de excepción que vulneran garantías constitucionales, pues si justificamos estas excepciones, con el tiempo correríamos el grave peligro de que se generalicen; así, si hoy se las acepta para supuestos graves como el terrorismo, el narcotráfico y el crimen organizado en general, después se van a querer extender para la delincuencia administrativa, tributaria o para cualquier delito de esta naturaleza. Y luego, para todos. Esto hay que advertirlo porque, como dice Cafferata, “ni la inusitada gravedad de un delito puede justificar la ilegalidad para investigarlo y castigarlo”.<sup>130</sup>

Zaffaroni advierte que la legislación penal de emergencia se caracteriza por:

- a) fundarse en un hecho nuevo o extraordinario;
- b) la existencia de un reclamo de la opinión pública a su dirigencia para generar la solución al problema causado por ese hecho nuevo;
- c) la sanción de una legislación penal con reglas diferentes a las tradicionales del Derecho Penal Liberal (vulnerándose principios de intervención mínima, de legalidad –con la redacción de normas ambiguas o tipos penales en blanco o de peligro–, de culpabilidad, de proporcionalidad de las penas, de resocialización del condenado, etc.);
- d) los efectos de esa legislación “para el caso concreto” sancionada en tiempo veloz, que únicamente proporcionan

---

<sup>130</sup> CAFFERATA NORES, José. Ob. Cit., p. 61.

a la sociedad una sensación de solución o reducción del problema, sin erradicarlo o disminuirlo efectivamente<sup>131</sup>.

En realidad, el problema radica en que cada vez que aparecen nuevas formas de delinquir la sociedad tiende a creer que el Derecho Penal es la “respuesta mágica” que resolverá el fenómeno criminológico, lo cual ha provocado que la crudeza del poder punitivo estatal aumente al verse influenciado por determinados sectores de la sociedad que propugnan el aumento de penas, la constante tipificación de conductas, el endurecimiento en la ejecución de las condenas y, en el ámbito procesal, el menosprecio y disminución de las más elementales garantías constitucionales, tal como lo señalábamos al principio de esta investigación al citar el criterio expuesto por Juan Gouvert. Pero esta primera sensación social de satisfacción ante la pronta respuesta política ¿será suficiente para disminuir la tasa de criminalidad?<sup>132</sup>.

A la pregunta anterior hay que responder tajantemente que ¡no!, pues extensos estudios criminológicos enseñan que los delitos no ceden ante tales propuestas.

En el campo procesal, quizá el ejemplo más palpable del aumento del crecimiento del poder punitivo estatal a causa de las demandas sociales es el endurecimiento de las medidas de coerción penal, con el aberrante uso de la prisión preventiva. En efecto, el encarcelamiento preventivo ya no es una medida cautelar sino una perversa muestra de cómo la práctica judicial puede desvirtuar un instituto y convertirlo en la forma más barata de sacar de la calle a individuos

---

<sup>131</sup> ZAFFARONI, Eugenio Raúl. *La creciente...* Ob. Cit., pp. 39-41.

<sup>132</sup> GOUVERT, Juan. “*El crecimiento...*”. Ob. Cit., p. 22.

“peligrosos” y mandarlos a llenar las cárceles mientras esperan, casi eternamente, por un juicio.

Cuando la sociedad está movilizada y reclama por el pronto esclarecimiento de los casos –más si tuvieron repercusión mediática–, ve con buenos ojos cuando el poder punitivo estatal actúa con mano dura restringiendo los derechos de quienes son acusados de haber cometido un delito, con mayor razón si se tratan de supuestos graves. Lo mismo sucede cuando la propia sociedad cree que la simple sanción o reforma del orden jurídico, en especial del sistema penal, solucionará casi mágicamente sus problemas, cuando en realidad se trata de realidades complejas que requieren arduo abordaje y compleja solución.

Es indiscutible el mensaje social que trasmite la prisión preventiva encarcelando rápidamente a una persona acusada de haber delinquido, pues, ante la necesidad de encontrar “culpables” y mostrar que la justicia es eficaz a veces se aplica esta medida cautelar como un “tranquilizador social”, demostrando que el Estado aplica su *ius puniendi* de manera eficiente; a lo que se puede sumar el hecho de que, en muchas ocasiones, si no se actúa en esta línea, se produce una suerte de “sensación de impunidad”, que es alimentada por los medios de difusión, cuando el imputado permanece libre ante un caso de fuerte repercusión.

Sin embargo, en lo que no se repara es que el orden punitivo estatal actúa sobre las consecuencias y no sobre los factores de los comportamientos sociales (condiciones socio-económicas, educativas, ocupacionales de la persona) que desencadenan la mayor parte de delitos. Es más, la norma punitiva cuando atribuye una pena a una conducta mira al pasado, porque castiga hechos ya

sucedidos; entonces no es correcto que la sociedad vea en el ordenamiento penal la solución para erradicar los grandes problemas que vive en materia de criminalidad.

Compartimos con Roxin cuando manifiesta que un Estado de Derecho debe proteger al individuo no sólo mediante el Derecho Penal, sino también del Derecho Penal. Esto es así porque el ordenamiento jurídico no sólo debe preocuparse de establecer las consecuencias jurídicas para aquellas personas que vulneran bienes jurídicos, sino también de establecer los límites al empleo de la potestad punitiva del Estado, en busca de que el justiciable no quede desprotegido ante probables abusos estatales (policiales, judiciales, penitenciarios).<sup>133</sup>

De ahí que las propuestas de Derecho de excepción que promueven una relativización extrema de garantías sustantivas y procesales deben ser rechazadas con todo rigor, pues como bien lo afirma Dencker, ya el mero estado actual de su evolución amenaza con oscurecer aquello de lo cual se debe tratar siempre en un Derecho Penal y procesal penal de un Estado de Derecho: no sólo de la lucha contra la criminalidad, sino también de la preservación de los derechos fundamentales de los ciudadanos y –relacionado con ello– del control del poder del Estado, que bajo el pretexto del combate a la criminalidad puede acumular un poder especialmente peligroso. “No debería caer en el olvido que la forma más peligrosa de crimen organizado puede llegar a ser el propio poder del Estado”.<sup>134</sup>

En esta misma línea, y con argumentos de mucha valía para el tema que estamos tratando, podemos observar el pronunciamiento del Presidente de la Corte

---

<sup>133</sup> ROXIN, Claus. Ob. Cit., p. 98.

