



**UNIVERSIDAD NACIONAL**  
**“SANTIAGO ANTÚNEZ DE MAYOLO”**

---

**ESCUELA DE POSTGRADO**

**EL PRINCIPIO DE PROPORCIONALIDAD Y LA  
LEGITIMACIÓN DE LAS INSTITUCIONES PENALES EN  
LOS DELITOS DEL CRIMEN ORGANIZADO EN EL PERÚ**

Tesis para optar el grado de maestro  
en Derecho  
Mención en Ciencias Penales

**JOHNY ANTONIO ALVARADO BUSTOS**

Asesor: **Dr. LUIS WILFREDO ROBLES TREJO**

Huaraz – Ancash – Perú

2021

**FORMATO DE AUTORIZACIÓN PARA LA PUBLICACIÓN DE TRABAJOS DE INVESTIGACIÓN, CONDUCENTES A OPTAR TÍTULOS PROFESIONALES Y GRADOS ACADÉMICOS EN EL REPOSITORIO INSTITUCIONAL**

**1. Datos del autor:**

Apellidos y Nombres: ALVARADO BUSTOS JOHNY ANTONIO

Código de alumno: 2014.2752.4.AC Teléfono: 955661092

E-mail: joalbu10@hotmail.com D.N.I. n°: 31672819

(En caso haya más autores, llenar un formulario por autor)

**2. Tipo de trabajo de Investigación:**

- Tesis  Trabajo de Investigación
- Trabajo Académico

**3. Trabajo de Investigación para optar el grado de:**

MAESTRO

**4. Título del trabajo de Investigación:**

"EL PRINCIPIO DE PROPORCIONALIDAD Y LA LEGITIMACIÓN DE LAS INSTITUCIONES PENALES EN LOS DELITOS DE CRIMEN ORGANIZADO EN EL PERÚ"

**5. Escuela:**

**6. Programas:**

**7. Asesor:**

Apellidos y nombres ROBLES TREJO LUIS WILFREDO D.N.I n°: 31658643

E-mail: iroblest@unasam ID ORCID: ID 0000-0002-4897-1709 Renacyt: P0022022

**8. Referencia bibliográfica:**

**9. Tipo de acceso al Documento:**

- Acceso público\* al contenido completo. Acceso restringido\*\* al contenido completo
- 

Si el autor eligió el tipo de acceso abierto o público, otorga a la Universidad Santiago Antúnez de Mayolo una licencia no exclusiva, para que se pueda hacer arreglos de forma en la obra y difundirlo en el Repositorio Institucional, respetando siempre los Derechos de Autor y Propiedad Intelectual de acuerdo y en el Marco de la Ley 822.

En caso de que el autor elija la segunda opción, es necesario y obligatorio que indique el sustento correspondiente:

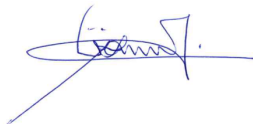
---

---

---

## 10. Originalidad del archivo digital

Por el presente dejo constancia que el archivo digital que entrego a la Universidad, como parte del proceso conducente a obtener el título profesional o grado académico, es la versión final del trabajo de investigación sustentado y aprobado por el Jurado.



Firma del autor

## 11. Otorgamiento de una licencia *CREATIVE COMMONS*

Para las investigaciones que son de acceso abierto se les otorgó una licencia *Creative Commons*, con la finalidad de que cualquier usuario pueda acceder a la obra, bajo los términos que dicha licencia implica.



*El autor, por medio de este documento, autoriza a la Universidad, publicar su trabajo de investigación en formato digital en el Repositorio Institucional, al cual se podrá acceder, preservar y difundir de forma libre y gratuita, de manera íntegra a todo el documento.*

Según el inciso 12.2, del artículo 12º del Reglamento del Registro Nacional de Trabajos de Investigación para optar grados académicos y títulos profesionales - RENATI “Las universidades, instituciones y escuelas de educación superior tienen como obligación registrar todos los trabajos de investigación y proyectos, incluyendo los metadatos en sus repositorios institucionales precisando si son de acceso abierto o restringido, los cuales serán posteriormente recolectados por el Recolector Digital RENATI, a través del Repositorio ALICIA”.

## 12. Para ser verificado por la Dirección del Repositorio Institucional


Fecha de Acto de sustentación:

Huaraz, 

14/05/2021
------------

Firma: \_\_\_\_\_



  
Varillas Wiliam Eduardo  
Asistente en Informática y Sistemas  
- UNASAM -

**\*Acceso abierto:** uso lícito que confiere un titular de derechos de propiedad intelectual a cualquier persona, para que pueda acceder de manera inmediata y gratuita a una obra, datos procesados o estadísticas de monitoreo, sin necesidad de registro, suscripción, ni pago, estando autorizada a leerla, descargarla, reproducirla, distribuirla, imprimirla, buscarla y enlazar textos completos (Reglamento de la Ley No 30035).

**\*\* Acceso restringido:** el documento no se visualizará en el Repositorio.





# UNIVERSIDAD NACIONAL “SANTIAGO ANTÚNEZ DE MAYOLO”

---

## ESCUELA DE POSTGRADO

### EL PRINCIPIO DE PROPORCIONALIDAD Y LA LEGITIMACIÓN DE LAS INSTITUCIONES PENALES EN LOS DELITOS DEL CRIMEN ORGANIZADO EN EL PERÚ

Tesis para optar el grado de maestro

en Derecho

Mención en Ciencias Penales

**JOHNY ANTONIO ALVARADO BUSTOS**

Asesor: **Dr. LUIS WILFREDO ROBLES TREJO**

Huaraz – Ancash – Perú

2021

Nº. Registro: T0779

## MIEMBROS DEL JURADO

*Magister* Florentino Obregón Obregón

Presidente

---

*Magister* Víctor Efraín Flores Leiva

Secretario

---

*Doctor* Luis Wilfredo Robles Trejo

Vocal

---

**ASESOR**

***Doctor Luis Wilfredo Robles Trejo***

## **AGRADECIMIENTO**

A Dios y a mi Familia:

Por guiarme en cada uno de mis pasos

dándome fortaleza, sabiduría,

paz y salud para lograr mis objetivos.



## **DEDICATORIA**

Dedico estas líneas a mi esposa Mayra Duran  
por su constante apoyo y cariño brindado,  
a mi hijo Daniel Alvarado,  
por ser el impulso a seguir adelante,  
y a Dios por guiar mi camino.

## ÍNDICE

	Página
Resumen.....	x
Abstract.....	xi
I. INTRODUCCIÓN.....	1-9
Objetivos .....	8
Hipótesis.....	8
Variables.....	9
II. MARCO TEÓRICO .....	10-56
2.1. Antecedentes .....	10
2.2. Bases teóricas .....	14
2.2.1. Los derechos fundamentales y el principio de proporcionalidad. ....	14
2.2.2. El principio de proporcionalidad .....	28
2.2.3. Instituciones penales del crimen organizado .....	40
2.3. Definición de términos .....	53
III. METODOLOGÍA .....	57- 62
3.1. Tipo y diseño de investigación.....	57
3.2. Plan de recolección de la información y/o diseño estadístico .....	58
-Población .....	58
-Muestra .....	59
3.3. Instrumentos(s) de recolección de la información .....	59
3.4. Plan de procesamiento y análisis de la información.....	60

IV. RESULTADOS.....	63-114
V. DISCUSIÓN.....	115-174
VI. CONCLUSIONES .....	175-176
VII. RECOMENDACIONES .....	177-178
VIII. REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS .....	179-188
ANEXO: MATRIZ DE CONSISTENCIA .....	189

## RESUMEN

La presente investigación tuvo por finalidad analizar la relación que existe entre el principio de proporcionalidad y la legitimación de las instituciones penales en los delitos del crimen organizado en el Perú, para lo cual se desarrolló una investigación básica, no experimental, longitudinal y explicativa. Por la naturaleza de la investigación se empleó la técnica documental y análisis de contenido para el recojo de información y la técnica del análisis cualitativo y la argumentación jurídica para la discusión y validación de la hipótesis. Se obtuvo como resultado la operatividad del principio de proporcionalidad tiene un rico terreno para ser desplegada, y por ende, tener plena vigencia, tal como se manifiesta en el ámbito de la proporcionalidad abstracta. Esto se refuerza con la idea de que ninguna actividad del juez, ni siquiera una que se califica como de discrecionalidad, debería desplegarse prescindiendo de los criterios que se expliciten expresamente en la ley, ni de las finalidades de la norma penal, ni de la observancia de los principios y criterios que de racionalización del ejercicio del ius puniendi. Concluyendo que La intervención penal puede y debe producirse con pleno respeto de los derechos y garantías constitucionales, así como de las garantías y principios penales liberales consagrados, cuya observancia se pretende muchas veces eludir por imperativos de un supuesto incremento de la eficacia en la lucha contra el crimen y delincuencia organizada; y no solo considerar un fuerte sentimiento de inseguridad y desprotección por parte de la sociedad que suscitan.

**Palabras clave:** Principio de proporcionalidad, Derecho penal de enemigo, Política criminal, crimen organizado, Legislación penal.

## ABSTRACT

The purpose of this investigation was to analyze the relationship between the principle of proportionality and the legitimization of penal institutions in organized crime in Peru, for which purpose a basic, non-experimental, longitudinal and explanatory investigation was carried out. Due to the nature of the research, the documentary technique and content analysis were used to collect information and the qualitative analysis technique and legal argumentation for the discussion and validation of the hypothesis. The operability of the proportionality principle was obtained as a result, it has a rich terrain to be deployed, and therefore, to have full force, as manifested in the field of abstract proportionality. This is reinforced with the idea that no activity of the judge, not even one that is qualified as discretionary, should be carried out regardless of the criteria expressly stated in the law, nor the purposes of the penal norm, nor the observance of the principles and criteria that rationalize the exercise of *ius puniendi*. Concluding that criminal intervention can and should occur with full respect for constitutional rights and guarantees, as well as the established liberal criminal guarantees and principles, the observance of which is often intended to evade due to imperatives of an alleged increase in effectiveness in the fight against crime and organized crime; and not only consider a strong feeling of insecurity and lack of protection on the part of the society they arouse.

**Key Words:** Principle of proportionality, Enemy criminal law, Criminal policy, organized crime, Criminal legislation.

## I. INTRODUCCIÓN

El sistema penal no es un sistema autorreferencial, por el contrario, el mismo tiene sus orígenes en un sistema previo: el sistema constitucional. De ahí que se afirme, en la actualidad, que tanto los contornos -como incluso mucho del contenido del Derecho penal- provienen de mandatos constitucionales.

El Derecho penal no es un sistema jurídico aislado que lleva a cabo su función mirando únicamente al interior de su propia configuración<sup>1</sup>. Una visión autorreferencial del Derecho penal puede resultar hoy en día demasiado estrecha por exponer la intervención penal sobre los derechos de la persona a una mera reducción formal de subsunción típica del hecho, dejando de lado las razones materiales de legitimación que siempre deben acompañar a toda respuesta penal frente a los problemas sociales que se le encomienda resolver.

El equívoco del cual parte todo penalista puro es considerar que el sistema jurídico penal es un sistema absolutamente autorreferencial. Visto de un lado externo es posible considerar que el sistema penal es autorreferencial, pues todas sus instituciones son producidas para asignar la función que a él le corresponde desempeñar dentro del sistema jurídico. De igual manera, este tiene mecanismos autónomos para determinar si una institución puede o no pertenecer a él. No

---

<sup>1</sup> Fundamental al respecto, JAKOBS, Günther (1996). *Sociedad, norma y persona en una teoría de un Derecho penal funcional*, trad. de CANCIO MELIÁ, Manuel y FEJOO SÁNCHEZ, Bernardino. Madrid: Civitas, Para quien “todas las instituciones dogmáticas dignas de mención en el Derecho penal moderno, desde la imputación objetiva hasta el concepto normativo de culpabilidad, desde la posibilidad de excluir la responsabilidad en caso de desconocimiento de la norma hasta la posibilidad de fundamentar la responsabilidad por injerencia, etc., no podrían haberse desarrollado desde una perspectiva interna al sistema jurídico que no tuviera en cuenta la función de la normatividad jurídica” (p. 20). Por lo mismo, “resulta evidente que es necesario adoptar una perspectiva más amplia” (p. 21).

obstante, este sistema se encuentra estrechamente relacionado con el sistema al que debe su existencia, y sin el cual no existiría: el sistema constitucional.

La generación del sistema jurídico penal, al igual que el resto de sistemas jurídicos integrantes de un sistema jurídico nacional, no se da de forma autorreferencial, ni es autopoyética. Ambos procesos hacen referencia a las operaciones internas a través de las cuales el sistema se reproduce, y no a las formas como este se crea. El origen de los subsistemas jurídicos se halla en un punto determinado: el sistema constitucional. Este sistema, sobre la base de los mecanismos internos de selección de expectativas, determina cuál es la función de un determinado subsistema y es quien a su vez fija su contenido. Por ello, la validez de una determinada norma que pretenda ser introducida al ordenamiento jurídico, tiene que ser validada por el sistema constitucional. Solo una vez superado este primer filtro se podrán analizar los elementos que integran este subsistema.

La decisión sobre la inclusión de una determinada institución en el sistema jurídico depende, en un plano sustantivo, de un control realizado por un parámetro de validación propio del sistema constitucional. El sistema constitucional es la puerta de acceso que el sistema jurídico tiene para seleccionar que instituciones formarán parte o no de él. En términos de la teoría de los sistemas, sólo podrá ser considerado como parte del sistema aquel segmento del entorno (en este caso una expectativa que se desea tenga efectos normativos) que sea introducida al sistema a través de las operaciones internas que él mismo prevé. En caso contrario, el no superar este filtro implicará que la norma seguirá formando parte del entorno y no del sistema, siendo por tanto ilegítima.

El sistema penal no se escapa a esta regla, por el contrario, es mucho más evidente que este sistema jurídico deriva claramente del sistema constitucional. Esta afirmación es posible de ser comprendida de forma más clara si es que tenemos en cuenta que las normas penales son los mecanismos de protección de uno o varios derechos fundamentales, de forma directa o indirecta<sup>2</sup>.

La anterior reflexión nos lleva a concluir un aspecto poco analizado del sistema penal, el de sus orígenes constitucionales. Una norma penal recoge una expectativa, pero no cualquier expectativa, sino solo aquella que resulte vital para la existencia de una sociedad concreta, independientemente de la configuración jurídica que el sistema político haya decidido para ella. En ese sentido, puede considerarse que una norma penal sustantiva no es más que la concreción de una o más normas constitucionales.

El punto de partida al momento de la definición de un sistema penal es el considerar que es lo que una sociedad concreta desea para sí. Una sociedad puede desear, por ejemplo, la reducción al máximo de las garantías individuales de sus individuos a efectos de preservar los valores sociales. Asimismo, otra sociedad podría desear la reducción de la intervención estatal y la ampliación de las garantías individuales de sus ciudadanos.

---

<sup>2</sup> El funcionalismo jurídico penal sostiene que el Derecho penal y la sociedad se encuentran en estrecha conexión, pues el primero es el reflejo del segundo (vid. *Ibid.*, pp. 22 y ss.). Esta consideración, que se restringe y es analizada para explicar la relación entre ambos, debe ser complementada afirmando que sólo será posible proteger expectativas normativas sociales que se encuentren reconocidas o derivadas de la Constitución Política del Perú, pues es dicha norma suprema la que define la identidad normativa de la sociedad.



Independientemente de que se considere acertada o no una determinada elección social, el intérprete del Derecho se encuentra vinculado por la opción que ha elegido la sociedad, pudiendo claro está cuestionarla, proponer su variación, aunque dicha comunicación no se dará en el plano jurídico, sino que pertenecerá al plano político. El intérprete jurídico se encuentra vinculado al sistema constitucional del país en el cual él se encuentra, no pudiendo desconocer sus contornos u obviar sus matices.

La decisión de autodeterminación social se encuentra expresada en la mayoría de estados en la norma máxima de sus sistemas jurídicos: la Constitución Política del Estado. Esta norma viene a constituirse como una real norma fundamental, pues sobre la misma reposan los cimientos de todo el edificio jurídico que se ha de construir. Es la base que define normativamente como una sociedad decide existir. Por esto, ella contiene los principios que definen a la sociedad, los valores de la misma, los derechos fundamentales de sus ciudadanos, entre otros grandes tópicos que definen el sistema jurídico mediante un esquema de reglas y principios.

Al igual que el resto de sistemas jurídicos, el sistema jurídico penal se deriva de la Carta Magna. Independientemente de la postura dogmática que se adopte, es un consenso en la doctrina penal el señalar que los postulados que se expresan en la Constitución Política de un Estado rigen a todo el sistema en sí mismo. De tal forma que los derechos fundamentales (tanto sustantivos como procesales), fijan un mínimo sobre la base del cual se ha de configurar el sistema penal, de igual manera, la existencia del principio de legalidad evita la interdicción de la arbitrariedad en el sistema penal, al exigir que la norma sustantiva penal esté expresada en un a Ley,

de forma previa a la realización de la conducta, siendo descrita la prohibición o el mandato de forma precisa y clara.

Habiendo hechos las precisiones anteriores, se advierte que la delincuencia organizada ha expandido, profesionalizado e internacionalizado sus actividades en las últimas décadas y, en razón de los efectos de gran magnitud que produce en los ámbitos económico, político y social, y también de su capacidad de desestabilizar mercados y corromper agentes públicos y gobernantes, representa un mayor riesgo a los bienes jurídicos tutelados por los Estados democráticos de Derecho que la criminalidad tradicional.

Bajo esa lógica, los Estados modernos nacen y se justifican en la medida en que se constituyen en un medio para garantizar la paz social, protegiendo a los individuos de agresiones practicadas por sus semejantes. De esa forma, los deberes de protección de los derechos fundamentales se presentan como la versión actual de la contraprestación del Estado en razón de un hipotético pacto de sujeción a que adhieren los hombres con el fin de resguardar y proteger su libertad y seguridad en la convivencia social. Se trata de entender, pues, que la **proporcionalidad** tiene una doble cara: protección positiva y protección de omisiones estatales. Es decir, de un lado, puede existir inconstitucionalidad por exceso del Estado, cuando es desproporcionada la relación entre medios y fines; y de otro, la inconstitucionalidad puede ser consecuencia de protección insuficiente a un derecho fundamental.

El principio de proporcionalidad significa que el Estado no puede actuar con demasía, ni tampoco de manera insuficiente, en la consecución de sus objetivos. Exageraciones o insuficiencias representan infracciones al principio de

proporcionalidad. No obstante que la identificación del fenómeno sea relativamente reciente (crimen organizado), parece evidente que la prohibición de protección deficiente se encuentra firmemente vinculada a la idea de que el Estado tiene imperativos de tutela, es decir, debe hacer uso de los medios necesarios para defender de manera adecuada a los derechos fundamentales. La abstención en el uso de tales medios, o incluso su utilización en nivel insuficiente, posibilitan el reconocimiento de la inconstitucionalidad por violación de la norma que debería ser tutelada, inconstitucionalidad esa identificada a través del principio de proporcionalidad, en su aspecto de prohibición de protección deficiente.

Para ello, se ha estructurado la investigación, de la siguiente manera:

**La introducción** que explica la importancia de la investigación y algunos elementos de la parte metodológica, como los objetivos de investigación, tanto a nivel general como específicos; así mismo se incluyen la hipótesis de investigación que sirvió de guía y orientación en la investigación y las variables que permitieron recolectar una serie de datos tanto teóricos como empíricos.

Luego se desarrolla el **marco teórico**, que comprendió el estudio de los antecedentes de la investigación y las bases teóricas jurídicas que justificaron el problema de investigación y por otro lado dar sustento al trabajo de investigación, enfocados sobre las teorías jurídicas que describen y explican cada una de las variables.

Asimismo, comprendió el desarrollo de la **metodología**, que involucro: el tipo y diseño de investigación, el plan de recolección de la información y/o diseño

estadístico, instrumentos de recolección de la información, y el plan de procesamiento y análisis de la información y datos obtenidos en el trabajo de investigación, empleándose los métodos y técnicas de la investigación cualitativa y dogmática jurídica.

En seguidamente, se presentan los resultados, por la naturaleza de la investigación relacionado a los aspectos doctrinales, normativos y jurisprudenciales, y determinar las posiciones dogmáticas sobre el problema, los alcances y limitaciones de la regulación normativa y los argumentos jurisprudenciales sobre el problema de investigación planteado.