<sup>134</sup> DENCKER, Friedrich. Ob. Cit., p. 102.



Interamericana de Derechos Humanos, Sergio García Ramírez, en la sentencia dictada el 7 de Septiembre de 2004, en el sentido de que la persistencia de antiguas formas de criminalidad, la aparición de nuevas expresiones de la delincuencia, el asedio del crimen organizado, la extraordinaria virulencia de ciertos delitos de suma gravedad –así, el terrorismo y el narcotráfico–, han determinado una suerte de “exasperación o desesperación” que es mala consejera: sugiere abandonar los progresos y retornar a sistemas o medidas que ya mostraron sus enormes deficiencias éticas y prácticas.

En una de sus versiones extremas, este abandono ha generado fenómenos como la “guantanamoización” del proceso penal, últimamente cuestionada por la jurisprudencia de la propia Suprema Corte de Justicia de los Estados Unidos. Advierte que con alguna frecuencia se da cabida a prácticas y, peor aún, a normas derogatorias de derechos y garantías en el marco de la lucha contra delitos muy graves que parecen “justificar” este género de retrocesos.

Las consecuencias de esto, que desde luego no ha logrado –dicho sea de paso– ni prevenir, ni impedir ni reducir esos delitos, están a la vista en un extenso ámbito de la experiencia procesal contemporánea. No sólo se incorporan disposiciones que construyen, al lado del régimen procesal ordinario, provisto de garantías, un régimen procesal especial o excepcional, desprovisto de ellas, sino también aparece y arraiga, como es obvio, una práctica devastadora que echa mano de todo género de argumentos para “legitimar” las más severas violaciones.

En definitiva, considero que todos los argumentos que anteceden nos dan las pautas suficientes para poder concluir, sin temor a equivocarnos, que no podemos

dar prioridad a ciertos valores como los de “seguridad” ciudadana para sacrificar toda la gama garantías –sustantivas y procesales– que se han venido conquistando a lo largo de la historia de la mano del Derecho Penal Liberal, y que corresponden a un sistema basado en la valorización de la persona, con afirmación del principio de dignidad humana, donde ésta ya no es vista como cosa, sino asegurando su libertad e igualdad.

Por ello es que considerar la validez del Derecho Penal del Enemigo minaría las bases del Estado Social de Derecho, porque resulta claro que con él existiría una quiebra del principio de igualdad al utilizar el ordenamiento punitivo para sancionar “personas” y no “hechos”.

Como bien se ha señalado en la doctrina, uno de los grandes efectos a estas concesiones al Derecho Penal del enemigo reside en poner en evidencia el fracaso del propio sistema a partir del cual se pretende atacar a los “enemigos”, porque reconocer la existencia de personas autoexcluidas del modelo comunitario supone tanto como aceptar que los ciudadanos pueden optar entre estar “dentro o fuera” del sistema de convivencia, una conclusión que sin duda debilita la imagen social de estabilidad y consistencia del modelo normativo en cuyo nombre se producen tales excesos punitivos.

Además, incluso teniendo en cuenta que el Derecho Penal de enemigo busca la intervención más rigurosa en delitos como el terrorismo, el narcotráfico y la criminalidad organizada en general, no se justifica la quiebra de principios que son resultado de más de doscientos años de lucha por su efectividad.

Esto representaría, ciertamente, la vuelta al Derecho Penal de Autor, que está orientado a la culpabilidad de carácter, es decir, que no castiga los actos de los hombres sino las peculiaridades del autor, sus ideas, pensamientos, su peligrosidad, etc., lo cual significaría un verdadero retroceso, porque la tendencia predominante en los ordenamientos de los Estados Sociales y Democráticos de Derecho es la vigencia del Derecho Penal del acto, por el cual la sanción representa sólo la respuesta al hecho individual, y no a toda la conducción de la vida del autor o a los peligros que en el futuro se esperan del mismo.

## **4.2. Validación de las hipótesis específicas**

**4.2.1. La prevalencia la seguridad pública, tranquilidad pública frente a la garantía de la libertad y de los derechos constitucionales constituyen las manifestaciones de la tensión entre eficacia y garantía en el marco de las nuevas formas de criminalidad en el proceso penal peruano.**

El proceso penal es una encrucijada de caminos que nos obliga a tomar decisiones en difíciles. Las necesidades sociales que se expresan a través de él no son menores y nos interpelan con mucha mayor fuerza que en otras áreas de la administración de justicia. Por una parte, nos enfrentamos a la urgencia de evitar graves daños a los ciudadanos y el dolor de las víctimas o la desesperación ante la impunidad se multiplican en formas cada vez más hirientes. Por otra parte, nada nos indica que debamos disminuir la histórica sospecha ante el posible abuso de poder o bajar la guardia en la defensa de las libertades públicas, siempre frágiles ante el Estado Leviatán. Al contrario, la última década nos ha sorprendido con nuevos y variados mecanismos de

violencia sin control y con argumentaciones renovadas a favor de las limitaciones al derecho de defensa, el secreto de la actuación pública o directamente la apología de formas no tan solapadas de la vieja tortura.