Luego se procedió a la discusión, que consistió en determinar, a través de una apreciación crítica, los cuestionamientos a las bases teóricas, los problemas en la aplicación, los criterios y razonamientos jurídicos; la validez de las teóricas. Por último, se incluyen las conclusiones a las que se han arribado, las recomendaciones del caso, y las referencias bibliográficas citadas y consultadas en el proceso de investigación.

## **OBJETIVOS**

### **Objetivo general**

Analizar la relación que existe entre el principio de proporcionalidad y la legitimación de las instituciones penales en los delitos del crimen organizado en el Perú.

### **Objetivos específicos**

- a) Establecer los argumentos para justificar si las instituciones penales en los delitos de crimen organizado son compatibles y coherentes con el principio de proporcionalidad.
- b) Describir las innovaciones que presenta la ley contra la delincuencia organizada para poder enfrentar el fenómeno del crimen organizado en el Perú.
- c) Identificar y explicar las críticas y deficiencias que presenta las instituciones penales en los delitos contra el crimen organizado, desde la aplicación del principio de proporcionalidad.
- d) Determinar el tratamiento jurídico y jurisprudencial a nivel nacional y del derecho comparado de las instituciones penales contra el crimen organizado y el principio de proporcionalidad.

## **HIPÓTESIS**

No existe una relación coherente y armónica entre el principio de proporcionalidad y las instituciones penales en los delitos de crimen organizado,

debido a que las normas que regulan el crimen organizado vulneran el principio constitucional de proporcionalidad, razón por la cual solo se podrá legitimar las instituciones penales contra el crimen organizado en estricta aplicación del principio de proporcionalidad.

## **VARIABLES**

**Variable Independiente (X):** El principio de proporcionalidad

**Variable Dependiente (Y):** Instituciones penales de Crimen organizado

## II. MARCO TEÓRICO

### 2.1. Antecedentes de investigación

Revisado las tesis sustentadas en la EPG-UNASAM se ha podido encontrar un trabajo de investigación relacionada a nuestra investigación, perteneciente:

Alex Edgardo HUAMAN JAIMES. “La proporcionalidad como método de maximización de certeza en la expedición de sentencias penales” (2018). Tesis para optar el grado de Doctor en Derecho. Escuela de Post Grado de la Universidad Nacional de Ancash “Santiago Antúnez de Mayolo”. Huaraz. La presente investigación tuvo como finalidad determinar cómo el principio de proporcionalidad se erige como el método de resolución de conflictos jurídicos del sistema de justicia penal, en clave constitucional, bloque constitucional y canon de convencionalidad. Se explica y desarrolla el principio de proporcionalidad como una estructura argumentativa que nos permite interpretar principios constitucionales y aportar soluciones jurídicas cuando diversos derechos fundamentales están en colisión. Este principio maximiza los derechos fundamentales de acuerdo con sus posibilidades fácticas y jurídicas, a través del tránsito por sus tres sub principios: la idoneidad, la necesidad y la proporcionalidad, nos permitirá escoger cuál de los derechos en colisión debe prevalecer en un determinado caso concreto. Para tal propósito, se ha realizado una investigación dogmática jurídica de tipo no experimental, de diseño general transversal, específicamente causal explicativo.

Milagros Alexandra, SALVATIERRA CASTRO (2018). El test de proporcionalidad y el peligro de su aplicación por el Tribunal Constitucional

Peruano. Trabajo Académico para optar el grado de segunda especialidad en Derechos Fundamentales y Constitucionalismo en América Latina. Pontificia Universidad Católica del Perú. Lima. El presente trabajo de investigación pretende analizar brevemente los peligros de la aplicación del principio de proporcionalidad que existen actualmente, los cuales – al parecer – no han sido tomados en cuenta por el Tribunal Constitucional peruano al momento de utilizarlo en los diferentes casos que llegan a dicha institución. La primera parte aborda la teoría, la estructura y los subprincipios que integran al principio de proporcionalidad. En la parte final, se desarrollan los peligros y/o críticas existentes en contra de la aplicación de dicho principio; y, asimismo, un caso específico que llegó al Tribunal Constitucional peruano, que quizás no fue resuelto de la manera más racional y objetiva posible, que desde su publicación hasta el día de hoy genera comentarios negativos. Se concluye que si bien el principio de proporcionalidad es – hoy en día - el principal instrumento con el que cuenta el operador jurídico para determinar si la actuación no es arbitraria o irracional, se advierte que los jueces constitucionales no se encuentran en la capacidad para aplicar de manera eficiente el principio de proporcionalidad, pues ajustan los criterios exigidos por éste principio a la subjetividad de cada uno, con lo cual, podemos decir, que no se basan en argumentos jurídicos ni objetivo o racionales, sino en lo que ellos consideran como aceptable.

Marín TAMARA SAONA “La aplicación del principio de proporcionalidad por el Tribunal constitucional chileno en el control Constitucional de leyes penales” (2010), Universidad Austral de Chile, Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales, Escuela de Derecho en la cual concluye que: 1. Importancia del principio de



proporcionalidad en el derecho penal. Teniendo presente la relevancia del principio de proporcionalidad como un instrumento de control a las restricciones, afecciones y limitaciones de derechos fundamentales que pueden efectuar los Poderes del Estado, resulta prácticamente imprescindible su aplicación en materia penal. Pues, en un modelo penal como el chileno, donde predominan los intereses patrimoniales y la imagen de los políticos ante la opinión pública, existe el peligro latente de que el legislador penal afecte en demasía los derechos fundamentales de quienes cometen delitos de alta conmoción ciudadana.

2. La desproporcionada realidad penal. Siguiendo lo anterior, es posible vislumbrar que en los últimos años se han efectuado diversas reformas legales de dudosa idoneidad, necesidad y proporcionalidad. Pues, dichas reformas se encuentran orientadas a aumentar desmesuradamente el rigor punitivo de determinadas conductas delictivas, especialmente de aquellas que afectan a la propiedad y que suelen cometer los grupos menos privilegiados de nuestra sociedad.

3. Indiferencia de los entes políticos. Entre quienes se encuentran capacitados para someter a control constitucional preventivo una norma penal –Presidente de la República o cualquiera de las Cámaras o  $\frac{1}{4}$  de sus miembros en ejercicio-, únicamente 37 miembros de la Cámara de Diputados y sólo en una oportunidad, lo han realizado. Esto refleja la inexistencia de un real interés por el respeto a la proporcionalidad, cuestión que se traduce en la existencia de diversas normas penales de dudosa constitucionalidad.

4. Excesiva deferencia al legislador penal. El Tribunal Constitucional nunca ha considerado, en materia penal al menos, la inconstitucionalidad o inaplicabilidad de una norma por falta de proporcionalidad. Puesto que el reconocimiento de un excesivo margen de libertad para legislador en la determinación de la política

criminal, produce en el TC una actitud de excesiva deferencia que impide la utilización de esta herramienta en el control de normas penales.

Jorge Alexander PORTOCARRERO QUISPE: “Peligros y límites de la ponderación. Análisis de la aplicación del juicio de ponderación en casos paradigmáticos del Tribunal Constitucional Peruano”. Tesis para optar el título profesional de Abogado. Universidad Nacional Mayor de San Marcos. Concluye que: La teoría actual de los principios se deriva de las tesis antipositivistas de Dworkin. Sin embargo es la reconstrucción de Alexy es la que constituye la doctrina dominante respecto al concepto estructura y aplicación de los principios jurídicos. La racionalidad de la ponderación reside en su estructura interna. Dicha estructura está compuesta por cinco elementos. La ley de ponderación, la escala triádica, la fórmula del peso, la ley de colisión y las cargas argumentativas. La mayoría de las críticas dirigidas en contra de la ponderación se refieren a su racionalidad, su supuesta subjetividad argumentativa, su prescindibilidad, la retoricidad de su argumentación y su incapacidad para comparar premisas inconmensurables. Las críticas a la ponderación apuntan, en conclusión, al peligro que esta significaría para el sistema jurídico y para el Estado constitucional de derecho. Las críticas acerca de los peligros de la ponderación son en consecuencia erradas, ya que atribuyen a la ponderación fines que ésta no aspira ni podría cumplir. Los peligros atribuidos a la ponderación se encuentran por fuera de ella, en el nivel de la conformación del discurso y de los argumentos jurídicos. La objeción de irracionalidad e inconmensurabilidad plantea una exigencia de hiperracionalidad a la ponderación.

XV. La ponderación es una estructura formal de argumentación racional, es decir, sin contenido material determinado.

## **2.2. Bases teóricas**

### **2.2.1. Los derechos fundamentales y el principio de proporcionalidad**

#### **2.2.1.1. Concepto y fundamentos**

El profesor Nogueira ha resaltado que se entiende el concepto de derechos fundamentales "como derechos reconocidos jurídicamente a nivel nacional o internacional y que vinculan a las personas y a los Estados".<sup>3</sup>

Mientras que para Peces-Barba, el concepto de derechos fundamentales comprende: "tanto los presupuestos éticos como los componentes jurídicos, significando la relevancia moral de una idea que compromete la dignidad humana y sus objetivos de autonomía moral, y también la relevancia jurídica que convierte a los derechos en norma básica material del Ordenamiento, y es instrumento necesario para que el individuo desarrolle en la sociedad todas sus potencialidades. Los derechos fundamentales expresan tanto una moralidad básica como una juridicidad básica".<sup>4</sup>

Consecuentemente, señala nuestro Tribunal Constitucional que : "Si bien el reconocimiento positivo de los derechos fundamentales (comúnmente, en la Norma Fundamental de un ordenamiento) es presupuesto de su exigibilidad como límite al accionar del Estado y de los propios particulares, también lo es su connotación ética y axiológica, en tanto manifiestas concreciones positivas del principio-derecho de

---

<sup>3</sup> NOGUEIRA ALCALÁ, Humberto (2008). Derechos fundamentales y garantías constitucionales, Santiago de Chile: Librotecnia, , p. 36.

<sup>4</sup> PECES-BARBA, Gregorio (1999). Curso de Derechos Fundamentales. Teoría General. Madrid: Universidad Carlos III de Madrid. Boletín Oficial del Estado, p.. 37.

dignidad humana, preexistente al orden estatal y proyectado en él como fin supremo de la sociedad y del Estado (artículo 1º de la Constitución)”<sup>5</sup>.

En ese sentido, los derechos fundamentales designan así, en mayor o menor grado, un conjunto de bienes indisponibles para el poder político o público, articulando espacios que permiten a cada individuo desarrollar autónomamente la vida conforme a las valoraciones que escoja en aspectos decisivos de la existencia. Estos derechos, por situarse positivados en la regla que está en la cúspide del ordenamiento, cumplen la función de límite objetivo al poder constituido. Es bueno agregar que al señalar que los derechos son límite al poder no marginamos de la definición a derechos que exigen una actividad positiva prestacional de parte del Estado (todos los derechos exigen apoyo institucional).

Ya sea que la estructura de ese derecho fundamental sea de inmunidad o de prestación, se presenta como restricción externa impuesta constitucionalmente a toda autoridad o poder constituido.<sup>6</sup>

En consecuencia, la expresión 'derechos fundamentales' apunta a un concepto jurídico. En un sentido general, y que es el más difundido, se usa para aludir a aquellos derechos de la persona que han recibido consagración positiva, en particular, a nivel constitucional.

Desde este punto de vista, el criterio distintivo de los derechos fundamentales es meramente formal. Pero hay otra visión, dice Aldunate, de carácter material, de

---

<sup>5</sup> STC EXP. N° 1417-2005-AA/TC, Caso Manuel Anicama Hernández, f.j. 2.

<sup>6</sup> GÓMEZ BERNALES, Gastón (2005). Derechos fundamentales y recurso de protección. Santiago de Chile: Universidad Diego Portales, p. 30.

los derechos fundamentales "como derechos que junto con considerarse naturales o innatos, tienen un carácter primario o básico; su carácter fundamental alude a su importancia o trascendencia para el desarrollo de la persona. Como una tercera alternativa, según este autor, "el rasgo definitorio de los derechos fundamentales sería su universalidad, sin atender a la naturaleza o importancia de los intereses protegidos bajo este concepto.

Para Aldunate, una forma de resolver esta pluralidad de conceptos, es distinguir entre el aspecto formal de derechos fundamentales, es decir, su positivación en la Constitución y el aspecto material, es decir, derechos fundamentales como elementos fundantes y constitutivos de la legitimidad del orden político, se encuentren o no consagrados en el texto constitucional, lo que arroja la existencia de derechos fundamentales consagrados en la Constitución y derechos fundamentales no consagrados en la Constitución.<sup>7</sup>

### **2.2.1.2. El contenido constitucionalmente protegido de los derechos fundamentales**

#### **A. Derecho fundamental y contenido constitucional**

De entre los contenidos de la constitución, los derechos son, en este paradigma, la pieza fundamental. Este modelo atribuye a los derechos el papel de ser la justificación más importante del Derecho y del Estado y por tanto, desde esta perspectiva, el Estado no es sino un instrumento de tutela de los derechos

---

<sup>7</sup> ALDUNATE LIZANA, Eduardo (2008). Derechos fundamentales. Santiago de Chile: Legal Publishing, p. 47.

fundamentales y como tal fundamento impone fines y objetivos que deben ser realizados<sup>8</sup>.

Uno de los rasgos que mejor definen el Estado constitucional de Derecho es la orientación del Estado a la protección de los derechos al margen (o incluso por encima) de la ley: no se trata, pues, de la eficacia de los derechos en la medida y en los términos marcados en la ley, sino de la eficacia de los derechos en la medida y en los términos establecidos en la Constitución.<sup>9</sup>

En ese sentido, cuando Luigi Ferrajoli caracteriza a los derechos fundamentales como aquellas expectativas o facultades de todos que definen las connotaciones sustanciales de la democracia y que están constitucionalmente sustraídas al arbitrio de las mayorías, como límites o vínculos insalvables de las decisiones de gobierno: derecho a la vida, derechos a la libertad, derechos sociales a la subsistencia, derecho a la salud, a la educación, a la conservación del ambiente y otros similares<sup>10</sup>.

Esta tesis da contenido a la idea de que, en el modelo de Estado constitucional, el Derecho y el poder, encuentran su legitimidad en un presupuesto de orden externo que no es sino la persona como valor, y la primacía axiológica de este postulado sobre cualquier otro.

---

<sup>8</sup> FERRAJOLI, Luigi (1995). Derecho y razón. Teoría del garantismo penal. Madrid: Trotta, , p. 883.

<sup>9</sup> ZAGREBELSKY, Gustavo (1995). El derecho dúctil. Ley, derechos, justicia. Madrid: Trotta, pp. 21 y ss.; PRIETO SANCHÍS, Luis (2009). Justicia constitucional y Derechos Fundamentales. Madrid: Trotta, p. 107.

<sup>10</sup> FERRAJOLI, Luigi. Derecho y razón... Ob. Cit., p. 885.

La constitución y los derechos fundamentales no son sino artificios jurídicos que –como escribe Luis Prieto<sup>11</sup>– cobran todo su sentido en tanto que límites al poder y garantía de la libertad e inmunidad de las personas. Los derechos existen, para maximizar la autonomía de las personas y minimizar el impacto de los poderes (públicos y privados) sobre sus vidas.

En suma, los derechos fundamentales son así un contenido básico del orden jurídico, tanto en sentido formal como material, dado que son los estos derechos los que disponen límites materiales para los poderes públicos y privados y establecen, asimismo, los fines básicos a los que éstos deben orientarse. En el Estado constitucional, los derechos fundamentales son a la vez garantías institucionales, normas objetivas del sistema jurídico y derechos subjetivos, en tanto que libertades, potestades, pretensiones e inmunidades normativas protegidas por el ordenamiento jurídico.

Junto a esta doble dimensión –objetiva y subjetiva<sup>12</sup>– se caracterizan por presentar una especial fuerza o resistencia jurídica frente a la acción de los poderes públicos, incluido el legislador y también en las relaciones entre particulares<sup>13</sup>. En este modelo, por lo tanto, los derechos fundamentales pueden ser pensados como límites o prohibiciones que afectan al legislador. Esto es, los derechos no son ilimitados, no son absolutos, pero tienen un contenido constitucionalmente

---

<sup>11</sup> PRIETO SANCHÍS, Luis. Ob. Cit., pp. 9-11.

<sup>12</sup> PÉREZ LUÑO, Antonio (2005). Los derechos fundamentales. Madrid: Tecnos, p. 19.

<sup>13</sup> JIMÉNEZ CAMPO, Javier (1999). Derechos fundamentales. Concepto y garantías. Madrid: Trotta, p. 392.

tipificado o predeterminado y, salvo habilitación expresa, no pueden ser cercenados por el legislador.

El legislador no puede introducir límites a los derechos donde la constitución no lo hace. Sin embargo, como escribe Luis Prieto<sup>14</sup> no puede sostenerse la idea de que entre los derechos constitucionales y sus límites hay fronteras nítidas, o que es posible formular un catálogo taxativo de los supuestos de hecho y sus excepciones correspondientes a los enunciados de derechos constitucionales.

De modo general puede afirmarse que todo derecho subjetivo tiene un contenido jurídico que faculta a su titular a realizar solo las acciones que tal contenido le otorga. Así, el derecho subjetivo significará y tendrá el alcance que su contenido jurídico le ha previsto. En la medida en que se parte del hecho de que es posible saber a qué se tiene derecho, está permitido concluir que es viable conocer el contenido jurídico del derecho, es decir, es posible reconocer y determinar las posiciones jurídicas que el derecho depara a su titular.

A los derechos fundamentales, por ser derechos subjetivos, le es aplicable igualmente esta categoría del contenido jurídico, de modo que es posible hablar del contenido jurídico de un derecho fundamental. Este contenido puede tener naturaleza constitucional o naturaleza *infra* constitucional. La primera conforma el contenido jurídico *ex constitutione*, y la segunda —principalmente, aunque no exclusivamente— conforma el contenido jurídico *ex lege*.

---

<sup>14</sup> PRIETO SANCHÍS, Luis. Ob. cit., p. 220.



El contenido legal de un derecho fundamental será jurídicamente válido en tanto sea un contenido ajustado al mandato constitucional, es decir, en la medida en que no contravenga el contenido constitucional del derecho fundamental. Por lo que no será posible sostener la validez del contenido legal de un derecho sin antes conocer el contenido constitucional del mismo. Y segundo, porque cuando se habla de limitaciones del contenido de un derecho fundamental, ellas se plantean y justifican a partir de la Constitución misma.

No existe dificultad en admitir que el objeto de protección cuando se habla de derechos fundamentales, por ejemplo, a través de los procesos constitucionales, es el contenido constitucional de cada derecho. La protección del contenido constitucional de un derecho fundamental es la garantía de su incolumidad: todo derecho fundamental tiene un contenido constitucional que vincula y exige ser respetado.

En este sentido, en la doctrina constitucional se habla de la “garantía del contenido esencial” (*Wesensgehaltgarantie*) de los derechos fundamentales para hacer referencia al contenido constitucional vinculante y exigible que trae consigo cada derecho fundamental<sup>15</sup>. El “contenido constitucional” o “contenido esencial”<sup>16</sup> de cada derecho fundamental así entendido será vinculante no solo respecto del legislador —que es de quien normalmente se predica la vinculación— sino también

---

<sup>15</sup> EXP. N. 0014–2002– AI/TC.

<sup>16</sup> A lo largo de este trabajo se empleará indistintamente una u otra expresión, en la medida en que se entiende que la expresión “contenido esencial” no se emplea para diferenciar una parte esencial de otra no esencial del contenido de un derecho fundamental, sino para significar que el contenido del derecho es uno solo y todo él brota de la esencia —de aquello por lo cual el derecho es el que es y no es otro derecho diferente— del derecho fundamental que corresponda.

del Ejecutivo y del Judicial como órganos del poder público, e incluso respecto de los particulares.

Sin embargo, si bien en este punto puede hallarse consenso, no ocurre lo mismo cuando se pretende establecer cuál es o cómo determinar el contenido constitucional de un derecho fundamental en concreto. Para resolver esta cuestión, sin duda una de las de mayor trascendencia a la hora de hablar de los derechos fundamentales, de su exigibilidad y de su protección, doctrinalmente se han planteado varias teorías. De entre ellas se han de destacar las llamadas teorías absolutas y las llamadas teorías relativas.

### **B. Teorías absolutas y teorías relativas**

Proponer y admitir como jurídicamente posible la restricción (del contenido) de derechos constitucionales o fundamentales tiene su punto de partida en las llamadas teorías absolutas<sup>17</sup>. En buena cuenta, estas teorías proponen que el contenido constitucionalmente reconocido de un derecho fundamental cuenta con dos facetas relacionadas una con la otra al modo de dos círculos concéntricos. El círculo interior contiene la parte esencial del derecho fundamental; mientras que el círculo exterior vendría a dibujar su parte no esencial.

La parte nuclear o contenido esencial del derecho es absoluta, esto quiere decir que no puede ser dispuesta (limitada, restringida o sacrificada) por el legislador (y con él por el Ejecutivo, el Judicial y los particulares) en ningún

---

<sup>17</sup> CARBONELL, Miguel (2002). Teoría constitucional y derechos fundamentales. Comisión de los derechos humanos, México, p. 266.

momento y bajo ninguna circunstancia. Se trata de un límite absoluto (*absolute Grenze*), el cual de ser cruzado genera automática y necesariamente la vulneración del contenido esencial del derecho fundamental. Mientras que la parte no esencial, accidental o periférica del derecho vincula al legislador solo relativamente, de manera que el legislador podrá afectar (limitar, restringir, sacrificar) la parte no esencial siempre y cuando exista una justificación para ello.

La justificación, en estos casos, solo puede consistir en la necesidad de salvar otro derecho constitucional u otro bien jurídico constitucional<sup>18</sup>. La necesidad de sacrificio de un derecho fundamental en su parte no esencial, así como la magnitud del mismo, podrá ser determinado a través del principio de proporcionalidad, entendido como uno de los límites (*Schranken*) de los derechos fundamentales, en particular, a través del juicio de proporcionalidad en sentido estricto o también llamado ponderación.

Algo semejante, aunque no exactamente igual ocurre con las llamadas teorías relativas de la determinación del contenido esencial de los derechos fundamentales. Para estas teorías, en buena cuenta, el contenido constitucional del derecho fundamental no está dividido en dos partes, una esencial y otra no esencial, como lo proponía las teorías absolutas. El contenido es uno solo, y —digámoslo así— todo él puede ser limitado, restringido o sacrificado por el legislador (y con él, por el Ejecutivo, el Judicial y los particulares), siempre y cuando la medida que limita, restringe o sacrifica el contenido del derecho fundamental haya pasado el test de

---

<sup>18</sup> BERNAL PULIDO, Carlos (2003). Los derechos fundamentales y la teoría de los principios. Biblioteca Virtual Miguel de Cervantes, Alicante, p. 405.

proporcionalidad, en particular, las exigencias de la ponderación. Como se ha dicho “el contenido esencial es aquello que queda después de una ponderación”<sup>19</sup>.

### **2.2.1.3. La teoría externa de los límites de los derechos fundamentales**

#### **A. Los límites como realidades impuestas desde fuera del derecho mismo**

Ambas clases de teorías siendo distintas coinciden, sin embargo, en la concepción de la naturaleza jurídica del contenido normativo de los derechos fundamentales y de la posición jurídica del poder político frente a ellos. Así, los derechos fundamentales pueden ser restringidos, debido a que su contenido no es absoluto, sino que esencialmente es un contenido disponible (totalmente según las teorías relativas, y parcialmente en las absolutas) precisamente para formular la restricción o incluso la suspensión —como ocurre en los llamados regímenes de excepción— en el caso concreto<sup>20</sup>.

Esto que se acaba de decir permite formular las siguientes dos consecuencias.

La primera es que el contenido jurídico constitucional de un derecho fundamental no vincula de modo absoluto al poder político, sino que este —a través del legislador, el juez o la propia administración— podría válidamente desconocer una exigencia propia del contenido del derecho. Y la segunda es que este desconocimiento solo será posible si es que así lo exige la salvación de otro derecho

---

<sup>19</sup> ROBERT, Alexy (2001). Teoría de los derechos fundamentales. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, p. 288.

<sup>20</sup> CASTILLO CÓRDOVA, Luis (2008). Derechos Fundamentales y Procesos Constitucionales. Lima: Grijley, p. 991.

o bien jurídico constitucional, lo cual se determinaría siempre a través del principio de proporcionalidad.

## **B. Los derechos fundamentales como principios**

En referencia a la primera de las dos mencionadas consecuencias, hoy en día es común la afirmación de que el poder político (en todas sus manifestaciones) puede restringir o suspender derechos fundamentales. La justificación de esta afirmación es que ello es posible debido a que los derechos fundamentales, primero, tienen la calidad de principios, por lo que —segundo— no solo tienen reconocido un peso específico<sup>21</sup>, sino que, además —tercero— son mandatos de optimización que pueden ser cumplidos en grados e intensidades distintas<sup>22</sup>. Por lo que es posible atribuir pesos a los derechos fundamentales, y dependiendo del peso atribuido el derecho alcanzará un grado de optimización u otro cuando ambos concurren en las circunstancias del caso concreto<sup>23</sup>.

Ciertamente, el reconocimiento de un peso a los derechos fundamentales como principios no es un peso abstracto que haga posible hablar de jerarquías generales e inamovibles entre ellos, pues “no existen jerarquías internas en la Constitución”<sup>24</sup>. Por el contrario, debido a que los derechos fundamentales

---

<sup>21</sup> DWORKIN, Ronald (1980). Los derechos en serio. Barcelona: Ariel, p. 92.

<sup>22</sup> ROBERT, Alexy (2001). Teoría de los... Ob. cit., p. 86.

<sup>23</sup> Por ejemplo, conocida es la fórmula del peso planteada por Robert Alexy:

$$G_{Pi,jC} = \frac{I_{PiC}}{W_{PjC}}$$

Esta fórmula significa que el peso (G) del principio Pi en relación al principio Pj, es igual al cociente entre la intensidad de intervención en Pi en las circunstancias concretas (C), y la importancia de Pj en las mismas circunstancias C. Cfr. ROBERT, Alexy (2010). La construcción de los derechos fundamentales. Buenos Aires: Ad-Hoc, p. 67.

<sup>24</sup> PRIETO SANCHÍS, Luis. Ob. cit., p. 191.

contienen un mandato de optimización por el que se ordena “que algo debe ser realizado en la mayor medida posible, teniendo en cuenta las posibilidades jurídicas y fácticas”<sup>25</sup>, la optimización tendrá lugar siempre en las concretas circunstancias del caso, de modo que lo que llega a construirse es una jerarquía móvil de derechos<sup>26</sup>.

La solución del conflicto entre principios, definido como “dos normas, que aplicadas independientemente, conducen a resultados incompatibles, es decir, a dos juicios de deber ser jurídico contradictorio”<sup>27</sup>, se obtiene precisamente estableciendo cuál de los dos principios en colisión tiene mayor peso en el caso concreto. Y es que “el peso de los principios no es determinable en sí mismo o absolutamente, sino que siempre puede hablarse tan solo de pesos relativos”<sup>28</sup> al caso concreto.

En efecto, teniendo en cuenta que “la colisión de principios —como solo pueden entrar en colisión principios válidos— tiene lugar más allá de la dimensión de la validez, en la dimensión del peso”<sup>29</sup>, la solución de la colisión pasa por determinar cuál de los dos derechos (principios) en colisión tiene el mayor peso y cuál el menor. En el caso concreto, el primero será el derecho vencedor, y por ello precederá al segundo que es el derecho vencido. La consecuencia necesaria es que, siempre en el caso concreto, el derecho vencedor podrá ser optimizado a costa del derecho vencido.

---

<sup>25</sup> ROBERT, Alexy. La construcción... Ob. cit. p. 99.

<sup>26</sup> PRIETO SANCHÍS, Luis. Ob. cit., p. 191.

<sup>27</sup> ROBERT, Alexy. Teoría de los... Ob. cit., p. 87.

<sup>28</sup> Ibid., p. 88.

<sup>29</sup> Ibid., p. 89.

### C. Contenido prima facie y contenido definitivo de los derechos

Mientras que en referencia a la segunda de las dos mencionadas consecuencias, tanto la categoría de conflicto entendido como choque, como la solución del mismo entendido como prevalencia del derecho fundamental (principio) que tiene mayor peso en el conflicto concreto, solo son posibles de ser formuladas y ejecutadas con base en la distinción entre contenido constitucional prima facie o también llamado “ámbito de protección inicial”<sup>30</sup>, o “contenido constitucionalmente protegido ab initio”, y contenido constitucional definitivo del derecho fundamental como principio.

En efecto, si los derechos fundamentales son considerados principios, y el principio es definido como un mandato de optimización, entonces los derechos fundamentales tal y como son recogidos en la Constitución “no contienen mandatos definitivos sino solo prima facie”<sup>31</sup>.

Este carácter prima facie de los derechos fundamentales considerados como principios, configura el ámbito de protección inicial del derecho fundamental. Se trata de un ámbito caracterizado por su prácticamente ilimitada amplitud, pues queda “conformado por todo el espectro de normas y de posiciones jurídicas que sea posible relacionar en principio semánticamente con el derecho tipificado en la Constitución”<sup>32</sup>. Esta adscripción prima facie se lleva a cabo con criterios muy laxos, pues “basta que la norma o la posición jurídica correspondiente tenga por lo

---

<sup>30</sup> BERNAL PULIDO, Carlos. Los derechos... Ob. cit., p. 461.

<sup>31</sup> Ibid., p. 462.

<sup>32</sup> Ibidem.

menos una propiedad que la relacione con la disposición iusfundamental, para que se le pueda considerar como una norma o posición adscrita *prima facie*<sup>33</sup>.

No se ha de reparar si la norma o posición adscrita “pueden dañar o afectar algún derecho de terceros o los intereses generales de la comunidad”. En definitiva, se trata de “la amplia esfera de libertad ‘natural’<sup>34</sup>. Debido a que si se piensa un derecho fundamental con un contenido tan amplio como el referido convierte al derecho en una realidad impracticable y —por ello— imposible de ser protegido jurídicamente ya que su ámbito normativo se extendería casi ilimitadamente, entonces se hace necesario restringir el ampuloso alcance *prima facie* del derecho para reducirlo a lo prácticamente posible y a lo jurídicamente aceptable.

De modo que con la restricción el contenido *prima facie* se convierte en un contenido definitivo: “una vez restringido, todo derecho fundamental adquiere su posición jurídica definitiva, o en otros términos, ciñe sus contornos, ya no a un ámbito de protección inicial, sino a un contenido efectivamente garantizado<sup>35</sup>.”

#### **D. Teoría externa de los límites**

En este contexto, los derechos fundamentales no podrán existir nunca en armonía pues *prima facie* chocan y se contradicen, y luego definitivamente cuando —con base en el principio de proporcionalidad— se ha resuelto el choque lo que existe es un derecho vencedor y un derecho vencido, es decir, un contenido constitucional con su alcance amplio, y otro derecho fundamental mutilado en su

---

<sup>33</sup> ROBERT, Alexy. Teoría de los... Ob. cit., p. 88.

<sup>34</sup> *Ibidem*.

<sup>35</sup> BERNAL PULIDO, Carlos. Los derechos... Ob. cit., p. 461.



contenido constitucional. Utilizando la terminología propia de la teoría de los derechos fundamentales entendidos como principios se diría que “un principio únicamente puede realizarse a costa del otro”<sup>36</sup>.

En la base de toda esta propuesta dogmática se encuentra la teoría externa de los límites de los derechos fundamentales. Según esta teoría los límites de los derechos fundamentales son siempre imposiciones externas, que vienen generadas e instituidas desde fuera del derecho mismo, son, por tanto, una realidad externa y distinta al contenido constitucional del derecho. La imposición la sufrirá el derecho vencido con un alcance proporcional al grado de optimización que se haya reconocido al derecho vencedor<sup>37</sup>.

## **2.2.2. El principio de proporcionalidad**

### **2.2.2.1. Concepto y fundamento**

El concepto de “proporcionalidad”, en palabras de Fernández Nieto<sup>38</sup>, es más fácil de comprender que de definir. Por proporcionalidad se entiende a aquello que guarda o tiene equivalencia, correspondencia, equilibrio. La proporcionalidad indica o explica una relación de correspondencia, equivalencia o equilibrio entre dos objetos o cosas.

Según el Diccionario de la Real Academia española, proporcionalidad significa “proporción”, relación o correspondencia debida de las partes con el todo,

---

<sup>36</sup> Ibid., p. 279.

<sup>37</sup> Ibidem

<sup>38</sup> FERNÁNDEZ NIETO, Josefa (2009). Principio de proporcionalidad y derechos fundamentales. Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, p. 290.

en cuanto a magnitud, cantidad, o grado: las proporciones del cuerpo etc., pero también se define en matemáticas como igualdad de dos razones.

El principio de proporcionalidad, que también es conocido como “proporcionalidad de injerencia”, “prohibición de exceso”, “principio de razonabilidad”, entre otras calificaciones, en realidad viene a ser un principio de naturaleza constitucional que permite medir, controlar y determinar que aquellas injerencias directas o indirectas, tanto de los poderes públicos como de los particulares, sobre el ámbito o esfera de los derechos de la persona humana, respondan a criterios de adecuación, coherencia, necesidad, equilibrio y beneficio entre el fin lícitamente perseguido y los bienes jurídicos potencialmente afectados o intervenidos, de modo que sean compatibles con las normas constitucionales<sup>39</sup>. Se trata, por tanto, como señala Castillo Córdova<sup>40</sup> de una herramienta hermenéutica que permite determinar la constitucionalidad tanto de la intervención o restricción como de la no intervención de los poderes públicos sobre los derechos fundamentales.

En esencia el principio de proporcionalidad apunta a la interdicción de actuaciones o intervenciones excesivas por parte de los poderes públicos, y a partir de la jurisprudencia del Tribunal Constitucional Federal (TCF), la proporcionalidad pasó a transformarse en un principio constitucional de protección de los derechos fundamentales. En virtud de él se "prohíbe que las acciones de los poderes públicos sean excesivas -Übermassverbot- y se establece la obligación de que estén

---

<sup>39</sup> SÁNCHEZ GIL, Rubén (2010). El principio de proporcionalidad. México: Instituto de Investigaciones Jurídicas, UNAM, p. 221.

<sup>40</sup> CASTILLO CÓRDOVA, Luis (2010). Hacia una reformulación del Principio de Proporcionalidad. Lima: Grigley; p. 108.

contenidas dentro de sus propios límites"<sup>41</sup>. Por ende, se trata esencialmente de un principio destinado a proteger los derechos y libertades, que si bien no está escrito, el TCF entiende que está implícito en los fundamentos del sistema constitucional alemán.

Junto a ese significado esencial de la proporcionalidad, ésta ha sido entendida también por el TCF como un complemento a otros principios derivados del estado de derecho alemán, como el principio de determinación y precisión, la irretroactividad de la ley penal, el principio *ne bis in ídem* y el deber de protección de los derechos que pesa sobre todos los poderes públicos. Y por último, el TCF ha hecho también extensivo el principio de proporcionalidad a las relaciones entre el gobierno central y la administración local, como mecanismo de protección de las competencias de esta última.<sup>42</sup>

#### **2.2.2.2. Derechos fundamentales como mandatos de optimización y proporcionalidad**

Este modo de ver las cosas empuja necesariamente a la aceptación de que los derechos fundamentales pueden entrar en verdadero conflicto entre sí o contra otros bienes jurídicos constitucionales. Si todos los derechos fundamentales inicialmente tienen un ámbito de protección que se expande casi ilimitadamente, entonces no hay modo de evitar que choquen entre sí. La Constitución sería *prima facie* un hervidero de derechos en constante e infinito choque y contradicción y en

---

<sup>41</sup> PEREIRA MENAUT, Antonio Carlos (2003): Sistema político y constitucional de Alemania. Una introducción. Santiago de Compostela: Tórculo Edicions, p. 42.

<sup>42</sup> *Ibidem*

descarnada pugna por imponerse unos sobre otros a fin de lograr la requerida optimización.

Como el derecho sí pretende algún grado de eficacia debe ser constatado en su utilidad para regular y ordenar las relaciones humanas en la realidad, entonces se hace imprescindible encontrar la manera de determinar cuál de los dos contenidos ampulosos y contradictorios entre sí deberá prevalecer. Optar por la maximización de un principio o derecho fundamental en lugar de su contrario depende de que sea posible dar mayores y mejores razones para establecer cuál derecho deberá prevalecer y cuál deberá ser postergado.

Un principio o derecho fundamental “es soslayado cuando en el caso que hay que decidir, un principio opuesto tiene un peso mayor”<sup>43</sup>. Estas razones que definen cuál derecho fundamental deberá beneficiarse de la maximización porque tiene un mayor peso, y cuál deberá quedar rezagado, soslayado e incluso lesionado por su menor peso, se definirían principalmente a través de la aplicación del principio de proporcionalidad.

El principio de proporcionalidad dentro de las teorías absolutas, relativas y externas, tiene la misión de sopesar el contenido *prima facie* de dos derechos fundamentales a fin de establecer cuál de ellos tiene un mayor peso en las circunstancias del caso concreto a fin de hacerlo prevalecer sobre el otro derecho fundamental.

---

<sup>43</sup> Ibidem.

### **2.2.2.3. Fundamentación del principio de proporcionalidad**

#### **A. Similitud entre el principio de proporcionalidad y el de razonabilidad**

El TC ha interpretado que el principio de proporcionalidad equivale al principio de razonabilidad. Ha dicho el TC que “si bien la doctrina suele hacer distinciones entre el principio de proporcionalidad y el principio de razonabilidad, como estrategias para resolver conflictos de principios constitucionales y orientar al juzgador hacia una decisión que no sea arbitraria sino justa; puede establecerse, prima facie, una similitud entre ambos principios, en la medida en que una decisión que se adopta en el marco de convergencia de dos principios constitucionales, cuando no respeta el principio de proporcionalidad, no será razonable”<sup>44</sup>.

En este sentido, continuará diciendo el mencionado Tribunal, en este sentido, “...el principio de razonabilidad parece sugerir una valoración respecto del resultado del razonamiento del juzgador expresado en su decisión, mientras que el procedimiento para llegar a este resultado sería la aplicación del principio de proporcionalidad con sus tres subprincipios: de adecuación, de necesidad y de proporcionalidad en sentido estricto o ponderación”<sup>45</sup>.

Esto supone que cuando el Tribunal se enfrenta a un caso donde existe conflicto entre dos principios constitucionales, deberá realizar no sólo un ejercicio argumentativo enjuiciando las disposiciones constitucionales en conflicto (ponderación), sino también deberá evaluar también todas las posibilidades fácticas (necesidad, adecuación), a efectos de determinar si, efectivamente, en el plano de

---

<sup>44</sup> EXP. N. 2192-2004-AA/TC, f.j. 15

<sup>45</sup> Ibidem, f. j. 15

los hechos, no existía otra posibilidad menos lesiva para los derechos en juego que la decisión adoptada<sup>46</sup>.

### **B. Un principio del entero ordenamiento jurídico**

En el ordenamiento jurídico peruano, se ha previsto expresamente en un dispositivo constitucional la existencia del principio de proporcionalidad, aunque para referirlo expresamente a la vigencia de los derechos constitucionales dentro de un régimen de excepción (último párrafo del art. 200 Const.). Ha sido este dispositivo constitucional uno de los invocados por el TC para hacer residir el fundamento del principio de proporcionalidad en el entero ordenamiento jurídico peruano.

El Tribunal Constitucional, luego de mostrar una postura más bien imprecisa y ambivalente en este asunto<sup>47</sup>, actualmente tiene asentado el criterio jurisprudencial de reconocer el principio de proporcionalidad como un principio que informa el entero ordenamiento jurídico peruano: “el principio de proporcionalidad es un principio general del derecho expresamente positivizado, cuya satisfacción ha de analizarse en cualquier ámbito del derecho. En efecto, en nuestro ordenamiento jurídico, este se halla constitucionalizado en el último párrafo del Artículo 200 de la Constitución”<sup>48</sup>.

### **C. El Estado de derecho como base del principio de proporcionalidad**

Pero no es el único fundamento del principio de proporcionalidad encontrado por el TC, sino que este también lo funda en la cláusula del Estado de derecho<sup>49</sup> y,

---

<sup>46</sup> Ibidem , f. j. 18

<sup>47</sup> EXP. N. 0671-1997-HC/TC.

<sup>48</sup> EXP. N. 0010-2002-AI/TC.

<sup>49</sup> En tanto que el Estado de derecho se define a partir del efectivo sometimiento del poder político a las normas del ordenamiento jurídico estatal y, especialmente, a la primera de esas normas que es

complementariamente, en el valor justicia. Así, “en la medida en que el principio de proporcionalidad se deriva de la cláusula del Estado de derecho, él no solo comporta una garantía de seguridad jurídica, sino también concretas exigencias de justicia material”<sup>50</sup>.