El reconocimiento de la existencia de estas tensiones no es nuevo y ya constituye una fórmula clásica en nuestra materia sostener la necesidad de construir un proceso penal que cumpla con la tutela efectiva de las víctimas tanto como proteja los derechos inalienables de las personas sometidas a enjuiciamiento o investigación. Las viejas fórmulas que encontramos en Carrara o en Mittermaier son repetidas en nuestros tribunales y aún en la Corte Interamericana de Derechos Humanos. Incluso esta fórmula de compromiso ya forma parte del bagaje elemental de todo estudiante de derecho procesal y se sustenta en un “sentido común” que parece blindarla de toda consideración crítica.

En consecuencia, con la implantación del Estado Moderno, Estado Liberal o Estado-Policía, el poder político se erige en garante del desarrollo de las libertades ciudadanas (el orden público). El Estado liberal burgués, fundamentalmente abstencionista, concibe la seguridad pública como el aseguramiento de la “tranquilidad de la calle” y el establecimiento de la seguridad jurídica (para el ejercicio de las actividades económicas). Estos postulados son establecidos en las declaraciones y constituciones decimonónicas, por lo que el fin fundamental del Estado es el de asegurar el despliegue normal (natural) de las (nuevas) libertades de los ciudadanos,

caracterizándose los derechos fundamentales por su aspecto negativo de límites a los poderes del Estado.

Instaurado el modelo del Estado Social de Derecho, con su papel de interventor, las funciones de seguridad del Estado (precisamente conferidas al Poder Ejecutivo) van a ampliarse comprendiendo mucho más que el simple mantenimiento del orden público y se crean las llamadas funciones de policías especiales para inspeccionar y limitar la actividad de los particulares en las diferentes esferas en las que tiene que intervenir el Estado: policía de circulación, policía fiscal, policía aduanera, etc.

La tradicional función de la policía de salvaguardar el orden público, queda entonces convertida, a su vez, en una más entre las policías especiales: la policía de seguridad. Por su parte, el contenido de los derechos fundamentales adquiere además de su alcance negativo (límites al poder del Estado), un alcance positivo de compromiso de los poderes públicos de su respeto incluso frente a los particulares (dimensión social de los derechos fundamentales). Así el deber de mantenimiento del orden público por parte del ejecutivo, no sólo se entiende como aseguramiento del libre ejercicio de los derechos ciudadanos, sino también como preservación del funcionamiento de los servicios públicos esenciales y el de las instituciones democráticas, de sus transgresiones por parte de los ciudadanos y de los propios poderes públicos.

Por otro lado, la política criminal de los últimos años en los modernos Estados, puede describirse como un fenómeno de cambio de orientación en la forma de concebir y aplicar el Derecho Penal. Esta transformación que se

advierte sobre el Derecho Penal actual ha sido caracterizada como un fenómeno de tipo expansivo, pero también como una modernización de la rama penal del Derecho, frente a los riesgos que se derivan de la Sociedad actual. De un modo u otro, parece claro que el rumbo que ha tomado y mantiene el Derecho Penal de hoy es apreciable en diferentes normas del ordenamiento jurídico.

En los Códigos penales modernos se introducen nuevos contenidos, produciéndose reformas en sectores de regulación ya existentes siempre orientados a proteger más (más cantidad de conductas son las que se prohíben) y con mayor severidad (los montos de las penas tienden a aumentar). En este sentido los ordenamientos penales modernos tienden a conseguir una fórmula del tipo más por más (+ x +); es decir, más bienes son los que se protegen, lo que supone la creación de nuevos bienes jurídico penales y mayor rigurosidad en la sanción para las conductas ya previstas.

Este nuevo rumbo que ha adoptado el legislador penal, surge como una reorientación que va desde un modelo minimalista, de Derecho Penal nuclear, dirigido principalmente a proteger los bienes jurídicos fundamentales (vida, integridad sexual y propiedad), hacia un Derecho Penal Moderno preparado para responder a los riesgos derivados de la sociedad actual, que apunta a la protección de bienes jurídicos supra individuales (como el medio ambiente o la economía).

El debate actual, centrado en cuanto a si contra el fenómeno de expansión descrito, el Derecho Penal debe restringirse en su núcleo duro, o

bien expandirse para hacer frente a los riesgos derivados de la sociedad moderna, es un tema que trataré en otro lugar por evidentes cuestiones de espacio.

**4.2.2. Existe discursos penales como la del Derecho Penal del enemigo o la del expansionismo penal que justifican mediante la seguridad pública una abusiva instrumentalización de las garantías en el en el marco de las nuevas formas de criminalidad en el Perú.**

Con el propósito de justificar medidas extremas, los gobiernos de turno siempre han recurrido a la propaganda, en los últimos tiempos a través de los medios masivos de comunicación, para hacerles creer a sus ciudadanos que hay que acabar con un determinado «mal social» a como dé lugar, y sin preguntarse por las garantías del individuo que entorpezcan la «eficiencia de la justicia».

Es en este panorama de la sociedad actual, donde se han empezado a implementar las llamadas «técnicas de investigación encubiertas», mediante las cuales se ha intentado acomodar y flexibilizar las garantías mínimas del proceso penal, ante las exigencias de una política criminal eficientista que busca enfrentar las recientes formas de perpetuación del delito, especialmente cuando la delincuencia proviene de organizaciones criminales que cuentan con un poder en aumento, por lo que se dice que el Estado se vería en aprietos al seguir con los métodos tradicionales de persecución penal, para lograr enjuiciar y condenar tales conductas.