Una medida que afecta un derecho fundamental, como puede ser una sanción, puede llegar a ser desproporcionada o irrazonable cuando aparece como manifiestamente injusta. En estos casos se habla adicionalmente de la violación del debido proceso en su dimensión material. En efecto, la violación del debido proceso “no solo ocurre cuando se afectan algunas de sus garantías formales, sino también cuando no se observa un mínimo criterio de justicia, es decir, un criterio objetivable a través de los principios de razonabilidad y proporcionalidad”<sup>51</sup>. Se parte, entonces, del entendido de que la razonabilidad, “en su sentido mínimo, es lo opuesto a la arbitrariedad y a un elemental sentido de justicia”<sup>52</sup>.

#### **D. Finalidad del principio de proporcionalidad: determinar la constitucionalidad de una medida que restringe derechos fundamentales**

Admitido que los derechos fundamentales entendidos como principios son mandatos de optimización que chocan entre sí, de modo que la optimización se realizará según lo determine el peso específico y relativo a las circunstancias del conflicto concreto, el principio de proporcionalidad aparece como un procedimiento dirigido a establecer cuál derecho deberá prevalecer, cuál será su grado de su optimización y cuál

---

la Constitución, se puede considerar que la cláusula del Estado de derecho viene recogida en el art. 45 CP, al disponer 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”.

<sup>50</sup> EXP. N. 0010-2002-AI/TC.

<sup>51</sup> EXP. N. 2502-2004-AA/TC.

<sup>52</sup> EXP. N. 0976-2001-AA/TC.

el grado de lesión del derecho vencido, siempre en las circunstancias del conflicto concreto.

De ahí que el principio de proporcionalidad vaya estrechamente ligado a la concepción de los derechos fundamentales como mandatos de optimización (principios), de modo que “el carácter de principio implica la máxima de la proporcionalidad, y esta implica aquélla”<sup>53</sup>, al punto que “quien objeta la teoría de los principios tiene también que objetar el principio de proporcionalidad”<sup>54</sup>. De esta manera, el principio de proporcionalidad tendría la finalidad de ayudar a establecer si una medida de intervención sobre un derecho fundamental dictada con fundamento en un derecho fundamental distinto y opuesto, ocasiona o no una lesión o sacrificio proporcionado en el derecho fundamental intervenido, y ello con la finalidad de decidir si se le da o no cobertura constitucional.

### **E. Dimensiones del principio de proporcionalidad**

La determinación del derecho fundamental (principio) se intenta establecer a través del sometimiento de la medida (legislativa, ejecutiva o judicial) que dispone la restricción del derecho a tres juicios: el juicio de idoneidad, el juicio de necesidad y el juicio de proporcionalidad *sensu estricto*.

Por eso, el principio de proporcionalidad puede definirse de modo general como aquel principio “integrado por un conjunto de criterios o herramientas que permiten medir y sopesar la licitud de todo género de límites normativos de las libertades, así como la de cualesquiera interpretaciones o aplicaciones de la legalidad que restrinjan

---

<sup>53</sup> ROBERT, Alexy. Teoría de los... Ob. Cit., p. 111.

<sup>54</sup> Ibidem.



su ejercicio, desde un concreto perfil o punto de mira: el de la inutilidad, innecesariedad y desequilibrio del sacrificio”. De modo que una restricción o sacrificio de un derecho fundamental será constitucionalmente permitido si la medida que establece la restricción o sacrificio es una medida idónea, necesaria y proporcionada en sentido estricto.

#### **a. El juicio de idoneidad**

El primer juicio que compone el test de proporcionalidad es el juicio de idoneidad o de adecuación. En palabras del TC, de acuerdo con este juicio “toda injerencia en los derechos fundamentales debe ser idónea para fomentar un objetivo constitucionalmente legítimo, suponiendo dos cosas: primero, la legitimidad constitucional del objetivo y, segundo, la idoneidad de la medida sub examine”<sup>55</sup>.

Sin embargo, no cualquier finalidad sirve para legitimar una medida que restringe derechos fundamentales, sino que el fin propuesto debe ser constitucionalmente permitido y socialmente relevante. Así, “permite descartar toda posibilidad de sujeción mínima al principio de proporcionalidad si el sacrificio de la libertad que impone la norma persigue la preservación de bienes o intereses, no solo, por supuesto, constitucionalmente proscritos, sino ya, también, socialmente irrelevantes”. Por tanto, se requiere de medidas “cuyo dictado obedezca a la necesidad de proteger fines constitucionalmente legítimos que la puedan justificar”<sup>56</sup>.

---

<sup>55</sup> EXP. N. 0050-2004-AI/TC.

<sup>56</sup> EXP. N. 1260-2002-HC/TC.

La aplicación de este juicio se formula siempre en el presente de modo que puede ocurrir que una medida que en su origen fue no idónea, con el tiempo y el cambio de circunstancias, puede haber devenido en idónea y viceversa. Complementariamente, el fin al que ha de obedecer el operador jurídico, no es solo el fin expresamente declarado por el emisor de la medida (legislador, funcionario de la administración o juez), sino también a la finalidad que pueda real y verdaderamente subyacer a la medida.

### **b. El juicio de necesidad**

Si la medida que afecta un derecho fundamental ha superado el juicio de idoneidad, no por ello es una medida proporcionada, sino que ha de superar —como siguiente paso— el juicio de necesidad. Mediante este juicio se examina si una medida que restringe un derecho fundamental es la menos restrictiva de entre otras medidas igualmente eficaces para alcanzar la finalidad constitucionalmente permitida y perseguida. De forma que “para que una injerencia en los derechos fundamentales sea necesaria, no debe existir ningún otro medio alternativo que revista, por lo menos, la misma idoneidad para alcanzar el objetivo propuesto y que sea más benigno con el derecho afectado”<sup>57</sup>.

Definido así el juicio de necesidad, es claro que presupone el juicio de eficacia, en cuanto que el juicio de necesidad solo se realiza entre medidas igualmente eficaces para el logro de la finalidad que se persigue. Con otras palabras, se “requiere analizar, de un lado, la idoneidad equivalente o mayor del medio

---

<sup>57</sup> EXP. N. 0050–2004–AI/TC.

alternativo, y, de otro, el menor grado en que este intervenga en el derecho fundamental”<sup>58</sup>.

Así, una medida será necesaria si el legislador no habría podido elegir otro medio igualmente eficaz, pero nada o sensiblemente menos restrictivo del derecho que el empleado finalmente; o cuando una finalidad no se puede alcanzar con otro tipo de medidas que coarten menos la libertad.

Dicho negativamente, una medida que restringe un derecho fundamental será innecesaria cuando resulta evidente la manifiesta suficiencia de un medio alternativo menos restrictivo de derechos para la consecución igualmente eficaz de las finalidades deseadas por el legislador.

### **c. El juicio de proporcionalidad strictu sensu**

#### ***c.1. La ley de la ponderación***

Para que una medida idónea y necesaria sea proporcionada debe superar aún el llamado juicio de proporcionalidad en sentido estricto o sencillamente juicio de ponderación. A través de este juicio se exige que la medida que restringe un derecho fundamental “se encuentre en una relación adecuada [*angemessenem Verhältnis*] con el peso y la significación del derecho fundamental. Generalmente se admite que se está frente a una relación adecuada o razonable cuando existe un equilibrio entre las ventajas o beneficios y las desventajas o los costos que conlleva adoptar la medida restrictiva de un derecho fundamental.

---

<sup>58</sup> EXP. N. 0050-2004-AI/TC.

Definida la relación razonable como una relación de equilibrio se podrá llegar a admitir que a mayor beneficio se permitirá una mayor restricción del derecho constitucional. Este es, en buena cuenta, el contenido de la propuesta Ley de ponderación por Alexy, que dice: “cuanto mayor es el grado de la no satisfacción de un principio, tanto mayor tiene que ser la importancia de la satisfacción del otro”<sup>59</sup>.

### *c.2. Vinculación a la teoría de los derechos fundamentales como principios*

Para advertir la vinculación del juicio de proporcionalidad en sentido estricto con la teoría de los derechos fundamentales como principios, se asumirá lo siguiente: que P1 es un derecho fundamental que entra en contraposición con P2 (otro derecho fundamental o bien jurídico constitucional), que M1 es una medida adoptada con la finalidad F consistente en el favorecimiento de P1, pero que restringe a P2. La vinculación del juicio de proporcionalidad en sentido estricto con la concepción de los derechos fundamentales como principios queda manifestada cuando se constata que precisamente por considerarse que tanto P1 como P2 son principios, es decir, que son mandatos de optimización, la medida M1 debe al menos generar un beneficio a P1 de la misma importancia que el perjuicio que causa a P2.

Es decir, no sería posible hacer prevalecer una optimización de uno por sobre la del otro sin antes haber sopesado con cuál de los dos mandatos de optimización se generan más beneficios y menos perjuicios para los derechos fundamentales en

---

<sup>59</sup> ROBERT, Alexy. Teoría de los... Ob. Cit., p. 161.

juego. Si no fuesen considerados como principios, la adopción de M1 se produciría al margen de la justificación del grado de restricción o perjuicio que pueda sufrir P2<sup>60</sup>.

Asumiendo que en las circunstancias del caso concreto (C) la adopción de M1 supondrá una relación razonable entre los beneficios que signifique a P1 y los perjuicios que produzca sobre P2, M1 será proporcionada. Por lo tanto, esta medida será constitucional y la lesión, sacrificio o restricción que pueda suponer sobre P2 está constitucionalmente justificada.

Esto significará que P1 es el derecho fundamental victorioso, y P2 el derecho fundamental derrotado. De modo que frente a la cuestión decisiva de determinar “bajo cuales condiciones cuál principio tiene precedencia y cuál debe ceder”<sup>61</sup>, la respuesta es que P1 precede a P2 en las circunstancias del caso concreto: (P1 P P2) C. En estas circunstancias estaría permitido lesionar, sacrificar, restringir P2.

### **2.2.3. Instituciones penales del crimen organizado**

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

---

<sup>60</sup> ROBERT, Alexy. La construcción... Ob. cit. p. 99.

<sup>61</sup> Ibidem.

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 trivial sino de fondo.<sup>62</sup>

En este sentido, conforme anotó en su momento Delgado Martín<sup>63</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.

#### **A. Desde el Derecho Penal<sup>64</sup>:**

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 –repito- de la descripción fenomenológica de la conducta criminal-.

---

<sup>62</sup> PÉREZ ARROYO, Miguel (2011). “Criminalidad y Delincuencia Organizada en el Nuevo Proceso Penal”. En: Gaceta Penal y Procesal Penal. Tomo 30. Diciembre, Lima: Gaceta Jurídica, p. 379.

<sup>63</sup> DELGADO MARTÍN, Joaquín (2001). Criminalidad Organizada. Barcelona: Bosh, p. 35.

<sup>64</sup> PÉREZ ARROYO, Miguel (2011). Ob. cit. pp. 379 y ss.

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.

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>65</sup>.

#### **B. Desde el derecho Procesal Penal<sup>66</sup>:**

La ideación y utilización de los actos de investigación intensificados en su lógica indagativa y por su 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.

---

<sup>65</sup> Cfr. SILVA SÁNCHEZ, Jesús María (2006). La Expansión del Derecho Penal. 2da. Edición. Barcelona: Civitas.

<sup>66</sup> PÉREZ ARROYO, Miguel (2011). Ob. cit. pp. 379 y ss.

### **C. Desde el Derecho Orgánico y Jurisdiccional<sup>67</sup>:**

La ideación y creación de unidades operativa especiales tanto a nivel de Policía<sup>68</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).

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 N° 30077 realiza esfuerzos en cuanto a su encuadramiento conceptual sobre la base de su descripción fáctica<sup>69</sup>.

En su momento Prado Saldarriaga<sup>70</sup> determinó acertadamente que un adecuado concepto de criminalidad organizada debería incluir los siguientes puntos:

---

<sup>67</sup> Ibidem

<sup>68</sup> Como el de la reciente creación en fecha 07.07.2014 de la Unidad de Investigación Policial en Lavado de Activos: Vid. <http://www.larepublica.pe/10-07-2014/ministro-urresti-presenta-nuevadireccion-de-investigacion-de-lavado-de-activos>.

<sup>69</sup> Vid. Art. 2 Ley 30077.

<sup>70</sup> PRADO SALDARRIAGA, Víctor (2006). Criminalidad Organizada, Editorial Idemsa, Lima, p. 44.



- 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.
- 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>71</sup>.

Por su parte, González Martín<sup>72</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. 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

---

<sup>71</sup> Ibidem.

<sup>72</sup> DELGADO MARTÍN, Joaquín. Ob. cit., p. 121.

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>73</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 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

---

<sup>73</sup> PÉREZ ARROYO, Miguel. Ob. cit., p. 380.

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>74</sup> Prado Saldarriaga<sup>75</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 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>76</sup>, similar a la mentalidad de una empresa mercantil.

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

---

<sup>74</sup> CHONCLAN MONTALVO, José Antonio (2000). La organización criminal: tratamiento penal y procesal penal. Madrid: Dykinson, pp. 7-9.

<sup>75</sup> PRADO SALDARRIAGA, Víctor. Ob. cit., p. 33 y ss.

<sup>76</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.

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 S. XVIII 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 análisis, aun cuando se notan deficiencias en la misma:

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 trasnacional 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>77</sup> que son de la posición que la criminalidad organizada y la delincuencia organizada son conceptos idénticos, nosotros resaltamos la importancia de distinguirlos<sup>78</sup>.

En este sentido, la criminalidad organizada representa una estructura de configuración jerarquizada y tendiente a la subordinación que, por lo mismo, 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 palabra de Macintosh, “organizaciones picarescas”<sup>79</sup>.

---

<sup>77</sup> DELGADO MARTÍN, Joaquín. Ob. cit., p. 22.

<sup>78</sup> PÉREZ ARROYO, Miguel. Ob. cit., pp. 363 y ss.

<sup>79</sup> MACINTOSH, Mary (2010). La organización del crimen. México: Siglo XIII, pp. 35 y ss.



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>80</sup>.

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.

---

<sup>80</sup> *Ibíd*em

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>81</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 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.

### 2.3. Definición de términos<sup>82</sup>

- a. Crimen organizado.-** Es un fenómeno sociológico creciente, que va evolucionando en forma paralela con la sociedad postindustrial, siendo preocupante para nuestra sociedad actual; sus riesgos son extraordinarios no solo para la propia seguridad de los ciudadanos, sino para el conjunto del Estado de Derecho. Este tipo de delincuencia es un fenómeno relativamente

---

<sup>81</sup> ANARTE BORRALLO, Enrique (1999). Aspectos penales, procesales y criminológicos. Universidad de Huelva, Huelva, p. 22.

<sup>82</sup> Cfr.: LUJAN TÚPEZ; Manuel (2013). Diccionario Penal y Procesal Penal, Lima: Gaceta Jurídica, BASTOS PINTO, Manuel (2012). Diccionario de Derecho Constitucional Contemporáneo. Lima: Gaceta Jurídica. Así mismo Enciclopedia Jurídica Omeba, versión online, En: [www.omeba.com](http://www.omeba.com) (consultado el 20 de febrero del 2019).

nuevo y que presenta importantes diferencias respecto a las ya conocidas formas tradicionales de llevar a cabo los ilícitos.

**b. Ciudadano.-** Günter sostiene que hay que distinguir entre delincuentes que han cometido un error y aquellos que pueden destruir el ordenamiento jurídico. Los primeros son personas y deben ser tratados como tales, pues ofrecen garantía cognitiva suficiente de un comportamiento personal. A quienes no ofrecen esa seguridad cognitiva, el Estado no debe tratarlos como persona, pues entonces vulneraría el derecho a la seguridad de las demás personas. En palabras de Kant, según Jakobs, separarse de los enemigos significa protegerse frente a ellos.

**c. Derecho Penal del Enemigo.-** 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 y al que hiciera alusión precedentemente. Este concepto fue introducido en el debate por Günther Jakobs, en dos etapas diferentes. En 1985 se produce la primera de ellas, bastante más amplia, en la que vincula el concepto de Derecho Penal del Enemigo hacia los delitos de puesta en riesgo y delitos cometidos dentro de la actividad económica. Mientras que a partir de 1999 surge una segunda fase orientada hacia delitos graves contra bienes jurídicos individuales, especialmente los delitos de terrorismo.

**d. 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.

- e. Dogmática penal.-** La dogmática jurídico-penal ordena los conocimientos, las particularidades, establece categoría, conceptos, construye sistemas, interpreta, sistematiza, todo en referencia al derecho positivo: su finalidad es proporcionar seguridad jurídica de otro modo inexistente.
- f. Endurecimiento de las penas.-** Los últimos cambios legislativos en materia penal, demuestran una tendencia al endurecimiento de la represión, al endurecimiento de las penas y al tratamiento desigual de ciertos sujetos delincuentes, a los que se les aplica un régimen penológico y de ejecución penal distinto y más gravoso. Lo que habría que preguntarse es a qué responde esta tendencia legislativa, en qué se basa, dónde encuentra su fundamento y sobre todo su legitimidad.
- g. Garantías constitucionales.-** Son los medios o instrumentos que la Constitución Política pone a disposición de los ciudadanos para sostener y defender sus derechos frente a las autoridades, individuos o grupos sociales.
- h. Interdicción de la arbitrariedad.-** Es un principio fuerte a favor de la justificación de las decisiones judiciales, ya que el respeto de este principio implica la fundamentación en base a razones objetivas de la decisión judicial, es decir, han de ser las razones ofrecidas por el Juez las que justifiquen la decisión, más no se tolerará aquellas decisiones que se basen en la voluntad o en el capricho del juzgador, puesto que la misma devendrá en una decisión arbitraria.
- i. Política criminal de emergencia.-** De acuerdo con lo que se ha tenido ocasión de apuntar en el epígrafe anterior, la denominada “cultura de emergencia” se enmarca en un contexto caracterizado por la crisis del ideal

resocializador que informaba la función del sistema penal del Estado del bienestar. En este orden de cosas, se verifica que medidas que antes eran adoptadas durante periodos de excepción o de emergencia se han generalizado para convertirse en la regla.

**j. Proporcionalidad.-** Es un principio general de rango constitucional que tiene por función controlar todos los poderes públicos en los que pueden verse lesionados los derechos fundamentales.

**k. Razonabilidad.-** Es una eficaz herramienta del control de la constitucionalidad de las leyes y, se desdobra en tres subprincipios: el de adecuación, el de necesidad y el de razonabilidad en sentido estricto.

### III. METODOLOGÍA

#### 3.1. Tipo y diseño de investigación

- **Tipo de investigación:** Corresponde a una investigación Teórica o Dogmática<sup>83</sup>, que permitió ampliar y profundizar conocimientos sobre el problema del principio de proporcionalidad y la legitimación de las instituciones penales en los delitos del crimen organizado en el Perú.
- **Tipo de diseño:** Corresponde a la denominada No Experimental<sup>84</sup>, debido a que carece de manipulación intencional de la variable independiente, además no posee grupo de control ni experimental; su finalidad fue explicar sobre el principio de proporcionalidad y la legitimación de las instituciones penales en los delitos del crimen organizado en el Perú.
- **Diseño General:** Se empleó el diseño Transversal<sup>85</sup>, cuya finalidad fue recolectar datos del hecho jurídico en un solo momento o en un tiempo único. Su propósito fue describir y analizar las variables de estudio sobre el principio de proporcionalidad y la legitimación de las instituciones penales en los delitos del crimen organizado en el Perú.
- **Diseño específico:** Se empleó el diseño explicativo<sup>86</sup>, toda vez que se estudió los factores que generan situaciones problemáticas dentro de un

---

<sup>83</sup> Cfr. SOLÍS ESPINOZA, Alejandro (2001). Metodología de la Investigación Jurídico Social. Lima. Así mismo siendo una investigación dogmática, de naturaleza teórica no es requisito la delimitación temporal ni espacial, requisito válido solo para las investigaciones empíricas o jurídicas sociales, que no es el caso de la presente investigación. Por tanto especificar el lugar y tiempo de ejecución no es necesario.

<sup>84</sup> ROBLES TREJO, Luis et al (2012). Fundamentos de la investigación científica y jurídica. Lima: Editorial Fecatt, p. 34.

<sup>85</sup> HERNÁNDEZ SAMPIERI, Roberto et al (2010). Metodología de la Investigación. México: Editora McGraw-Hill, p. 151.

<sup>86</sup> Ibid. p. 155.

determinado contexto y poder explicar el comportamiento de las variables de estudio del problema planteado sobre el principio de proporcionalidad y la legitimación de las instituciones penales en los delitos del crimen organizado en el Perú.

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

A continuación, se detallan las actividades del proceso que se siguió en la construcción de la información y/o conocimiento; cuyos pasos a seguir fueron:

- a) selección de la información y categorías que fue estudiada;
- b) selección de las unidades de análisis, y
- d) selección del sistema de análisis de la información
- e) Discusión, interpretación y sistematización de la información

#### **3.2.1. Población<sup>87</sup>**

- **Universo Físico:** Estuvo constituida por el ámbito mundial y nacional.
- **Universo Social:** La población materia de estudio se circunscribió a los juristas que han desarrollado la dogmática jurídica y a la jurisprudencia existente sobre el problema de investigación.
- **Universo temporal:** El período de estudio correspondió al año 2019.

---

<sup>87</sup> ZELAYARAN DURAND, Mauro (2007). Metodología de la investigación jurídica. Lima: Ediciones Jurídicas, pp. 251- 258.

### 3.2.2. Muestra<sup>88</sup>

- **Tipo:** No Probabilística.
- **Técnica muestral:** Intencional.
- **Marco muestral:** Doctrina, Jurisprudencia, Normatividad.
- **Unidad de análisis:** Elementos documentales.

### 3.2.3. Unidad de Análisis

La unidad de análisis estuvo conformada por las fuentes documentales: Doctrina, Jurisprudencia, normatividad, compuesta por:

- Unidad temática: Constituido por las variables de estudio
- Categorización del tema: En base a los indicadores se estableció las categorías de análisis.
- Unidad de registro: Documental y Personal en base al análisis de categorías e información en las fuentes del derecho, obtenidos mediante los IRI.

### 3.3. Instrumentos(s) de recolección de la información<sup>89</sup>.

- a) Para recoger la información necesaria y suficiente para alcanzar los objetivos de la investigación se empleó la Técnica Documental, cuyos instrumentos fueron las fichas Textuales, Resumen y comentario, a través del cual se obtuvo información de la doctrina.

---

<sup>88</sup> Ibid., pp. 251- 258.

<sup>89</sup> ZELAYARAN DURAND, Mauro. Ob. Cit., pp. 127-132.



- b) También se empleó la técnica de Análisis de contenido, cuyo instrumento fue la ficha de análisis de contenido, con el cual se obtuvo información de la jurisprudencia.
- c) Para sistematizar la información en un todo coherente y lógico, es decir, ideando una estructura lógica, un modelo o una teoría que integre esa información, se empleara el Método de la Argumentación Jurídica.

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

Para el procesamiento y análisis de los datos teóricos se empleó la técnica del análisis cualitativo<sup>90</sup>, toda vez que en la investigación jurídica dogmática no admiten las valoraciones cuantitativas. Este enfoque recoge recopila, analiza e interpreta la información, con la finalidad de comprender el problema planteado y buscar soluciones.

Por la naturaleza de la investigación desarrollada, se empleó el método de la argumentación jurídica, por considerar que el derecho es una ciencia argumentativa<sup>91</sup>. En consecuencia, partiendo que los argumentos son las razones aducidas en la justificación de la interpretación de un texto jurídico (doctrinal o normativo, fue empelando para justificar los fundamentos para ser extensibles las obligaciones alimentarias respecto de los denominados hijos afines surgidos de las familias ensambladas en la legislación civil peruana.

Por lo que, la función de la argumentación en el discurso jurídico es relevante tanto en la investigación como en la toma de decisiones, por su carácter de

---

<sup>90</sup> BRIONES, Guillermo (1986). Métodos y Técnicas de Investigación para las Ciencias Sociales. México: Trillas, p. 43.

<sup>91</sup> Cfr. ATIENZA, Manuel (2006). El derecho como argumentación. Barcelona: Ariel.

fundamentación del significado atribuido a los enunciados normativos y las consecuencias jurídicas que de ello pueden derivarse, lo que permitió validar la hipótesis.<sup>92</sup>

---

<sup>92</sup> ROBLES TREJO, Luis (2014). Guía metodológica para la elaboración del proyecto de Investigación Jurídica. Lima: Ffecaat, p. 58 y ARANZAMENDI, Lino (2011). Fundamentos Epistemológicos de la Investigación básica y aplicada al Derecho. Lima: Grijley, pp. 112 y ss.

## IV. RESULTADOS

### 4.1. Resultados normativos: El delito de organización criminal: definición, estructura y sanción

#### 4.1.1. Elementos esenciales

El delito de organización criminal se encuentra tipificado en el artículo 317° del Código Penal peruano, según el cual: “El que promueva, organice, constituya, o integre una organización criminal de tres o más personas con carácter estable, permanente o por tiempo indefinido, que de manera organizada, concertada o coordinada, se repartan diversas tareas o funciones, destinada a cometer delitos será reprimido con pena privativa de libertad no menor de ocho ni mayor de quince años y con ciento ochenta a trescientos sesenta y cinco días – multa, e inhabilitación conforme al artículo 36, incisos 1), 2), 4) y 8).

La pena será no menor de quince ni mayor de veinte años y con ciento ochenta a trescientos sesenta y cinco días – multa, e inhabilitación conforme al artículo 36, incisos 1), 2), 4) y 8) en los siguientes supuestos:

Cuando el agente tuviese la condición de líder, jefe, financista o dirigente de la organización criminal. Cuando producto del accionar delictivo de la organización criminal, cualquiera de sus miembros causa la muerte de una persona o le causa lesiones graves a su integridad física o mental.”

Asimismo, se define en el artículo 2° inciso 1 de la Ley N° 30077, “Ley contra el crimen organizado”, de la siguiente manera: “Una organización criminal es aquella agrupación que cuenta con tres miembros o más, entre quienes se

reparten tareas o funciones, cualquiera sea su estructura y ámbito de acción, que tenga carácter estable o tiempo indefinido, funcione de manera coordinada y tenga el propósito de cometer delitos”.

#### **4.1.1.1. Integrantes**

Según el tipo penal, se requiere (como mínimo) que la organización criminal esté conformada por tres miembros, entre los cuales se repartan tareas o funciones. Sin embargo, debemos advertir que no bastará probar la pluralidad de miembros para encontrarnos frente a una organización criminal, ya que este elemento debe ser analizado en conjunto con los otros que señala nuestro Código Penal. Asimismo, es importante diferenciar a los sujetos que tengan la calidad de líder, jefe, financista o dirigente de la organización criminal<sup>93</sup>, pues estos tendrán una pena mayor respecto de los demás integrantes. Como menciona Prado Saldarriaga<sup>94</sup>:

Será líder aquel agente que actúe como guía y posea amplias facultades de orientación, conducción y coordinación de las actividades delictivas del grupo. En este caso no existe una relación vertical ni se ejerce mandato coactivo sobre los otros miembros. Por lo general, conducen organizaciones que se dedican a cometer delitos de alta especialización.

El jefe es un órgano intermedio. Se encuentra subordinado al poder central del dirigente, pero posee autonomía a nivel operativo dentro de la organización;

---

<sup>93</sup> No será necesario que existan todas estas figuras dentro de la organización criminal.

<sup>94</sup> PRADO SALDARRIAGA, Víctor (2017). Derecho Penal parte especial: Los delitos. Lima: Fondo Editorial PUCP, p. 156 y 157.

por lo que, tiene control sobre la ejecución de las acciones delictivas que deben cumplir quienes están bajo su mando. Esta figura aparece frecuentemente en las organizaciones descentralizadas que adoptan la estructura de la jerarquía regional.

Respecto del financista, este se trata de un gestor especializado y de confianza encargado de proyectar, procurar, suministrar o administrar los recursos financieros y logísticos que requiera la organización para poder operar. Además, también suele encargarse de controlar el aspecto económico de las ganancias ilícitas y de contactar las operaciones de lavado de activos para así asegurarlas y reinvertirlas.

El dirigente es un órgano central que tiene poder al interior de la organización y ejerce posición de mando. Define y ordena las actividades de los integrantes de modo directo y vertical. Aparece en las estructuras criminales rígidas, denominadas de “jerarquía estándar”. Está destinada a la comisión de delitos violentos.

#### **4.1.1.2. Estructura y tareas entre los miembros**

En el tipo penal no se define cómo tiene que ser la estructura de una organización criminal. En otras palabras, no existe uniformidad en ella, sino que varía según el origen, grado de desarrollo alcanzado, el tipo de actividades delictivas que realiza o el número de integrantes<sup>95</sup>. Por lo que, hay organizaciones

---

<sup>95</sup> PRADO ALDARRIAGA, Víctor (2018). “Sobre la criminalidad organizada en el Perú y el artículo 317 del Código Penal”. En: <https://bit.ly/2j5vCCS>. Consulta: 11 de junio de 2019.

con estructuras altamente jerarquizadas, así como también estructuras flexibles que buscan adaptarse a esquemas corporativos horizontales<sup>96</sup>.

El Acuerdo Plenario N° 01-2017-SPN, señala que la estructura de la organización criminal puede deducirse a partir del análisis de las tareas conjuntas y actividades que realizan sus integrantes. Siendo ello así, no bastará la sola presentación de un organigrama, sino que será necesario probar dichas actividades para así acreditar la estructura de la organización criminal<sup>97</sup>.

Así mismo, en la Apelación N° 06-2018-1, la Corte Suprema de Justicia de la República<sup>98</sup>, citando a Zúñiga Rodríguez, se mencionan los elementos a tener en cuenta en la configuración estructural de la organización, como es poseer medio técnicos materiales y personales, objetivos comunes, códigos de conducta comunes, un sistema de toma de decisiones propio, regulaciones de las relaciones entre los miembros y de relaciones con el mundo exterior, así como una tendencia a la auto conservación.

#### **4.1.1.3. Temporalidad**

El tipo penal no exige un periodo de tiempo para poder considerar organización criminal a un grupo de personas, ya que esta puede tener carácter estable, permanente en el tiempo, o tiempo indefinido.

---

<sup>96</sup> Ibidem.

<sup>97</sup> De acuerdo con el fundamento 19 del Acuerdo Plenario N° 01-2017-SPN. Es importante señalar que no siempre se tratan de estructuras piramidales, sino que también existen estructuras horizontales

<sup>98</sup> Apelación N° 06-2018-1. Sentencia emitida por la Sala Penal Especial el 7 de noviembre de 2018.

#### **4.1.1.4. Finalidad**

Como lo menciona el tipo penal, basta el propósito de cometer delitos, por lo que no será necesario que la organización cometa crímenes para poder sancionarlos. Y ello, porque se trata de un delito de peligro abstracto<sup>99</sup> destinado a reprimir comportamientos criminológicos, para así evitar poner en peligro bienes jurídicos tutelados por el Derecho Penal<sup>100</sup>. Se trata, en palabras de Zúñiga Rodríguez, de una figura de adelantamiento de la intervención penal, porque castiga un ámbito previo a la comisión de delitos<sup>101</sup>. Lo que sí será indispensable es que se trate de una organización idónea para cometer delitos.

#### **4.1.1.5. Conductas sancionadas por el tipo penal**

Las conductas sancionadas por el tipo penal son: constituir, organizar, promover o integrar una organización criminal. “Constituir” implica dar nacimiento formal a la estructura criminal de la organización. En tal acto fundacional se define la composición funcional, los objetivos, las estrategias de desarrollo, la forma de operar, y las acciones inmediatas y futuras de la organización<sup>102</sup>.

“Organizar” comprende todo acto dirigido a diseñar y proporcionar una estructura funcional y operativa a la organización ya constituida. Quien organiza construye el organigrama y la dota de un orden para su funcionamiento<sup>103</sup>.

---

<sup>99</sup> PRADO SALDARRIAGA, Víctor. Ob. cit. p. 148.

<sup>100</sup> ZÚÑIGA RODRÍGUEZ, Laura (2018). “Comentarios al art. 317 del Código Penal: La criminalización de las asociaciones ilícitas a la luz del Derecho Comparado”. En: Criminalidad de empresa y Criminalidad Organizada. Lima: Jurista Editores. p. 517.

<sup>101</sup> Ídem. p. 515.

<sup>102</sup> PRADO SALDARRIAGA, Víctor. Ob. cit. p. 153.

<sup>103</sup> Ibid., pp. 153 y 154.

“Promover” involucra la posterior realización de actos de difusión, consolidación y expansión de la ya creada organización e incluso en plena ejecución del proyecto delictivo. La persona que promueve se encuentra a cargo del proceso de planificación estratégica orientada al futuro del grupo. Buscará alianzas, así como impulsar la diversificación de las actividades ilícitas<sup>104</sup>.

Finalmente, “integrar” comprende cualquier acto de adhesión personal y material a una estructura preexistente. De tal modo que la persona se somete a los propósitos de la organización, comprometiéndose, de manera expresa o implícita, a realizar las tareas que le sean asignadas<sup>105</sup>.

#### **4.1.2. Características adicionales**

La doctrina señala características adicionales a los elementos esenciales ya mencionados, como son la búsqueda de impunidad (redes de protección); el secretismo o clandestinidad; las vinculaciones con el mundo empresarial o con la política, y el carácter transnacional o internacional de sus actividades<sup>106</sup>.

#### **4.1.3. Diferencias con el delito de banda criminal**

El artículo 317-B tipifica el delito de banda criminal, el cual se diferencia de la organización criminal, principalmente, por el número de miembros, pues para este delito solo se exige como mínimo 2 integrantes. Asimismo, estaremos

---

<sup>104</sup> Ibid., p. 154.

<sup>105</sup> Ibid., pp. 153 y 154.

<sup>106</sup> ZÚÑIGA RODRÍGUEZ, Laura (2008). “Criminalidad organizada y Derecho penal, dos conceptos de difícil conjunción”. En: AA. VV. Cuestiones actuales del Derecho penal. Crisis y desafíos. Lima: Ara Editores, pp. 140-149.



ante una organización criminal cuando falte alguno de los supuestos mencionados por el tipo penal del delito de organización criminal.

Como señala Zúñiga Rodríguez, se trataría de una simple conexión de personas con cierto grado de planificación y estabilidad para la comisión de delitos<sup>107</sup>.

## **4.2. Resultados teóricos: Posiciones doctrinarias**

### **4.2.1 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.

---

<sup>107</sup> Ibid., p. 233 y 234.

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>108</sup>.

En efecto, Jesús María 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

---

<sup>108</sup> Cfr. MUÑOZ CONDE, Francisco (1996). “El moderno derecho penal en el nuevo código penal. Principios y tendencias”, Madrid: La Ley: Revista jurídica española de doctrina, jurisprudencia y bibliografía, N. 3, p.34

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>109</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.

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

---

<sup>109</sup> SILVA SÁNCHEZ, Jesús María (2006), “La expansión del Derecho penal. Aspectos de la Política criminal en las sociedades postindustriales”, 2da. edición, Montevideo-Buenos Aires: BdeF, p. 56

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>110</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.

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

---

<sup>110</sup> DONNA, Edgardo Alberto (2006). "Derecho Penal, Parte General", Tomo I (Fundamentos - Teoría de la ley penal), 1ª ed., Buenos Aires: Rubinzal Culzoni Editores, p. 78.

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.

#### **4.2.2 Características del Derecho penal moderno y sus críticas**

Según Hassemer<sup>111</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.

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

---

<sup>111</sup> HASSEMER, Winfried (1989), "Lineamientos de una teoría personal del bien jurídico", traducción al castellano de Patricia Ziffer, En: Doctrina Penal, N. 46/47, Buenos Aires, pp. 89 y ss.

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>112</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 ultima ratio del ordenamiento jurídico, el Derecho penal, sin 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

---

<sup>112</sup> MUÑOZ CONDE, Francisco (2003). “¿Hacia un derecho penal del enemigo?”, publicado en El País, Madrid-España, el 15 de enero del 2003, p. 36.

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>113</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 produce la sanción de conductas concretas lesivas, sino de construcciones de

---

<sup>113</sup> CÓRDOBA RODA, Juan (1996). “Nuevas formas de delito y principio de intervención mínima”. En: *La Ley: Revista jurídica española de doctrina, jurisprudencia y bibliografía*, N° 3, Madrid, p. 53

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>114</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 jurídico o que éste sea concretamente puesto en peligro, sino que alcanza con que se verifique una

---

<sup>114</sup> HASSEMER, Winfried (1989). "Lineamientos de una teoría personal del bien jurídico", traducción al castellano de Patricia Ziffer en *Doctrina Penal*, N. 46/47, Buenos Aires, p. 78

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>115</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>116</sup>.

La segunda característica consiste en que el Derecho penal moderno convirtió la prevención, antes considerada como una meta secundaria del Derecho penal, en

---

<sup>115</sup> GOUVERT, Juan F. (2007). “Reflexiones actuales sobre el riesgo procesal”, En: La Ley, Jurisprudencia, 1-Jun-2007, Madrid, p. 38

<sup>116</sup> Ibid., p. 34

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>117</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.

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 delinquido

---

<sup>117</sup> Citado por CAFFERATA NORES, José (1997). Cuestiones actuales sobre el proceso penal. Buenos Aires: Del Puerto, p. 65.

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>118</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 la libertad, en cuyo caso la corrección se expresa en la idea de readaptación social, lo

---

<sup>118</sup> TERRAGNI, Marco Antonio (2006). “El delito culposo”, , Buenos Aires: Rubinzal Culzoni, pp. 56-60.

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>119</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>120</sup>.

Siguiendo con las explicaciones de Hassemer, la tercera y última característica es la conversión por el “Derecho penal moderno de la orientación a

---

<sup>119</sup> ZAFFARONI, Eugenio R. (1998). “La creciente legislación penal y los discursos de emergencia”, *Teorías Actuales en el Derecho Penal*, Buenos Aires: Ad-Hoc, p. 67.

<sup>120</sup> Citado por PONZUELO PÉREZ, Laura, “El debate sobre la expansión del Derecho penal”, en el libro homenaje al profesor Günther Jakobs “El Funcionalismo en Derecho Penal”, Tomo II, editado por el RAGUÉS, Ramón (2003), “Retos actuales de la Política Criminal y la Dogmática Penal”, En: *Pensamiento Penal y Criminológico - Revista de Derecho Penal Integrado*, año IV, No. 6, Córdoba: Mediterránea, p. 28.

las consecuencias en una meta dominante”, siendo que el Derecho penal clásico 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>121</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

---

<sup>121</sup> HASSEMER, Winfried (1993). “Crisis y características del moderno derecho penal”. traducción al castellano por Francisco Muñoz Conde. En: Actualidad Penal, N. 43, Madrid, p. 27.

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 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>122</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>123</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>124</sup>.

#### **4.2.3 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

---

<sup>122</sup> VELÁSQUEZ VELÁSQUEZ, Fernando (1995). Derecho Penal. Parte General, 2ª ed., Bogotá: Temis, p. 47.

<sup>123</sup> Ibidem

<sup>124</sup> MUÑOZ CONDE, Francisco (1996). “El moderno derecho penal en el nuevo código penal. Principios y tendencias”, Ob. cit., p. 43.

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 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>125</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

---

<sup>125</sup> PONZUELO PÉREZ, Laura (2003). “El debate sobre la expansión del Derecho penal”, en el libro homenaje al profesor Günther Jakobs “El Funcionalismo en Derecho Penal”. En: RAGUÉS, Ramón (Editor). Retos actuales de la Política Criminal y la Dogmática Penal – Pensamiento Penal y Criminológico - Revista de Derecho Penal Integrado, año IV, No. 6, Córdoba: Mediterránea, , p. 28.

realizar ese tipo de conductas, y que tal respuesta jurídica distinta 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>126</sup>.

También redundante es 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

---

<sup>126</sup> SILVA SÁNCHEZ, Jesús (2006). La expansión del Derecho penal. Aspectos de la Política criminal en las sociedades postindustriales. 2da. edición, Montevideo-Buenos Aires: BdeF, p. 58.

sistema monetario, pues lo contrario alteraría gravemente el 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<sup>127</sup>.

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>128</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

---

<sup>127</sup> Ibidem

<sup>128</sup> Ibidem

rechazable, pero se trata ya de una cuestión independiente del fenómeno de la expansión del Derecho penal sobre nuevos ámbitos.

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>129</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,

---

<sup>129</sup> SERRANO TÁRRAGA, María Dolores (2005). La expansión del Derecho penal en el ámbito de la delincuencia económica. La tutela penal de los mercados financieros”, Revista de Derecho Vol. XVIII, N° 1, Julio – Valdivia - Chile, p. 57.

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 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 standars administrativos establecidos<sup>130</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.

---

<sup>130</sup> SILVA SÁNCHEZ, Jesús (2006). La expansión del Derecho penal. Ob. cit., p. 58.