Por lo tanto, se busca la relativización de las reglas de imputación jurídica, de las garantías político-criminales y de los criterios procesales, con miras a que el sistema penal ofrezca más resultados y nuevas respuestas frente a la grave situación por la delincuencia organizada. La sociedad actual se caracteriza por una creciente aversión y temor al riesgo, entendiéndose por tal la contingencia dañina condicionada a una decisión; en este sentido, se podría evitar o neutralizar dentro del cálculo de unas probabilidades, pues la búsqueda de seguridad acompaña siempre al hombre como algo inherente a su condición; y ese miedo al riesgo incorporado en la estructura funcional de la sociedad, hace que ésta se vea a sí misma sitiada de enemigos que es necesario destruir.

Actualmente la criminalidad organizada ha alcanzado importantes proporciones tanto por su incremento y poder, como por las nuevas formas con que actúa. Ante esto, la política criminal de los Estados se ha dirigido a adoptar medidas extraordinarias de tipo legislativo y administrativo, que se consideran necesarias para hacer frente con mayor eficacia a esta clase de delincuencia, buscando así dotar a los organismos encargados de la persecución y represión penal, de nuevos instrumentos que se apartan de las técnicas tradicionales de investigación.

La justificación de estas medidas parte de la poca capacidad con que los medios ordinarios de investigación han respondido en la lucha contra la criminalidad organizada, la cual por revestir mayor gravedad y por sus características especiales frente a la delincuencia común, requiere de instrumentos excepcionales o de emergencia para su prevención y represión,



pues por su complejidad se generan dificultades, en especial en el campo probatorio, escapando fácilmente a la persecución y enjuiciamiento de sus actividades delictivas.

La criminalidad organizada se presenta en el seno de la sociedad post industrial, caracterizada por la experimentación científica que ha creado nuevos desarrollos tecnológicos y, con ello, nuevos riesgos para la humanidad. En este panorama, la aversión y temor al riesgo se va incrementando en la sociedad, lo cual es aprovechado por los gobiernos de turno para difundir la idea de un gran peligro enfocado en un enemigo común al que hay que acabar a como dé lugar, a través de la utilización de medidas extremas, sin preocuparnos mucho por los límites y controles, pues se piensa que entorpecerían su eficiencia.

De esta forma se plantea la aplicación de un modelo diferenciado de Derecho Penal, pues, por un lado estaría el sistema penal clásico con todas las garantías propias del Estado de Derecho para el delincuente cotidiano, visto no como un ciudadano peligroso, sino como una persona que actuó incorrectamente; y, por el otro, un sistema penal excepcional para la delincuencia organizada, vista como un enemigo y sus integrantes como individuos peligrosos que se han apartado del Derecho, y de este modo se han burlado de la sociedad.

En consecuencia, el Derecho Penal del Enemigo constituye solo una manifestación, del fenómeno más amplio de transformación que desde hace unos años viene sufriendo el Derecho Penal.

**4.2.3.Existe una relación positiva entre el ius puniendi del Estado y las nuevas orientaciones de orden político-criminales en el en el marco de las nuevas formas de criminalidad en el Perú, que se evidencia en el endurecimiento del Derecho Penal.**

Los discursos de los últimos tiempos tienden a resaltar la dificultad que se presenta en la sociedad actual en la persecución de cierto tipo de delitos. Dado el temor y el rechazo generalizado que provocan en la comunidad complejas prácticas tales como el terrorismo, la trata de personas, la prostitución infantil, o el narcotráfico, cada vez ganan más adeptos los discursos que fomentan la persecución sin límite de esta clase de comportamientos.

El crimen organizado es presentado como una forma de criminalidad que ni siquiera pudo ser imaginada por los iluministas que propugnaban la limitación del poder persecutorio del Estado. La alarma social que genera esta clase de delitos ha contribuido a la aceptación casi generalizada de los agentes encubiertos, endurecimiento de las penas, relajamiento de las garantías a pesar de que su tarea implica la violación de disposiciones constitucionales. Desde esta perspectiva, en los casos de criminalidad grave y de difícil esclarecimiento debería prevalecer el interés de la sociedad en la persecución penal sobre el interés de los individuos acusados en que no se vulneren sus derechos.

Ahora bien, los derechos del individuo merecen protección, aun cuando signifique que algunos culpables quedarán impunes. El camino de perseguirla verdad a cualquier costo trae aparejado, eventualmente, un peor resultado. En ese sentido, el Estado se convierte en autor de los mismos crímenes que pretende

perseguir. Nos alejaríamos del Estado de Derecho para acercarnos a un Estado totalitario con cada vez más facultades de control y vigilancia de los individuos.

Un sistema inquisitivo tiene por objeto encarcelar a los culpables. Cualquier medio es válido con tal de establecer qué fue lo que verdaderamente ocurrió y castigar al responsable del delito. No es posible presumir la inocencia de quien es perseguido penalmente. Lo que se presume es su culpabilidad y, como consecuencia, no se le reconoce facultad de defensa alguna. El acusado no merece ser protegido del poder persecutorio del Estado dado que si es culpable, no lo merece, y si es inocente, el inquisidor tarde o temprano lo averiguará.

Por lo demás, el reconocimiento de derechos al imputado tornaría muy dificultosa la determinación de la real ocurrencia de los hechos. El eje del sistema es la confesión: quién mejor que aquel que estuvo involucrado en el hecho para relatarnos qué fue lo que pasó.

Esta forma de indagar la real ocurrencia de los hechos fue duramente criticada por el pensamiento iluminista del siglo XVIII. Si bien la nueva concepción del proceso penal mantuvo como finalidad del procedimiento la averiguación de la verdad, admitió que tal objetivo no podía alcanzarse a cualquier costo. El imputado fue reconocido como un sujeto de derecho y no como un objeto de investigación.

El Estado de Derecho implica la existencia de límites impuestos al Estado en el ejercicio de su facultad persecutoria. Los derechos y garantías encuentran su origen en la necesidad de proteger al individuo frente al poder estatal. El juicio se

comprende como una contienda entre partes iguales, en la que se presume la inocencia del acusado de manera tal que quien tiene la carga de probar el hecho imputado es la acusación.

No obstante, no todo método de investigación es válido para fundar una sentencia condenatoria, puesto que todo aquel mecanismo de recolección de evidencia que signifique una intromisión coercitiva del Estado en la esfera de intimidad del individuo, o que de alguna otra manera atente contra garantías fundamentales de la persona, debe ser descartado.

Estas visiones del proceso penal esconden una oposición entre eficiencia en la aplicación de la ley penal sustantiva (castigo a los culpables) y garantías del individuo (evitar el castigo a los inocentes). Lo que legitima el empleo de agentes encubiertos, endurecimiento de las penas, relajamiento de las garantías es la premisa de otorgar al Estado facultades investigativas amplias para así lograr encarcelar a los autores de delitos aberrantes tales como el narcotráfico, la prostitución infantil o el terrorismo. No es más que acudir al viejo argumento de que el fin justifica los medios.

Para una justicia entendida como condena, el principio de inocencia no es más que un obstáculo. Las modificaciones al Derecho Penal y procesal penal “tienden a satisfacer intereses criminalísticos –ante todo, a costa de los derechos de libertad del imputado y de los otros intervinientes en el procedimiento– y aumentan y refuerzan los instrumentos instructorios cuantitativa y cualitativamente”.

En la actualidad se impone un discurso mediático que confunde justicia eficiente con la prescindencia de derechos y garantías constitucionales. “Gran parte de las reformas penales y procesales de tiempos recientes se han orientado a hacer más sencilla la persecución penal, dejando en el camino, entre otros principios, aquel por el cual la sospecha no equivale a la certeza”.

El Derecho Penal se convierte en una herramienta tendiente a eliminar eficazmente todo aquello que pueda poner en riesgo la subsistencia de la sociedad. Para justificar la injerencia del Estado en derechos fundamentales del individuo se recurre al principio de proporcionalidad: vale más desconocer derechos y garantías constitucionales que dejar desprotegida a la sociedad frente a los “crímenes graves”. Ahora bien, “(...) se debe tener en cuenta que no es posible tener un Derecho Penal fuerte con costos nulos.

Se paga caro, con principios que fueron logrados políticamente y que siempre son atacables por la política. No existe una prescindencia parcial del principio de culpabilidad o de la protección de la dignidad del hombre; si estos principios no son también de ponderación firme en los ‘tiempos de necesidad’, pierden su valor para nuestra cultura jurídica. Pues a partir de ese momento el criterio para la continuación de la vigencia de estos principios ya no es su valor y su peso específico sino la percepción como problema de la ‘necesidad’ o la ‘grave amenaza’. (...) (Si los principios del Derecho Penal) son disponibles según el caso, (el Derecho Penal) perderá –alargo plazo, también ante los ojos de la población– su fuerza de convicción normativa y su distancia moral frente al quebrantamiento del derecho”.

El pretexto de la necesidad de violar derechos de los individuos para encontrar la verdad real es extremadamente peligroso “por ser especialmente apto para la demagogia”. La ‘lucha contra el crimen organizado’ no es más que un argumento efectista que invoca la noción de garantizarla seguridad y que ha conducido a acercar la actual lógica de las pruebas aprácticas inquisitivas.

En la actualidad la ‘lucha contra el crimen organizado’ ha dado lugar a que cada vez se le reconozcan mayores facultades a los órganos de investigación. “En este fin de siglo se advierte la existencia de un discurso que al poner el énfasis en la eficiencia y en la eficacia termina avasallando estas garantías que, obviamente, ponen obstáculos a la tan anhelada eficacia”.

Así por ejemplo la figura del agente encubierto hunde sus raíces en el sistema inquisitivo. Detrás de esta figura se alza el objetivo final de averiguar la verdad a cualquier precio. A este aumento de las capacidades persecutorias de los órganos de investigación del Estado se le contrapone la pérdida de derechos por parte de los ciudadanos. El agente encubierto supone la presencia continua del Estado en la esfera de intimidad de una persona, al punto que puede saber mucho más de ella que aquello estrictamente necesario para obtener una condena judicial.

Las garantías obstan a la acumulación desmedida de poder en manos de los órganos de investigación penal de Estado. El primer interés es (o debería ser) la seguridad y la libertad de las personas. Lo más riesgoso para ellas no son los delitos graves y de difícil esclarecimiento, sino que lo que las pone en un mayor peligro es la concentración de poder del Estado en el ejercicio de la persecución penal. Cuantas menos garantías posea el individuo frente a la coerción estatal, más

débil será su posición frente al Estado y mayor será el desequilibrio entre el imputado y la acusación. Precisamente, nos alejamos de un modelo de organización judicial acusatorio para acercarnos a uno claramente inquisitivo.