#### **4.2.4. El discurso del derecho penal del enemigo como tercera velocidad del derecho penal**

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>131</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

---

<sup>131</sup> JAKOBS, Günther - CANCIO MELIÁ, Manuel (2003). Derecho penal del enemigo. Madrid: Thomson-Civitas, p. 23.

Derecho penal del enemigo, pero que a lo largo de la historia hemos visto como el Derecho de las medidas de seguridad aplicables a los imputables peligrosos<sup>132</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 Torres

---

<sup>132</sup> Ibidem

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>133</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

---

<sup>133</sup> MUÑOZ CONDE, Francisco (2003), ¿Hacia un derecho penal del enemigo?, publicado en El País, el 15 de enero del 2003, p. 47

pragmática”... “postulando que es menester ceder garantías para aumentar la seguridad, o sea que da por sentada una relación inversa entre garantías y seguridad”.<sup>134</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>135</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

---

<sup>134</sup> ZAFFARONI, Eugenio Raúl (2005). En torno a la cuestión penal. Montevideo - Buenos Aires: BdeF, p. 33.

<sup>135</sup> BINDER, Alberto (1997). Política criminal de la formulación a la praxis. Buenos Aires, Ad-hoc., p. 39.

nacional” años atrás y el de la “seguridad ciudadana y el Derecho penal del enemigo” en la actualidad.

Pues bien, no caben dudas que el Derecho penal 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>136</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.

---

<sup>136</sup> ZAFFARONI, Eugenio R. (1998). “La creciente legislación penal y los discursos de emergencia”, En: Teorías Actuales en el Derecho Penal, Buenos Aires: Ad-Hoc, p. 43.

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.

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<sup>137</sup>.

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

---

<sup>137</sup> Cfr. FERRAJOLI, Luigi (1997). Derecho y razón. Teoría del garantismo penal. Madrid: Trotta.



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>138</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>139</sup>

---

<sup>138</sup> Ibidem.

<sup>139</sup> Cfr. SILVA SÁNCHEZ, Jesús (2006). La expansión del Derecho penal. Ob. cit., pp. 45 y ss.

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 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.

#### **4.2.5. 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, aun 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>140</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

---

<sup>140</sup> DENCKER, Friedrich (1998), “Criminalidad organizada y procedimiento penal”, En: Nueva Doctrina Penal, Buenos Aires: Del Puerto, p. 45

científico de los presupuestos indispensables para una convivencia social libre y segura. Advierte que este fenómeno es bien conocido 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>141</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

---

<sup>141</sup> ROXIN, Claus (2007). “Pasado, presente y futuro del Derecho procesal penal”, versión castellana de Óscar Julián Guerrero Peralta”, 1ª ed., Buenos Aires: Rubinzal Culzoni, p. 67.

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 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>142</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>142</sup> DENCKER, Friedrich (1998). “Criminalidad organizada y procedimiento penal”, 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 poco 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>143</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 a la sociedad

---

<sup>143</sup> CAFFERATA NORES, José (1997). Cuestiones actuales sobre el proceso penal. Buenos Aires: Del Puerto, p. 61.

una sensación de solución o reducción del problema, sin erradicarlo o disminuirlo efectivamente<sup>144</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 F. Gouvert. Pero esta primera sensación social de satisfacción ante la pronta respuesta política ¿será suficiente para disminuir la tasa de criminalidad?.<sup>145</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

---

<sup>144</sup> ZAFFARONI, Eugenio R. (1998). “La creciente legislación penal y los discursos de emergencia”, En: Teorías Actuales en el Derecho Penal, Buenos Aires: Ad-Hoc, pp. 39-41.

<sup>145</sup> GOUVERT, Juan F. (2007). “El crecimiento del poder punitivo y sus desbordes”, La Ley, Actualidad, Año LXXI, No. 116, 19-Jun-2007, Madrid, p. 22.

y convertirlo en la forma más barata de sacar de la calle a individuos “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>146</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>147</sup>

---

<sup>146</sup> ROXIN, Claus (2007). Pasado, presente y futuro del Derecho procesal penal. Versión castellana de Óscar Julián Guerrero Peralta”, 1ª ed., Buenos Aires: Rubinzal Culzoni Editores, , 2007, p. 98

<sup>147</sup> DENCKER, Friedrich (1998). “Criminalidad organizada y procedimiento penal”, En: Nueva Doctrina Penal, Buenos Aires: Del Puerto, p. 102.

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 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 cuál 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.

## V. DISCUSIÓN

### 5.1. Discusión normativa y doctrinal sobre la criminalidad organizada en el Perú<sup>148</sup>

El Latinobarómetro destacó en su informe 2018 que la delincuencia constituye el segundo de los principales problemas que aquejan a los ciudadanos en nuestra Región (19%). Sin embargo, en el desagregado por país de este revelador dato psicosocial, los peruanos también califican a la delincuencia como el más importante problema nacional (24%). Ello, por lo demás, es una clara consecuencia de la presencia visualizable y permanentemente socializada en los medios de comunicación, de distintas clases de criminalidad violenta como los robos, la violación sexual, los feminicidios o el sicariato<sup>149</sup>.

Efectivamente, en el caso del Perú, la información suministrada por el Observatorio de Criminalidad del Ministerio Público también advierte que la interacción social y la rutina cotidiana de los ciudadanos peruanos, se encuentran actualmente inmersas en una “escalada de violencia”, la cual, además, es mayormente activada y mantenida con el concurso delictivo de personas jóvenes de la población del país. Por ejemplo, se señala que los implicados en delitos de homicidio, sicariato, robo y extorsión “son en mayor porcentaje jóvenes entre 18 y 34 años”. Ello pone en evidencia una precocidad en el inicio de la carrera criminal violenta y la ostensible falla del Estado en los programas de prevención de la

---

<sup>148</sup> PRADO SALDARRIAGA, Víctor (2019). “La banda criminal en la legislación penal peruana”. En: Legis.pe. Disponible en: <https://lpderecho.pe/banda-criminal-legislacion-penal-peruana-victor-prado-saldarriaga/>.

<sup>149</sup> CORPORACIÓN LATINOBARÓMETRO (2018). Informe 2018- CAF. Santiago de Chile. pp. 57-61.



delincuencia juvenil<sup>150</sup>. Asimismo, en un importante estudio de georeferencia este mismo centro de monitoreo de la criminalidad nacional ha diseñado detallados mapas del delito violento en el Perú, indicando en ellos las áreas geográficas de mayor índice de delincuencia violenta, así como importantes características descriptivas sobre cada tipo de delito, rasgos victimológicos, modus operandi, tasas de frecuencia, etc.<sup>151</sup>

Cabe agregar que otros indicadores nacionales validan tal percepción ciudadana al dar cuenta periódica de la realización de los denominados “Megaoperativos” que ejecutan conjuntamente la Policía Nacional y el Ministerio Público para intervenir y disociar organizaciones criminales dedicadas a la comisión de delitos violentos o a la activación de mercados ilegales. En efecto, según el Ministerio del interior entre julio de 2016 y julio de 2018 se realizaron en el ámbito nacional 144 Megaoperativos que dieron como resultado la desarticulación de 135 organizaciones criminales y la detención de 2088 personas.<sup>152</sup>

Sobre las características de las organizaciones criminales intervenidas se ha señalado lo siguiente: “Las organizaciones criminales capturadas durante los Megaoperativos son diversas y complejas. Su principal objetivo es la generación de ganancias de origen ilícito. Para ello, incursionan en delitos contra el patrimonio

---

<sup>150</sup> OBSERVATORIO DE CRIMINALIDAD (2018). Criminalidad Común 2013- 2018. Ministerio Público-Fiscalía de la Nación. Lima. Octubre, Lima, pp. 16-27.

<sup>151</sup> Cfr. OBSERVATORIO DE CRIMINALIDAD (2018). Mapas del Delito 2013-2017. Ministerio Público-Fiscalía de la Nación. Lima, pp. 10-19.

<sup>152</sup> Cfr. MINISTERIO DEL INTERIOR. Megaoperativos contra el crimen organizado. Primer año de gestión. Lima: GBF Grafic. EIRL, pp. 39-167.

(extorsión, hurto, robo agravado, estafa) y otros que facilitan su accionar criminal (tráfico de armas, corrupción).

Por otro lado, varias organizaciones incurren en delitos contra la vida, el cuerpo y la salud, sicariato, lesiones para asegurar el control territorial de las zonas en las que operan, eliminar oponentes, amenazar a sus víctimas e infundir temor en la población”.

Además, en lo que concierne a su estructura organizacional se ha identificado que “presentan un organigrama complejo, dictado por la especialización y diversificación de roles y funciones. En el caso de las organizaciones que se dedicaban a los delitos patrimoniales violentos en la costa norte del país se pudo constatar que existe una estructura jerárquica. Se identificó un cabecilla-en algunos casos recluido en un establecimiento penitenciario- y uno o varios lugartenientes encargados de supervisar las diferentes actividades criminales de la organización.

Así en las estructuras más complejas existían hasta cinco células especializadas en extorsión, robos agravados, tráfico de terrenos entre otros. Estas células contaban entre sus miembros a ejecutores y colaboradores que brindaban información, prestaban sus nombres para transacciones financieras. Por otro lado en muchas de las organizaciones el control financiero de las actividades delictivas es realizado por familiares o personas que gozan de la confianza del cabecillas.

En el caso de las redes dedicadas al lavado de activos se pudo identificar a núcleos familiares que manejaban las principales empresas de fachada y algunos testaferros involucrados en las actividades financieras. No cuentan con una

estructura jerárquica, pero emplean una red especializada vinculada a las finanzas y actividades empresariales de la organización”.<sup>153</sup>

Ahora bien, en base a la escasa información criminológica y criminalística disponible es pertinente ratificar, como lo hemos señalado en publicaciones anteriores, que en nuestra realidad actual coexisten dos modalidades muy definidas y diferentes de criminalidad organizada. Esto es, se identifican en el entorno nacionalidad una dualidad de manifestaciones paralelas de delincuencia que se realizan y reproducen a partir de estructuras organizacionales de diseño básico o complejo.

Por un lado, se encuentran aquellas estructuras criminales dedicadas a la realización de delitos violentos y de despojo como el robo, el secuestro o la extorsión y a las cuales tradicionalmente se les ha identificado como bandas Y, por otro lado, existen también otras organizaciones criminales de configuración más compleja y especializada dedicada a la instalación y control de mercados de bienes y servicios ilícitos. Se trata de modalidades modernas de criminalidad organizada productiva y que integra a emprendedores con negocios ilegales como el tráfico ilícito de drogas, el lavado de activos, la corrupción administrativa, la minería ilegal o la trata de personas.

A estas últimas se les denomina organizaciones criminales emergentes y son las que general o procesan el mayor flujo del capital componente del producto criminal bruto nacional. La situación, pues, de la criminalidad organizada en el Perú

---

<sup>153</sup> Cfr. MINISTERIO DEL INTERIOR. Megaoperativos contra el crimen organizado. Primer año de gestión .Ob. Cit., pp. 183-186.

del tercer milenio se hace cada vez más sensible y visible a la población del país, aunque resultan todavía nebulosos sus contornos empíricos y su explicación o dimensionamiento etiológico.

En dicho contexto es pertinente destacar que diferentes estudios empíricos han puesto de manifiesto el avance de la criminalidad organizada como poder paralelo y oculto que puede interferir e influenciar en diferentes sectores de la economía, la política y el desarrollo descentralizado del país. Por ejemplo, en la XXXVIII Encuesta del Poder 2018, realizada a por Ipsos Perú para Semana Económica, se identificó al narcotráfico (98%), el crimen organizado (81%) y la minería ilegal (75%) como “los grupos de poder al margen de la ley que tienen mayor capacidad de influir en la política del país”. Cabe agregar también que en comparación con los datos aportados por el mismo sondeo de opinión en el año 2017, se aprecia un incremento porcentual importante en lo que concierne al poder de influencia que hoy ostenta el crimen organizado respecto al año anterior (56%). No ocurre lo mismo en lo que corresponde a la delincuencia común cuya capacidad de influencia en el entorno nacional se identifica como de escaso poder (5% en el año 2018 y 9% en el año 2017).

Otro aspecto importante a tener en cuenta en esta breve caracterización de la situación de la criminalidad organizada en el Perú, guarda relación con las políticas públicas que se diseñan para su prevención y control. En efecto, dado que a aquella modalidad de delincuencia tradicional y agresiva se le coloca siempre como la imagen de la inseguridad ciudadana, es hacia ella donde predominantemente convergen de modo espontáneo, disperso y continuo, un inagotable conjunto de

medidas de orientación punitivista. Las cuales convierten a las penas de cadena perpetua o temporales de 35 años de privación de la libertad, así como a la proliferación de agravantes específicas o de agravantes cualificadas como la reincidencia y la habitualidad, las estrategias más recurrentes contra la criminalidad común y violenta. No obstante, también se han consensuado algunas políticas preventivas a través de programas y planes intersectoriales de seguridad ciudadana.

Paralelamente, en lo que concierne al espacio de la criminalidad organizada emergente, las políticas y estrategias nacionales suelen concentrarse en la búsqueda de una asimilación y alineamiento, lo más afinado posible, a los estándares específicos que establecen los convenios internacionales. En este dominio también se ha vuelto una práctica común del Estado peruano el producir continuamente planes nacionales multisectoriales para atender las formas más representativas de esta criminalidad organizada de orientación emprendedora como la trata de personas, la corrupción, el lavado de activos, la financiación del terrorismo o la minería ilegal.

Un ejemplo adicional de la construcción poco coherente y mayormente coyuntural de la política criminal contra ambas formas de delincuencia organizada, que afectan actualmente a la sociedad peruana, fue la promulgación de la Ley 30077 o Ley Contra el Crimen Organizado del 26 de julio de 2013. Dicha norma reproduce en gran medida iguales objetivos, características y contenidos que poseen otras leyes similares hoy vigentes en varios países de la región que afrontan el mismo fenómeno delictivo. Cabe agregar que las reformas ocurridas en su articulado han

estado, sobre todo, orientadas a potenciar las facultades de investigación y juzgamiento de este tipo de hechos punibles.

Ahora bien, para concluir, es de mencionar que, en relación a indicadores de prevalencia de la criminalidad violenta, el recientemente aprobado Plan Nacional de Seguridad Ciudadana 2019-2023, propone metas cuantitativas de reducción significativa en su Objetivo Estratégico N° 5 referido a la tasa de victimización por delitos cometidos por bandas criminales contra personas naturales o jurídicas. Es así que partiendo de una línea de base que refleja la tasa de incidencia por cada cien mil habitantes en el año 2017, en torno a tres modalidades delictivas (robos en negocios, extorsión y secuestros), se proyecta disminuirla considerablemente hacia el año 2023 en la proporción siguiente:

- Tasa de victimización por robos en negocios 681 se espera reducirla a 437.
- Tasa de victimización por extorsión 402 se espera reducirla a 248.
- Tasa de victimización por secuestro 30 se espera reducirla a 16.

Con relación a las manifestaciones activas de criminalidad organizada en el Perú, seis constituyen las de mayor presencia y operatividad. Se trata en lo específico de las siguientes:

- Tráfico ilícito de drogas
- Minería ilegal.
- Trata de personas.
- Lavado de activos.

- Corrupción.
- Tráfico de terrenos.
- Delitos comunes patrimoniales y contra la libertad ambulatoria.
- Delitos cibernéticos

La experiencia reciente ha mostrado que todas estas modalidades de delincuencia organizada han consolidado sus mercados ilegales, sus circuitos operativos y sus capacidades de influenciar e infiltrar diferentes componentes del entorno nacional. Tal vez el espacio de influencia y penetración que se ha visualizado con mayor intensidad en los últimos cinco años, es aquel que corresponde al escenario político.

En este dominio se han detectado alarmas significativas que comprometen a diversos sectores e instituciones con la realización, favorecimiento o encubrimiento de delitos de tráfico ilícito de drogas, lavado de activos y corrupción administrativa. Por lo demás la imputación y procesamiento de muchos de estos actos involucran a personas expuestas políticamente.

Cabe señalar que ya en el año 2016, Torres ofrecía un diagnóstico similar advirtiendo que “las mafias del crimen organizado han buscado diversos mecanismos para penetrar al sistema y conseguir distintos niveles de complejidad y permisibilidad de autoridades para la realización de sus actividades ilícitas. La fragilidad estatal, su limitado alcance hacia territorios de difícil acceso y población remota, el escaso presupuesto asignado para la lucha contra la corrupción, el inconcluso y limitado proceso de descentralización, el bajo nivel de institucionalidad y transparencia partidaria y la escasa fiscalización por parte de la

ciudadanía y los órganos de control gubernamental, entre otros factores, han fomentado la existencia de un clima propicio para la entrada del crimen organizado en la arena política”.<sup>154</sup>

Cabe señalar, finalmente, que los principales delitos que representan la criminalidad organizada, que coexisten en nuestra realidad presente, poseen características diferentes entre sí, sobre todo en lo que atañe a su dinámica de crecimiento, a sus coordenadas de georreferencia, así como a sus patrones operativos y sus niveles de visualización en la comunidad nacional. De todo lo cual ya hemos formulado descripciones más o menos detalladas en publicaciones precedentes a las cuales nos remitimos (Cfr. Víctor Roberto Prado Saldarriaga. Criminalidad Organizada. Parte Especial. Instituto Pacifico. Lima. 2016, pp. 64-71).

### **5.1.1. Análisis dogmático del delito de banda criminal**

A continuación, tómanos el análisis dogmático del delito de banda criminal realizado por Víctor Prado<sup>155</sup> y que en nuestra tipología va asociado mayormente a la comisión de delitos violentos contra la vida o el patrimonio.

#### **5.1.1.1. Sobre el delito de banda criminal**

El termino banda criminal posee antecedentes normativos que se remontan al Código Penal de 1924. En este precedente legislativo nacional la banda era considerada una circunstancia agravante en los delitos patrimoniales de hurto. En

---

<sup>154</sup> TORRES, Juan Manuel (20016). Criminalidad Organizada en el Perú: Narcotráfico, Corrupción y otros Delitos. Lima: Centro de Investigación Drogas y Derechos Humanos, p. 41.

<sup>155</sup> PRADO SALDARRIAGA, Víctor (2019). “La banda criminal en la legislación penal peruana”. En: Legis.pe. Disponible en: <https://lpderecho.pe/banda-criminal-legislacion-penal-peruana-victor-prado-saldarriaga/>.



efecto, como se mencionó anteriormente, el artículo 238° sobrecriminalizaba los hurtos que eran cometidos por quien actuaba “en calidad de afiliado a una banda”. Roy Freyre, al comentar esta disposición legal, señalaba que por banda debe considerarse “a la organización, más o menos jerarquizada, compuesta de tres o más sujetos, con armas o sin ellas, por lo común delincuentes habituales, que se asociaron para cometer delitos múltiples e indeterminados”.<sup>156</sup>

Aquella misma función de calificante penal, también le fue asignada inicialmente asignada a la banda en el Código Penal de 1991. Es más, incluso en algunos delitos ella era referida como una estructura delictiva alterna a la noción de organización criminal o de asociación delictiva. Así, por ejemplo, según la redacción del párrafo final del artículo 189°, que introdujo el Decreto Legislativo 896 del 23 de mayo de 1998, se reguló como agravante específica de segundo grado o nivel, que el agente de un delito de robo lo cometiera “en calidad de integrante de una organización delictiva o banda”. Algo similar ocurrió en la redacción original del inciso 1 del artículo 257°-A del Código Penal, que fuera incorporado por la Ley 27593 de 13 de diciembre de 2001. En dicha norma legal se consignó como circunstancia agravante específica de los delitos monetarios, el que el agente hubiese actuado “como miembro de una asociación delictiva o en calidad de integrante de una banda”.

Ahora bien, fue el Decreto Legislativo 1244 el que introdujo en la Parte Especial del Código Penal, el artículo 317°-B para tipificar y sancionar de modo

---

<sup>156</sup> ROY FREYRE, Luis E. (1983). Derecho Penal Peruano. Tomo III. Parte Especial. Delitos Contra el Patrimonio. Lima: Instituto Peruano de Ciencias Penales, p. 68.

autónomo un nuevo delito bajo la denominación de “Banda Criminal”. Se trataba de una disposición penal inédita para nuestra legislación, pero cuya construcción normativa adolecía de una técnica legislativa muy deficiente. El texto legal incorporado fue el siguiente:

El que constituye o integre una unión de dos a más personas; que sin reunir alguna o algunas de las características de la organización criminal dispuestas en el artículo 317°, tenga por finalidad o por objeto la comisión de delitos concertadamente; será reprimidos con una pena privativa de libertad de no menor de cuatro años ni mayor de ocho años y con ciento ochenta a trescientos sesenta y cinco días-multa.