## CONCLUSIONES

1. La delincuencia moderna se encuentra explorando nuevas formas de ejecutar conductas ilícitas. Ante esta circunstancia, del Derecho Penal debe crear otros mecanismos con el fin de hacer frente a estas formas de criminalidad. Esto implica abandonar y replantear el llamado Derecho Penal Clásico con el fin de brindar una adecuada protección a los bienes jurídicos de los cuales la sociedad demanda salvaguarda.
2. Aún cuando el Derecho Penal sea sólo un instrumento de *ultima ratio*-y en éste, como en otros ámbitos, haya de seguir inspirado por el principio de subsidiaridad, sin caer en el espejismo de su pretendida funcionalidad proactiva-, la gravedad de los peligros y de las conductas involucradas exigen su plena y efectiva aplicación tanto para prevenir y castigar los hechos delictivos producidos como, igualmente, para evitar la penetración de entidades o empresas por parte de las organizaciones criminales, las más de las veces buscada con objeto de alcanzar una cierta apariencia de legitimidad, encubrirlos delitos o incluso para financiar su comisión.
3. La intervención penal puede y debe producirse sin huidas hacia delante y con pleno respeto de las garantías y principios liberales consagrados, cuya observancia se pretende muchas veces eludir por imperativos de un supuesto incremento de la eficacia en la lucha contra unos crímenes ciertamente graves y que suscitan un fuerte sentimiento de inseguridad y desprotección por parte de la sociedad.



4. En la actualidad la ‘lucha contra el crimen organizado’ ha dado lugar a que cada vez se le reconozcan mayores facultades a los órganos de investigación. En este fin de siglo se advierte la existencia de un discurso que al poner el énfasis en la eficiencia y en la eficacia termina avasallando estas garantías que, obviamente, ponen obstáculos a la tan anhelada eficacia.
5. Existe un conjunto de fenómenos sociales, jurídicos y políticos que ha provocado en el Derecho Penal un cúmulo de efectos, y que configuran lo que se ha dado por llamar “expansión”. alguna de las manifestaciones de la expansión del Derecho Penal se traduce en la ampliación del ámbito de lo penalmente prohibido, produciéndose nuevos tipos penales o ampliándose los ya existentes, en el incremento de las penas clásicas o introducción de nuevas sanciones y en la flexibilización de los principios político-criminales o de las reglas de la imputación. A esto también se lo ha identificado como el surgimiento de un “moderno Derecho Penal”.
6. A raíz del apareamiento de este fenómeno del expansionismo penal se estaría produciendo un abandono del núcleo del Derecho Penal Mínimo y una ruptura con los principios de intervención mínima y ultima ratio, por cuanto el Derecho Penal moderno se ha ido alejando de un modelo destinado a la protección exclusiva de bienes altamente personales –como la vida, la integridad física, la libertad, etc.– para convertirse en un Derecho Penal de mayor intervención en la esfera del ciudadano, que se manifiesta en el aumento de conductas penalmente tipificadas con el fin de proteger bienes jurídicos colectivos o supraindividuales.

7. El debate principal sobre la entrada en vigencia de un Derecho Penal moderno no debería reducirse a que si éste deba existir o no, sino en la forma cómo habrá de intervenir, caso en el que así se concluya después de aquel análisis pormenorizado; pues, ciertamente, dada la complejidad de los nuevos ámbitos en los que existiría la posibilidad potencial de protección penal, las reglas que trae consigo el sistema tradicional resultarían ser insuficientes e inadecuadas, como con razón sostienen quienes alegan, por ejemplo, que una persecución eficaz de la delincuencia en el ámbito socioeconómico —y en otros campos cercanos e igualmente asociados a la nueva criminalidad.
8. Ante las nuevas formas de criminalidad no se puede impedir, entonces, una modernización del Derecho Penal, pues resulta imposible poner atajo a las demandas de mayor protección estatal en general y penal en particular, que se encuentran profundamente enraizadas en una nueva autocomprensión de la sociedad.
9. El *ius puniendi* no debe ser ejercitado basado únicamente en el reclamo social para que los problemas derivados de tal circunstancia se solucionen inmediatamente, peor cuando muchas de las veces se cree erróneamente que el Derecho Penal es la “respuesta mágica” que los solucionará. Aquello aumentaría la crudeza del poder punitivo del Estado que puede culminar en un nivel de autoritarismo sin precedentes.

## RECOMENDACIONES

1. El crimen organizado se ha constituido como una de las manifestaciones criminales de los nuevos tiempos, marcado por el fenómeno de la globalización, que se expresaría por su mayor peligrosidad. De allí pues, la necesidad de elaborar una propuesta normativa que recoja el especial desvalor de esta clase de comportamientos.
2. Las leyes penales que se tengan que dictar deben ser el resultado de un proceso reflexivo y científico, en el que se escuchen a los diferentes sectores de la comunidad, desde O.N.G., asociaciones civiles, colegios profesionales y hasta institutos científicos del ámbito académico. Solo así se puede dar paso a un proceso de modernización razonable en el Derecho Penal.
3. La delincuencia y criminalidad organizada son todo un hito característico de las sociedades postindustriales o postmodernas, pese a que puede rastrearse sus raíces en épocas muy antiguas de la Historia Humana. Así, este tipo de delincuencia se refleja en los primeros sujetos que delinquirían en asociación.
4. Una necesaria aproximación al concepto de criminalidad organizada, requiere atender a los aspectos fundamentales siguientes: a) lo relativo a su restricción conceptual con relación a la coautoría en el Derecho Penal; b) lo referente a un concepto operativo, dinámico y funcional en lugar de uno estático y ontológico; y, c) el hecho de su diferenciación con formas organizadas del crimen que integran una fase evolutiva menor, como ocurre en el caso de la *delincuencia organizada*.

## REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS

1. ALVARADO VELLOSO, Adolfo. *Garantismo Procesal contra Actuación Judicial de Oficio*. Valencia: Tirant lo Blanch, 2005.
2. ANARTE BORRALO, Enrique. *Aspectos penales, procesales y criminológicos*. Huelva: Universidad de Huelva, 1999.
3. BACIGALUPO, Enrique. *Manual de Derecho Penal*. Bogotá: Editorial Temis-Ilanud, 1984.
4. BINDER, Alberto. *Introducción al Derecho Procesal Penal*. 2da. Edición, Buenos Aires: Editorial Ad Hoc, 2000.
5. BRIONES, Guillermo. *Métodos y técnicas de investigación para las ciencias sociales*. México: Editorial Trillas, 1986.
6. BRUCET ANAYA, Luis Alonso. *El Crimen Organizado (origen, evolución, situación y configuración de la delincuencia organizada en México)*. 2da. Ed. Buenos Aires: Porrúa, 2007.
7. BUSTOS RAMÍREZ, Juan. *Introducción al Derecho Penal*, Bogotá: Editorial Temis, 1986.
8. CAFFERATA NORES, José. *Cuestiones actuales sobre el proceso penal*. Buenos Aires: Editores del Puerto, 1997.
9. CAMPS ZELLER, José Luis. *La defensa del imputado en la investigación del nuevo proceso penal*. Santiago: Editora Lexis Nexis, 2003.
10. CARO CORIA, Dino Carlos. Las garantías constitucionales del proceso penal. En: *Anuario de Derecho Constitucional Latinoamericano*, T. II, Buenos Aires, 2006.

11. COMISIÓN DE LA VERDAD Y RECONCILIACIÓN. *Informe Final*. Anexo 2. Lima, 2003.
12. CÓRDOBA RODA, Juan. “Nuevas formas de delito y principio de intervención mínima”. En: *La Ley*, N° 3, 1996.
13. CHONCLAN MONTALVO, José Antonio. *La organización criminal: tratamiento penal y procesal penal*. Madrid: Dykinson, 2000, pp. 7-9.
14. DE BERNARDIS, Luis Marcelo. *La garantía procesal del debido proceso*. Lima: Editores Cultural Cuzco, 1985.
15. DE LA OLIVA SANTOS, Andrés. El Derecho a los Recursos. Los problemas de la única instancia. En: *Revista Tribunal de Justicia*, N° 10, Madrid, 1997, p. 980.
16. DELGADO MARTÍN, Joaquín. *Criminalidad organizada*. Barcelona: Editora Bosh, 2001, p. 35.
17. DENCKER, Friedrich. *Criminalidad organizada y procedimiento penal*. Buenos Aires: Editores del Puerto, 1998.
18. DININCRI-PNP. *El crimen organizado en el Perú*. Perú, 1999.
19. DONNA, Edgardo Alberto. *Derecho Penal, Parte General*, T. I. Buenos Aires: Rubinzal Culzoni Editores, 2006.
20. FERRAJOLI, Luigi. *Derecho y razón. Teoría del garantismo penal*. Madrid: Editorial Trotta, 1998.
21. FLORES POLO, Pedro. *Diccionario Jurídico Fundamental*. Lima: Editorial Grijley, 2002.
22. GASCÓN ABELLÁN, Marina y GARCÍA FIGUEROA, Alfonso. *La argumentación en el Derecho*. Lima: Editorial Palestra, 2005.

23. GONZALES PÉREZ, Jesús. *El derecho a la tutela jurisdiccional efectiva*. 2da. Edición, Barcelona: Editora Civitas, 1985.
24. GOUVERT, Juan. “Reflexiones actuales sobre el riesgo procesal”. En: *La Ley*, Jurisprudencia, 2007.
25. GOUVERT, Juan. *El crecimiento del poder punitivo y sus desbordes*. En: *La Ley*, Actualidad, Año LXXI, No. 116, 19-Jun-2007.
26. GOZAÍNI, Osvaldo. *Derecho Procesal Constitucional: El debido proceso*. Buenos Aires: Rubinzal-Culzoni, 2004.
27. HASSEMER, Winfried. “Crisis y características del moderno Derecho Penal”. En: *Actualidad Penal*, N° 43, Madrid, 1993.
28. HASSEMER, Winfried. “Lineamentos de una teoría personal del bien jurídico”. En: *Doctrina Penal*, N. 46/47, Buenos Aires, 1989.
29. HEFENDEHL, Roland. “¿La criminalidad organizada como fundamento de un Derecho Penal de Enemigo o de Autor?”. En: *Derecho Penal y Criminología*. Bogotá: Universidad Externado de Colombia, Vol. 25, N° 75, 2004.
30. HERNANDEZ SAMPIERI, Roberto et al. *Metodología de la Investigación*. México: Editorial McGrawHill, 2010.
31. HINOSTROZA MINGUEZ, Alberto. *Medios impugnatorios en el proceso civil*. Lima: Editora Idemsa, 2009.
32. JAKOBS, Günther y CANCIO MELIÁ, Manuel. *Derecho Penal del enemigo*. Madrid: Thomson-Civitas, 2003.
33. JAKOBS, Gunther. *Derecho Penal del enemigo*. Madrid: Editorial Trotta, 1995.

34. LASCANO, Carlos Julio. “La insostenible modernización del Derecho Penal basada en la tolerancia cero desde la perspectiva de los países emergentes”, 2003. Disponible en sitio web: <http://www.defensesociale.org/revista2003/10.pdf>.
35. LEGANÉS, Santiago y ORTOLÁ, María. *Criminología parte especial*. Valencia: Tirant lo Blanch, 1999.
36. LUJAN TUPEZ, Manuel. *Diccionario Penal y Procesal Penal*. Lima: Editorial Gaceta Jurídica, 2013.
37. MACINTOSH, Mary. *La organización del crimen*. México: Siglo XIII Editores, 2004.
38. MIR PUIG, Santiago. “*Derecho Penal - Parte General*”. Barcelona: Editorial PPU, 1996.
39. MONTERO AROCA, Juan. *Imparcialidad o Incompatibilidad. Sobre la Imparcialidad del Juez y la Incompatibilidad de Funciones Procesales*. Valencia: Editorial Tirant lo Blanch, 1998.
40. MORILLAS CUEVA, Lorenzo y RUIZ ANTÓN, Luis. *Manual de Derecho Penal - Parte general*. Madrid: Editoriales de Derecho Reunidas, 1992.
41. MUÑOZ CONDE, Francisco. “¿Hacia un Derecho Penal del enemigo?”. En: *El País*, Valencia, 2003.
42. MUÑOZ CONDE, Francisco. “El moderno Derecho Penal en el nuevo código penal. Principios y tendencias”. En: *La Ley*, N° 3, Buenos Aires, 1996.
43. NOVAK, Fabián. *Las Garantías del Debido Proceso*. Lima: Materiales de Enseñanza de la Pontificia Universidad Católica del Perú, 1996.