Al parecer la fuente legal extranjera seguida por el legislador nacional fue el párrafo final, del inciso 1, del artículo 570° ter del Código Penal español. Efectivamente, esta norma penal hispana reprime el delito de grupo criminal precisando lo siguiente. “A los efectos de este Código se entiende por grupo criminal la unión de más de dos personas que, sin reunir alguna o algunas de las características de la organización criminal definida en el artículo anterior, tenga por finalidad o por objeto la perpetración concertada de delitos”.

Sobre la necesidad y utilidad de este nuevo delito, la Exposición de Motivos del Decreto Legislativo 1244 sólo da explicaciones difusas e incoherentes que denotan graves carencias de soporte técnico y criminológico. Por ejemplo, se llegó a mencionar lo siguiente: “No pretendemos redundar en lo que otros ya han señalado, pero sí dar por sentado algunos puntos sobre su configuración y su relación con el delito de asociación ilícita para delinquir, tipificado en el artículo

317, del código penal, todo ello con la finalidad de aterrizar en el objetivo del presente documento, cual es, dar cuenta de la carencia o la inexistencia de un tipo penal que sancione a aquellos grupos criminales que, sin presentar la complejidad de las grandes organizaciones criminales de corte empresarial en su conformación, la permanencia en su duración y la periodicidad en su accionar ilícito, afectan con mucho mayor ámbito, frecuencia y rigor a nuestra sociedad”<sup>157</sup>.

Todo indica que el objetivo político criminal de la incorporación de este innovador hecho punible en nuestra legislación penal sustantiva, fue cubrir las deficiencias operativas que demostraron las agencias de persecución y sanción del delito, al investigar o juzgar los actos tipificados en el artículo 317° del Código Penal. Al respecto se sostuvo lo siguiente: “El 73% de la carga(...), está conformada por casos donde no existen elementos para poder acreditar la existencia de organizaciones criminales, debido a que el grueso de estos casos son bandas, las cuales no presentan las características de alta complejidad de su composición en el número de sus integrantes, organización, permanencia y estabilidad [...].Segundo, que al no existir un tipo penal que sancione a las bandas criminales, los operadores de justicia aplican el tipo penal más cercano que es asociación ilícita para delinquir, trayendo como consecuencia que en el transcurrir del tiempo dichos casos sean archivados en tanto nunca se configuró el citado delito, dejando así impune las conductas criminales o sancionándolas por conductas más leves”<sup>158</sup>.

---

<sup>157</sup> Ibidem

<sup>158</sup> Ibidem

En cuanto a errores técnicos, el tipo penal de “banda criminal” es sumamente confuso e incompleto. Por ejemplo, sólo considera punibles los actos de constituir o integrar una unión de dos o más personas. La cual, además, debe tener como finalidad la comisión de delitos concertadamente; es decir, de hechos punibles futuros que operan como una tendencia interna trascendente de quienes constituyen o integran tal unión criminal que ha de ser necesariamente predelictiva. Esto significa que no es un componente de la tipicidad el cometer de modo concreto un delito como el hurto, el robo o el secuestro.

Esta regulación se asemeja, por tanto, a una forma de conspiración criminal, similar a la que se encuentra regulada en el inciso 4 del artículo 296° del Código Penal. Cabe mencionar que en la doctrina española también se han planteado dudas al discutir los alcances dogmáticos del “grupo criminal”. Al respecto, por ejemplo, Llobet Anglí ha señalado sobre este delito que “es realmente difícil diferenciarlo de la mera codelinuencia”<sup>159</sup>.

Por su parte Muñoz Conde ha anotado también que “menos prolija es la descripción de la conducta típica en el art. 570ª ter.1 que sólo recoge las conductas de constitución, financiamiento o integración en el grupo criminal. Pero dada la estrecha relación del grupo con la organización criminal, es probable que los casos más relevantes de constitución o financiación del grupo sean reconducibles a la organización criminal, mientras que, si no llega al nivel de concertación y coordinación que exige ésta ni tiene una cierta permanencia en el tiempo, no tiene

---

<sup>159</sup> LLOBET ANGLÍ, Mariona (2018). “Delitos Contra el Orden Público”. En: Jesús-María SILVA SÁNCHEZ (Dir.)-Ramón RAGUÉS I VALLÉS (Coord.). Lecciones de Derecho Penal. Barcelona: Atelier, p. 443

por qué ser tratado de forma diferente a las distintas formas de codelincuencia, sean estas constitutivas de coautoría, cooperación necesaria o complicidad, o la preparatoria de conspiración”.<sup>160</sup>

Por otro lado, resulta necesario descartar que con el artículo 317°-B se pretenda criminalizar de forma autónoma al concierto criminal. Sobre todo, porque este último, siempre ha sido regulado en el derecho penal nacional solamente como una circunstancia agravante específica por pluralidad de agentes. Y, además, únicamente aplicable a determinados delitos cuando son cometidos conjuntamente por varias personas en condición de coautores. Asimismo, porque de haber sido aquella la intención del legislador, hubiera bastado con construir una fórmula legal menos equívoca y no adscribirle la inadecuada sumilla de “banda criminal”. Esto es, habría sido suficiente con sancionar penalmente “a quienes se concierten para cometer delitos”.

Pero, además, la redacción utilizada exige la presencia de un presupuesto negativo para que este raro delito se perfeccione, cual es que la unión delictiva constituida o integrada por sus autores no reúna “alguna o algunas de las características de la organización criminal dispuestas en el artículo 317°”, ¿cuáles? o ¿cuántas? Nada de ello se especifica en el artículo 317°-B ni se esclarece mínimamente en la Exposición de Motivos de dicha norma.

---

<sup>160</sup> MUÑOZ CONDE, Francisco (2017). Derecho Penal. Parte Especial. 21ª Edición. Valencia: Tirant Lo Blanch, p. 773.

De allí que sea explicable el desconcierto, la incoherencia y la especulación hermenéutica que sobre sus características típicas se aprecia en los comentarios que se formulan a este confuso delito.<sup>161</sup>

Ahora bien, es de agregar a lo señalado que en la jurisprudencia española se han planteado algunas alternativas hermenéuticas no menos convincentes. Es así que en la Sentencia del Tribunal Supremo 134/2018, se ha llegado a sostener que “mientras que la organización criminal requiere necesariamente la concurrencia de ambos requisitos conjuntamente: estabilidad y reparto de tareas, el grupo criminal puede apreciarse cuando no concurra ninguno de ellos, o cuando concurra uno solo”.<sup>162</sup>

En cuanto a su calificación criminológica este delito es de mencionar que él no tiene la más mínima relación con la tipología criminal que corresponde en la literatura especializada y en el derecho comparado a una “banda criminal”. La cual reúne históricamente cuatro componentes característicos: pluralidad de agentes, estructura jerárquica, continuidad delictiva y ejecución de delitos comunes violentos. En ese sentido, Mcintosh se refería a estas rústicas organizaciones delictivas como representativas de una tipología a la que denominó “organización picaresca” y donde estaban considerados tanto los bandoleros como los piratas.<sup>163</sup>

---

<sup>161</sup> PÁUCAR CHAPPA, Marcial Eloy. El Delito de Organización Criminal y Banda Criminal en el Perú, p. 32 y ss.; GUEVARA VÁSQUEZ Iván Pedro. A Propósito del Decreto Legislativo N° 1244, p. 51 y ss.; TOYOHAMA ARAKAKI Miguel. El Delito de Organización Criminal. Comentarios a partir del Decreto Legislativo N° 1244, p. 74 y ss. Todos en: Actualidad Penal N° 31. enero de 2017, Lima Gaceta Jurídica.

<sup>162</sup> Citado por LLOBET ANGLÍ. Mariona. Delitos Contra el Orden Público. Jesús-María SILVA SÁNCHEZ (Dir.)-Ramón RAGUÉS I VALLÉS (Coord.). Ob. cit., p. 443.

<sup>163</sup> Cfr. MACINTOSH. Mary (2008). La Organización del Crimen. Cuarta Reimpresión. México. Siglo XXI Editores, p.35-41.

Pero, además, la banda criminal es una forma anacrónica de organización criminal, por lo que ya está técnicamente cubierta por la previsión del artículo 317° del Código Penal. De allí que en el derecho penal alemán donde se conserva también esta antigua denominación y se alude a delitos cometidos en banda, se ha procurado siempre diferenciarla de la asociación ilícita que equivale a lo que nuestro derecho penal califica como organización criminal, tomando en cuenta un componente fundamental temporal.

En ese sentido, Romero Sánchez destaca que “el actual concepto de banda en el derecho penal alemán está fundamentado en la prognosis abstracta resultante del acuerdo general y previamente establecido de varias personas para delinquir por un cierto tiempo, así como también en la peligrosidad concreta para el bien jurídico protegido, derivada de la comisión de un hecho punible por varios miembros de una banda”<sup>164</sup>.

Ahora bien, a diferencia del delito de organización criminal en el de banda el artículo 317-B sólo ha considerado dos conductas típicas constituir o integrar. Se trata por tanto de un tipo penal alternativo. En el derecho penal español el delito de grupo criminal incluye también el acto de financiar (Cfr. Artículo 570° ter. 1).

En cuanto al sujeto activo este puede serlo cualquier persona que interviene en la unión o concertación que la ley establece como elementos constitutivos de la banda criminal. Sea que los agentes se unan y concierten para dar vida a la banda

---

<sup>164</sup> ROMERO SÁNCHEZ, Angélica (2015). La Asociación Criminal y los Delitos en Banda en el Derecho Penal Alemán. Fundamentos Históricos, Dogmáticos y de Política Criminal. Bogotá: Universidad Externado de Colombia, p. 68.

criminal o sea que lo hagan para integrarla adhiriéndose a ella luego de su constitución.

El sujeto pasivo también es indeterminado y se representa en el colectivo social que ve amenazado o comprometido su sosiego y paz con la fundación y la existencia de bandas criminales.

Constituir una banda criminal. Alude a todo acto fundacional que debe involucrar cuando menos a dos personas que acuerdan constituir la banda con la finalidad compartida de que se dedique a cometer delitos. En tanto la norma no considera a los actos de organización como conductas alternas a la de constitución ellos pueden ser comprendidos también en la contusión siempre que ello comporte, simplemente, establecer por consenso una estructura básica y un orden interno para la realización de sus fines delictivos.

Integrar una banda criminal. Comprende la simple adhesión material a la banda criminal y luego que ella ya se ha constituido. El integrante, por tanto, no está comprendido en la conducta anteriormente señalada. No obstante, el integrante puede también fungir funcionalmente como un organizador o promotor de la banda si realiza actos propios de dotar de orden interno a la banda ya constituida o de impulsar su expansión, crecimiento y desarrollo operativo. Incluso si además de su incorporación en la banda operara aportando recursos financieros para el accionar de la misma también incurriría en un acto de integración. En la doctrina española



se postula también una interpretación análoga, al precisar que “dichos sujetos han de entenderse consumidos en la modalidad genérica del integrante”.<sup>165</sup>

La tipicidad subjetiva de la banda criminal es como en el delito de organización criminal dolosa. Asimismo, se requiere también, como se mencionó anteriormente, de la concurrencia de una tendencia interna trascendente, la cual es indicada en la ley al exigirse que los actos de constitución o integración de la banda criminal tengan “por finalidad o por objeto la comisión de delitos concertadamente”

El delito de banda criminal es de consumación permanente desde que se produjo su constitución o integración. En consecuencia, no se requiere que la banda, después de constituida o integrada, realice o disponga desde su interior la comisión de un delito concreto.

En cuanto a la penalidad conminada para el delito del artículo 317°-B, cabe señalar que ella es conjunta e integra penas privativas de libertad con penas de multa. Además, es de destacar también que para este hecho punible no se han incluido circunstancias agravantes específicas. Esto último llama la atención, ya que, en el derecho penal español, que sirvió de fuente al legislador peruano, si se han regulado agravantes específicas sobre todo tomando en cuenta que “el grupo esté formado por un elevado número de personas, disponga de armas o instrumentos peligrosos o de medios tecnológicos aptos para facilitar la ejecución de los delitos o la impunidad de los culpables”.<sup>166</sup>

---

<sup>165</sup> LLOBET ANGLÍ, Mariona. Delitos Contra el Orden Público. Jesús-María SILVA SÁNCHEZ (Dir.)-Ramón RAGUÉS I VALLÉS (Coord.). Ob. Cit., p. 443.

<sup>166</sup> Ibid., p. 444.

Y para concluir estas reflexiones críticas sobre el delito de banda criminal, resulta pertinente recomendar, a modo de propuesta de lege ferenda, que el tipo penal que lo criminaliza sea suprimido por ser innecesario y confuso. No obstante, también sería factible reformular su actual redacción típica para transformarlo en un nuevo delito dirigido a sancionar toda forma de conspiración criminal. Cabe recordar que esta modalidad delictiva ha sido requerida por la Convención de Palermo, pero el legislador nacional sólo la ha considerado para el caso del sicariato (Cfr. Artículo 108°-D) y del tráfico ilícito de drogas (Cfr. Artículo 296° in fine).

Al respecto es de mencionar que en el artículo 571°, del Proyecto de Código Penal de 2016, se ha propuesto la criminalización autónoma y genérica de un delito de conspiración para delinquir, en los términos siguientes: “El que toma parte en una conspiración de dos o más personas para promover, favorecer o facilitar la comisión de cualquiera de los delitos previstos en este código es reprimido con pena privativa de libertad no menor de tres ni mayor de seis años”.

## **5.2. Discusión normativa y doctrinaria sobre el principio de proporcionalidad en el derecho penal**

### **5.2.1. Significado y alcance del principio de proporcionalidad en Derecho penal**

En general, de la proporcionalidad se predica el adecuado equilibrio entre la reacción penal y sus presupuestos, tanto en el momento de la individualización legal

de la pena (proporcionalidad abstracta) como en el de su aplicación judicial (proporcionalidad concreta).<sup>167</sup>

Cabe precisar que el principio de proporcionalidad se erige en un elemento definidor de lo que ha de ser la intervención penal, desde el momento en que trata de traducir el interés de la sociedad en imponer una medida de carácter penal, necesaria y suficiente, para la represión y prevención de los comportamientos delictivos, y por el otro, el interés del individuo en la eficacia de una garantía consistente en que no sufrirá un castigo que exceda el límite del mal causado, en otros términos, la minimización de la violencia en el ejercicio del *ius puniendi*.<sup>168</sup> Así, la justa medida de la pena se configura como un principio rector de todo el sistema penal.

Pero a pesar de ello, sin dejar de advertir que en el contenido del principio en estudio se entrecruzan consideraciones empíricas con criterios eminentemente valorativos,<sup>169</sup> concuerdo con que la idea de proporcionalidad se inspira en consideraciones político criminales más que en determinadas líneas de pensamiento filosófico,<sup>170</sup> ya que, como en adelante se dirá, al surgir desde las bases constitucionales, el principio en examen se erige en una de las directrices que el Estado debe observar al momento de criminalizar y castigar conductas.

---

<sup>167</sup> QUINTERO OLIVARES, Gonzalo (1982). "Acto, resultado y proporcionalidad". En Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales, T. XXXV, Fase. II, Mayo- Agosto, Toledo: UCLM, pp. 381-408.

<sup>168</sup> Vinculando la proporcionalidad con la función de prevención general de la pena: ETCHEBERRY, Alfredo (1997). Derecho penal, Parte general. Tomo I. Tercera Edición Actualizada. Santiago: jurídica de Chile, p. 35.

<sup>169</sup> DE LA MATA BARRANCO, Norberto (2007). El principio de proporcionalidad penal, Valencia: Tirant lo Blanch, pp. 1-331, p. 89.

<sup>170</sup> PRITTWITZ, Cornelius (2000). "El Derecho penal alemán: ¿fragmentario? ¿subsidiario? ¿última ratio?" En: La insostenible situación del derecho penal. Granada: Editorial Comares, p. 439

En esta misma línea, el profesor Silva Sánchez, junto con advertir sobre la ausencia de un sistema de reglas que permitan construir juicios o pronósticos de naturaleza empírica, en las que se basan en gran medida las consideraciones político-criminales generales sobre el hecho o la persona del autor, y que determinan el impedimento de traducir la respuesta penal en una conclusión cualitativa, nos señala que:

"La determinación de la pena se explica como un ámbito en el que no inciden sólo argumentos relativos al hecho delictivo realizado, vinculado a las reglas dogmáticas de imputación, sino también (y sobre todo) una argumentación asentada directamente en la teoría de los fines de la pena (esto es, en principios político criminales)".<sup>171</sup>

Para ilustrar esto, y sólo a modo de ejemplo, vale decir que dicho principio exige que la actuación dolosa se califique como más grave que la imprudente, que la reacción penal a la tentativa sea de menor entidad que la aplicada a la consumación, etc. Pero también se invoca para argumentar el distinto tratamiento penal dirigido a los infractores adolescentes en relación con el que corresponde a los sujetos adultos. En fin, sin tener el mismo contenido del principio de igualdad se trata de aplicar desigualmente un tratamiento a lo desigual en el marco de una valoración material y político criminal.<sup>172</sup>

---

<sup>171</sup> SILVA SANCHEZ, Jesús María (2007). "La teoría de la determinación de la pena como sistema (dogmático): un primer esbozo." En Indret, Revista para el Análisis del Derecho N°2, En: <http://www.indret.com>, p.1-15. [visitado el 06/03/19]

<sup>172</sup> QUINTERO OLIVARES, Gonzalo. "Acto, resultado y proporcionalidad", Ob. cit., p. 384.

En fin, no se trata aquí, de destacar la funcionalidad del principio de proporcionalidad en el análisis del delito,<sup>173</sup> operatividad que puede observarse nítidamente en el ámbito del análisis del injusto típico o en el de la valoración de la antijuricidad material del comportamiento,<sup>174</sup> cuestión que excede la pretensión de este breve trabajo, sino de plantear el problema de su aplicación en un ámbito donde aún los criterios de actuación son difusos y escasamente precisados por la doctrina y la jurisprudencia.

### **5.2.2. El principio de proporcionalidad en materia penal**

Los profesores Politoff, Matus, y Ramírez, ubican al principio de proporcionalidad junto con el de legalidad, última ratio, el principio de lesividad y tutela de bienes jurídicos, y el principio de culpabilidad, dentro de los criterios de legitimación provisoria del sistema penal. Sin mencionar directamente que se trata de un principio constitucional justifican su existencia invocando razones de lógica y de justicia material señalando que "este principio postula la proporcionalidad entre la amenaza penal a la dañosidad social del hecho (concepto vinculado a la índole del bien jurídico lesionado o amenazado) y de la pena infligida en concreto a la medida de culpabilidad del hechor".<sup>175</sup>

En el mismo sentido, Mario Garrido Montt sostiene al abordar el concepto de culpabilidad como pilar básico de un Derecho penal moderno que este elemento limita el ejercicio del ius puniendi en tanto ordena no imponer sanción si no hay

---

<sup>173</sup> DE LA MATA, Norberto. El principio de proporcionalidad penal, Ob. cit., p. 131 y ss.

<sup>174</sup> Ibid., p. 133.

<sup>175</sup> POLITOFF, Sergio; MATUS, Jean Pierre y RAMÍREZ, María Cecilia (2006). Lecciones de Derecho Penal. Parte General. Segunda Edición Actualizada. Santiago: Jurídica de Chile, pp. 65 y ss.

culpa y que esa sanción ha de ser adecuada a la culpabilidad. La pena constituye, de este modo, una retribución que la sociedad impone por el mal causado de modo que: a mayor mal, mayor culpabilidad, y por lo tanto mayor castigo merece el culpable.<sup>176</sup>

Resulta entonces necesario, trazar una línea divisoria entre la proporcionalidad y el principio de culpabilidad.

Si bien, tanto uno como el otro pueden diferenciarse claramente en el momento de conminación legal, cuando adviene el momento de aplicación e individualización de la pena en el caso concreto ambos conceptos sufren una cierta difuminación y se diluyen entre sí, porque naturalmente el juez en este momento atiende no sólo a la gravedad del hecho sino que también observa la culpabilidad concreta del autor.