44. OSORIO, Manuel. *Diccionario de Ciencias Jurídicas, Políticas y Sociales*. Buenos Aires: Editorial Heliasta, 1981.
45. PÉREZ ARROYO, Miguel. “Criminalidad y delincuencia organizada en el nuevo proceso penal”. En: *Gaceta penal y procesal penal*. Tomo 30, Diciembre, Lima, 2011, pp. 349 y ss.
46. PÉREZ ARROYO, Miguel. “Seguridad ciudadana e insuficiencia del control de la delincuencia. Especial mención al problema de corrupción en aparatos policiales”. En: *Gaceta penal y procesal penal*, T. 18, Diciembre, Lima, 2010.
47. PICÓ I. JUNOY, Joan. *El derecho procesal entre el garantismo y la eficacia: Un debate mal planteado*, 2012. En: Revista Iberoamericana de Derecho Procesal. Disponible en sitio web: <http://www.uru.edu/fondoeditorial/revista/pdf/rcj/v6.n1/El%20Derecho%20Procesal%20entre%20el%20garantismo.pdf>.
48. POLAINO NAVARRETE, Manuel. *Derecho Penal. Modernas Bases Dogmáticas*, Lima: Ed. Jurídica Grijley, 2004.
49. PRADO SALDARRIAGA, Víctor. *Criminalidad organizada*. Lima: Idemsa, 2006.
50. RAGUÉS, Ramón. *Retos actuales de la Política Criminal y la Dogmática Penal*. Córdoba: Editorial Mediterránea, 2003.
51. RAMOS NÚÑEZ, Carlos. *Cómo hacer una tesis de derecho y no envejecer en el intento*. Lima: Editorial Grijley, 2011.
52. RIQUELME PORTILLA, Eduardo. “El agente encubierto en la ley de drogas: la lucha contra la droga en la sociedad del riesgo”. En: *Política*



*criminal*, 2006. Disponible en sitio web:  
Url:[http://www.politicacriminal.cl/n\\_02/a\\_2\\_2.pdf](http://www.politicacriminal.cl/n_02/a_2_2.pdf).

53. RIQUELME PORTILLA, Eduardo. “El agente encubierto en la ley de drogas: la lucha contra la droga en la sociedad del riesgo”. En: *Política criminal*, 2006. Disponible en sitio web:  
URL:[http://www.politicacriminal.cl/n\\_02/a\\_2\\_2.pdf](http://www.politicacriminal.cl/n_02/a_2_2.pdf).
54. ROBLES TREJO, Luis et al. *Fundamentos de la investigación científica y jurídica*. Lima: Editorial Fecatt, 2012.
55. ROBLES TREJO, Luis. *Guía metodológica para la elaboración de proyectos de investigación jurídica*. Lima: Editorial Ffecaat, 2014.
56. ROXIN, Claus. *Pasado, presente y futuro del Derecho Procesal Penal*. Buenos Aires: Rubinzal Culzoni Editores, 2007.
57. SERRANO TÁRRAGA, María Dolores. “La expansión del Derecho Penal en el ámbito de la delincuencia económica. La tutela penal de los mercados financieros”. En: *Revista de Derecho*, Vol. XVIII, N° 1, Julio, Valdivia, 2005.
58. SILVA SÁNCHEZ, Jesús. *La expansión del Derecho Penal. Aspectos de la Política criminal en las sociedades postindustriales*. 2da. Ed. Buenos Aires: Editorial BdeF, 2006.
59. SOLÍS ESPINOZA, Alejandro. *Metodología de la investigación jurídico social*. Lima: Editora Fecatt, 1991.
60. SOTOMAYOR ACOSTA, Juan Oberto. “Los estragos de la lucha contra la criminalidad organizada en el sistema penal: el caso colombiano”. En:

*Revista de Derecho Penal*. Montevideo: Fundación de Cultura Universitaria, N° 17, 2008.

61. TERRAGNI, Marco Antonio. *El delito culposo*. Buenos Aires: Rubinzal Culzoni, 2006.
62. TIEDEMANN, Klaus. *El Derecho Penal y las nuevas formas de criminalidad*. Lima: Editorial Grijley, 2007.
63. VELÁSQUEZ VELÁSQUEZ, Fernando. *Derecho Penal - Parte general*. Bogotá: Editorial Temis, 1995.
64. VILLAVICENCIO TERREROS, Felipe. *Derecho Penal - Parte general*. Lima: Editora Jurídica Grijley, 2006.
65. ZAFFARONI, Eugenio Raúl. *En torno a la cuestión penal*. Montevideo - Buenos Aires: Editorial BdeF, 2005.
66. ZAFFARONI, Eugenio Raúl. *La creciente legislación penal y los discursos de emergencia*. Buenos Aires: Editorial Ad-Hoc, 1998.
67. ZAFFARONI, Eugenio Raúl. *Manual de Derecho Penal*. Tomo I, Lima: Ediciones Jurídicas, 1986.