Como advierte Aguado Correa el principio de culpabilidad se refiere a la atribuibilidad del hecho mientras que la proporcionalidad afecta más bien al injusto.<sup>177</sup> Así, los problemas de inadecuación entre la gravedad del hecho y el quantum de la pena no se circunscriben a la esfera de la culpabilidad sino más bien a la de antijuricidad de la conducta.<sup>178</sup> Esto porque la culpabilidad no proporcionaría los elementos de análisis necesarios para dar luz acerca de la gravedad del hecho

---

<sup>176</sup> GARRIDO MONTT, Mario (2003). Derecho Penal, Parte general. Tomo II. Tercera Edición Actualizada. Santiago: Jurídica de Chile, p. 198.

<sup>177</sup> AGUADO CORREA, Teresa (1999). El principio de proporcionalidad en materia penal, Madrid: Edersa, p. 493. Asimismo, MIR PUIG, Santiago (2002). "Principio de proporcionalidad y fines del Derecho penal", en Estudios jurídicos en memoria de José María Lidón / coord, por Juan Ignacio Echano Basaldúa, España: Universidad de Deusto, pp. 349-366.

<sup>178</sup> De otra opinión, SILVA SÁNCHEZ, Jesús María (2006). La expansión del Derecho penal: aspectos de la política criminal en las sociedades postindustriales. Buenos Aires, Montevideo: B de F, p. 260, quien señala que este principio no se limita a ejercer influencia en el injusto sino que también contribuye a la configuración de la "idea compleja" de culpabilidad.

cometido ya que dicho principio no es más que un conjunto de condiciones que posibilitan la atribuibilidad del hecho antijurídico a su autor.<sup>179</sup>

Además, el principio de culpabilidad no es suficiente para asegurar la necesaria proporcionalidad entre crimen y castigo,<sup>180</sup> aunque algunos incluyen la proporcionalidad como uno de los aspectos de la culpabilidad.<sup>181</sup> Tampoco puede pretenderse la sustitución del principio de culpabilidad por el de proporcionalidad.<sup>182</sup> La crítica de Roxin a esta última propuesta fue lapidaria, señalando que "si bien el principio de proporcionalidad puede limitar la magnitud de la pena, a partir del mismo no se puede fundamentar la punibilidad, y es por este motivo por el que ya se encuentra muy por debajo del principio de culpabilidad."<sup>183</sup>

El problema radica en que las dosis de injusto y de culpabilidad no coinciden siempre, su operatividad en el sistema tiene lugar en planos distintos. Una conducta de extrema gravedad puede estar acompañada de una escasa o nula culpabilidad, como el caso de la madre que mata a su hijo en un estado de plena inimputabilidad;

---

<sup>179</sup> LUZÓN PEÑA, Diego (1996). Curso de Derecho Penal, Parte General, Madrid: Editorial Universitas, p. 85, señalaba en cambio, Quintero Olivares, "Acto, resultado y proporcionalidad", cit. nota n°15, p. 383, que "no es imprescindible el recurso al concepto de culpabilidad para impedir que determinados injustos sean atribuidos al autor, que por ejemplo, obró en error absoluto o impulsado por un miedo insuperable. Aplicar la pena en estos casos sería olvidar que la misma carece de sentido, en su conminación, respecto de estos autores: sería innecesario someterlos a ella." Sobre la necesidad de pena y el principio de Culpabilidad, MIR PUIG, Santiago (2005). Derecho Penal Parte General, 7ma Ed. Barcelona: Reppertor, pp. 533 y ss., DE TOLEDO Y UBIETO, Octavio de; HUERTA TOLCIDO, Susana (1986). Derecho Penal Parte General, Teoría Jurídica del Delito. Segunda Edición corregida y aumentada. Madrid: Editor Rafael Castellanos, p. 290.

<sup>180</sup> CERREZO MIR, José, 1982, Problemas fundamentales del derecho penal. Madrid: Tecnos, p. 188.

<sup>181</sup> ROXIN, Claus (1997). Derecho Penal Parte General. Tomo I. Traducción de la segunda edición alemana, por Luzón Peña, Diego, Díaz y García Conlledo, Miguel; De Vicente Remesal, Javier, Madrid: Civitas, p. 100 y ss; LUZÓN PEÑA, Diego. Curso de Derecho Penal, Ob. cit., p. 86.

<sup>182</sup> AGUADO CORREA, Teresa. El principio de proporcionalidad, Ob. cit., p. 310. Planteamiento que habría sido expuesto por Ellscheid y Hassemer en los años setenta. En contra de esta sustitución se sostiene que si bien el principio de proporcionalidad tiene un rol importante en las medidas de seguridad, y en el hecho de ser una prohibición de exceso en el ámbito cuantitativo de penas determinadas, no ofrece tantos elementos limitadores como el principio culpabilidad. ROXIN, Claus. Derecho Penal Parte General, Ob. Cit., p. 102 y 103.

<sup>183</sup> AGUADO CORREA, Teresa. El principio de proporcionalidad, Ob. cit., p. 311.

y viceversa, como en el caso de un sujeto de situación favorable socio económicamente, y plenamente motivable por la norma, que comete un inicuo hurto falta para dar de alimento a sus hijos.

De todos modos, el juez siempre debe examinar previamente la gravedad del injusto antes de entrar a valorar en qué medida aquello es atribuible al autor, en tanto en cuanto la Culpabilidad es una categoría cuya función es amparar en su seno aquellos elementos del delito que refieren a su autor y que no pertenecen ni al tipo ni a la antijuricidad, pero que también son necesarios para el merecimiento de la pena.<sup>184</sup>

A mayor abundamiento, en la relación con el principio de culpabilidad, hay que señalar que con el principio de proporcionalidad "se entrecruzan las exigencias vinculadas a las ideas de justicia o retribución con la propia lógica de la utilidad de la protección jurídico-penal y con el respeto de las valoraciones sociales."<sup>185</sup>

De este modo, y desde el punto de vista retributivo,<sup>186</sup> nace la necesidad de que la pena sea no inferior a la exigida por la idea de justicia y que su imposición no se traduzca en una pena más grave a la requerida por la gravedad del delito. Aquí

---

<sup>184</sup> BACIGALUPO, Enrique (2002). Técnica de resolución de casos penales. 2da Edición ampliada. Buenos Aires: Ed. Hammurabi, p. 167; Así mismo MUÑOZ CONDE, Francisco (2004). Teoría General del delito. 3ra Edición. Valencia: Ed. Tirant lo Blanch, p. 141 y 149.

<sup>185</sup> MIR PUIG, Santiago, "Principio de proporcionalidad y fines del Derecho penal", Ob. cit., p. 349.

<sup>186</sup> Destacaba en este sentido, ANTOLISEI, Francesco (1988). Manual de Derecho Penal. Parte General. 8va Edición. Bogotá: Editorial Temis, p. 503: Que el principio de proporcionalidad deriva consecuentemente del carácter retributivo de la pena. Pero a causa de la transformación que ha experimentado la pena recientemente, señala que el principio en comento tiene, por lo menos, dos importantes excepciones en el sistema italiano. En primer lugar, se refiere al aumento punitivo en caso de reincidencia, ya que aquello no se deriva de la gravedad del delito sino de la particular capacidad delictiva demostrada por el sujeto, y en segundo lugar, en la obligación del juez de considerar, en la aplicación de la pena, no sólo a la gravedad del delito sino también la criminalidad virtual del sujeto.



debe destacarse la opinión de Santiago Mir Puig en el sentido de que la proporcionalidad debe fundarse en la nocividad social del hecho cuyo presupuesto es la afirmación de la vigencia de las normas en la conciencia colectiva.

De este modo, aquellas normas más importantes deben estar apoyadas con una mayor pena con el propósito de que no sufran una devaluación, de lo contrario, el carácter intimidatorio de aquellas se desvanece. La configuración de un Estado democrático exige ciertamente el ajuste de la gravedad de las penas con la trascendencia que para la sociedad tienen los ataques al bien jurídico a las que se asignan. Mir Puig señala que la proporcionalidad es necesaria para un adecuado funcionamiento de la prevención general.<sup>187</sup>

Resulta entonces que la idea de proporcionalidad no puede ser desvinculada con las consideraciones sobre el fin y función de la pena. Generalmente se acepta que no es posible determinar la medida de la pena si esta no está orientada a un fin. La consideración hacia los fines de la pena en el proceso de individualización penológica implica que la decisión que se adopte venga dada por los objetivos que se persiguen con la misma. La racionalidad de este proceso exige la orientación a los efectos que tendrá la pena en el individuo. Dependiendo del fin que se estime como preponderante, el resultado final de la cuantificación puede variar sustancialmente. El problema es que en la ciencia penal no se ha llegado a soluciones totalmente firmes, por lo que se hace particularmente complejo exigir al juez que supla dicha ausencia.

---

<sup>187</sup> MIR PUIG, Santiago. Derecho Penal Parte General, Ob. cit., p. 92 y 93; LUZÓN PEÑA, Diego, Curso de Derecho Penal, Ob. cit., p. 85.

Por un lado, el principio de proporcionalidad establece la imperatividad del castigo, y por el otro, lo viene a limitar. Si bien el primer aspecto ha sido bombardeado de críticas,<sup>188</sup> siendo actualmente de difícil fundamentación, el segundo aspecto, ha sobrevivido por la conveniencia político criminal que significa la mantención de una prohibición de penas desproporcionadas.

En fin, la idea de proporcionalidad se relaciona directamente con la exigencia que se impone al Estado democrático de no desconocer la relevancia de la dañosidad social provocada por el delito según las valoraciones dominantes. Si se adopta en efecto, una prevención general positiva se aconseja que los delitos más graves tengan asignada una pena de mayor entidad que los delitos menos graves. Esto permite a nivel comunicativo una expresión más adecuada sobre la mayor relevancia de aquellos bienes jurídicos que se consideran más valiosos.

En este sentido, se dice que al delincuente no le resultaría rentable optar por algunos delitos cuando hay una diferencia penológica respecto a los delitos de menor entidad.<sup>189</sup> En todo caso, sea retribución, prevención general o especial, en cualquiera de sus modalidades o formulaciones, o bien, una mixtura o unificación entre ellas,<sup>190</sup> lo que no puede negarse es que dichos criterios deben estar sometidos siempre a los actuales principios que exigen una intervención penal dirigida a

---

<sup>188</sup> VON HIRSCH, Andrew, 2003, "Retribución y prevención como elementos de justificación de la pena." En: Arroyo Zapatero, Luis, Neumann, Ulfrid, Nieto Martín Adán. (Coord.): Crítica y justificación del Derecho penal en el cambio de siglo. Cuenca: Ed. Universidad de Castilla - La Mancha (Estudios; 91), p. 12-145.

<sup>189</sup> ETCHEBERRY, Alfredo (1997). Derecho penal, Parte general. Tomo I. Tercera Edición Actualizada. Santiago: Jurídica de Chile, p. 35.

<sup>190</sup> ROXIN, Claus. Derecho Penal Parte General, Ob. cit., p. 103; MIR PUIG, Santiago. Derecho Penal Parte General, Ob. cit., pp. 87-109, SILVA SÁNCHEZ, Jose-Maria. Aproximación, Ob. cit., p. 311 y ss.

salvaguardar intereses socialmente relevantes y necesitados de prevención, es decir bajo el principio de intervención mínima.<sup>191</sup>

### **5.2.3. El principio de proporcionalidad en el ámbito de aplicación de las penas. Proporcionalidad concreta.**

Frente a la amplia tendencia a extender el arbitrio judicial en el proceso de determinación judicial de la pena,<sup>192</sup> y a una todavía informe e incipiente teoría de la individualización de la pena en sentido dogmático,<sup>193</sup> nace la necesidad de responder a la pregunta de si el principio de proporcionalidad tiene la potencialidad de protagonizar un rol relevante para el despliegue de un Derecho penal racional que pueda legitimarse al menos provisoriamente en espera de otras soluciones idóneas.

Para ello debemos previamente dar una visión general de nuestro sistema legal de individualización de las penas. La individualización judicial de la pena es el proceso mediante el cual el juzgador establece la clase y medida de la pena frente a quien ha intervenido en un hecho punible, ya sea como autor, cómplice o encubridor, en el caso concreto.<sup>194</sup> Con mayor precisión de contenido, este acto se define como "aquel en virtud del cual se constata el concreto contenido de injusto,

---

<sup>191</sup> Sobre su doble concreción en subsidiariedad y fragmentariedad véase: GARCÍA-PABLOS DE MOLINA, Antonio (1996). "Sobre el principio de intervención mínima del Derecho penal como límite del ius puniendi." En Estudios penales y jurídicos. Homenaje al prof. Dr. Enrique Casas Barquero. Córdoba: Edición de la Universidad de Córdoba, p. 252

<sup>192</sup> GRACIA MARTÍN, Luis; BALDOVA PASAMAR, Miguel Ángel; ALASTUEY DOBÓN, M. Carmen (2004). Lecciones de consecuencias jurídicas del delito, 3ra Edición. Valencia: Tirant lo Blanch, p. 221.

<sup>193</sup> SILVA SANCHEZ, Jesús María (2007). "La teoría de la determinación de la pena como sistema (dogmático): un primer esbozo." En Indret, Revista para el Análisis del Derecho N°2, En: <http://www.indret.com>, p.1-15.

<sup>194</sup> POLITOFF, Sergio; MATUS, Jean Pierre y RAMÍREZ, María Cecilia. Ob. cit., p. 494.

culpabilidad y punibilidad de un determinado hecho, traduciéndolo en una determinada medida de pena".<sup>195</sup>

En suma, los criterios que definen la gravedad del hecho, o en términos del Código penal peruano, la "extensión del mal causado por el delito", que el juez puede tomar en consideración para individualizar la exacta medida de la pena, a la luz del principio de proporcionalidad pueden agruparse del siguiente modo:

#### **5.2.3.1.- Criterios objetivos**

Los aspectos objetivos del hecho punible, pueden variar desde la específica entidad de la lesión o el grado de peligro al cual fue expuesto el bien jurídico, la densidad del daño efectivamente causado, las circunstancias de modo, tiempo y lugar, como las modalidades de comisión (empleo de armas, grado de violencia impetrada sobre la víctima, la recalcitrante tenacidad del agente, grado de energía desplegada en la actividad, o en los casos de omisión, el grado de infracción al deber, el grado de energía desplegada por el victimario, la unidad o pluralidad de víctimas, la ulterior situación de esta o de su familia, etc). En fin, todos aquellos criterios que no fueron abarcados previamente en la configuración de la pena

#### **5.2.3.2.- Criterios subjetivos.**

Se pueden categorizar aquí: la calidad de los motivos determinantes, el valor o disvalor ético de los motivos de actuación, aquí vale lo que en general se ha dicho en Alemania en cuanto a que "la valoración de la persona del autor se puede tomar

---

<sup>195</sup> SILVA SÁNCHEZ, Jesús María "La teoría de la determinación de la pena", Ob. cit., p.5.

en cuenta sobre todo en la circunstancia de si los hechos son expresión de una inclinación criminal, o tan sólo se presentan como delitos ocasionales desconectados entre sí".<sup>196</sup>

También, se pueden agregar las demás condiciones personales del sujeto o de la víctima si y sólo si han influido directamente en la comisión del delito, la conducta del agente posterior al delito, o bien durante el proceso penal mismo. Finalmente, reiteramos la idea de que debe prescindirse de toda consideración a ejercicios o pronósticos de peligrosidad futura. La medida de la pena no puede ser incrementada en función de consideraciones prospectivas.

Este enfoque tiene la característica de ser eminentemente retrospectivo, como en el modelo planteado por Hornle<sup>197</sup> dentro del denominado movimiento neoproporcionalista. Una orientación a la teoría jurídica del delito que se dirija a someter la magnitud de la pena a lo que arroje la valoración sobre el hecho cometido, y con prescindencia en la determinación judicial de la pena de toda consideración preventivo especial, y de aquellos elementos que se relacionen con la personalidad del autor. En este modelo deben prevalecer el desvalor de resultado y la afectación al bien jurídico. Esto no quiere decir que sólo se valore a la víctima y sus circunstancias, sino que también se debe ponderar el hecho en su relación con el orden social. Es decir, considerar la dimensión inter subjetiva del delito.

Para finalizar este apartado, cabe preguntarse qué ocurre con la vulneración de este principio y si puede el juez dejar de aplicar una pena señalada por la ley en

---

<sup>196</sup> JESCHECK, Hans Heinrich. WEIGEND, Thomas (2002). Tratado de Derecho Penal, Parte general. Traducción de Olmedo C, Miguel. Quinta Edición, Granada: Comares, p.29.

<sup>197</sup> Citado por DE LA MATA, Norberto. El principio de proporcionalidad penal, Ob. cit., p. 222

virtud del principio de proporcionalidad. Para responder a lo primero, es claro que, si el juez aplica una pena mayor que la señalada por la ley procede el recurso de nulidad por errónea aplicación del Derecho, por tratarse de una vulneración al principio de legalidad.

En cuanto a la vulneración del principio de proporcionalidad concreta, esta no tiene la autonomía necesaria para ser causal de un recurso por inconstitucionalidad, sino que debe necesariamente vincularse como hemos dicho a otros principios que sí están directamente protegidos, aunque sus criterios bien pueden servir de base para la discusión en la audiencia de determinación de pena.

A la segunda interrogante, y ante la evidente insuficiencia legal para asegurar la plena operatividad del principio de proporcionalidad en el ámbito de la individualización judicial de la pena, parece necesaria una reforma legal que introduzca expresamente la posibilidad de que el juez pueda prescindir de la pena cuando esta sea evidentemente desproporcionada o no resulte necesaria.<sup>198</sup>

Esto es lo que ocurre en Alemania, donde varias disposiciones permiten al juez, a pesar de que ya se encuentre establecido el hecho materialmente punible, atenuar o bien prescindir de la pena por consideraciones de interés público, intereses de política criminal, e incluso, por la presencia de un efectivo arrepentimiento.<sup>199</sup>

---

<sup>198</sup> En el caso español, esta es la postura defendida por AGUADO CORREA, Patricia. El principio de proporcionalidad en materia penal, Ob. cit., p. 322.

<sup>199</sup> WOLTER, Jürgen (2004). "Estudio sobre la dogmática y la ordenación de las causas materiales de exclusión, del sobreseimiento del proceso, de la renuncia a la pena y de la atenuación de la misma. Estructuras de un sistema integral que abarque el delito, el proceso penal y la determinación de la pena." WOLTER, Jürgen; FREUND, Georg. (Eds). En El sistema integral del derecho penal, Barcelona: Marcial Pons, pp. 30-89 y pp. 37 y 38.

#### **5.2.4. El debate sobre el contenido del principio de proporcionalidad en sentido estricto**

En la doctrina penal viene abriéndose paso últimamente una concepción amplia del principio de proporcionalidad. En este sentido amplio, el principio de proporcionalidad se entiende como aglutinador, no sólo del tradicional principio de proporcionalidad entre la gravedad del delito y la gravedad de la pena, sino de otros reconocidos límites materiales al ejercicio del ius puniendi<sup>200</sup>. En concreto, ha sido asumida por la doctrina penal una concepción del principio de proporcionalidad procedente del Derecho administrativo<sup>201</sup> y más amplia que el tradicional principio de proporcionalidad de las penas (pero que incluye también a este último), como examen global de los siguientes aspectos: si la intervención jurídico-penal persigue la protección de un bien jurídico; si esa intervención es idónea para alcanzar tal fin; si además es necesaria; y, por último, si es proporcional en sentido estricto<sup>202</sup>.

La intervención jurídico-penal debe entonces orientarse hacia la protección de bienes jurídicos y resultar además idónea y necesaria para alcanzar tal fin. Por último, y a pesar de ser idónea y necesaria, tal intervención puede todavía resultar desproporcionada si no es proporcional en sentido estricto. Esta es la última exigencia que el principio de proporcionalidad en sentido amplio plantea al legislador: la intervención penal debe ser proporcional en sentido estricto<sup>203</sup>.

---

<sup>200</sup> AGUADO CORREA, Teresa (1999). El principio de proporcionalidad en Derecho penal, Madrid: Edersa, , pp. 137 y ss.

<sup>201</sup> ORTIZ ÚRCULO, Juan (2005). Razonabilidad y proporcionalidad en el Derecho penal (sustantivo y procesal) contemporáneo. Madrid: Civitas, p. 771.

<sup>202</sup> BERDUGO GÓMEZ DE LA TORRE, Ignacio y otros (2004). Curso de Derecho penal. Parte general. Barcelona: Experiencia, pp. 69-78.

<sup>203</sup> AGUADO CORREA, Teresa. Ob. cit., p. 240

Y es precisamente cuando llegamos a este eslabón del principio de proporcionalidad en sentido amplio cuando surgen discrepancias en cuanto a su contenido. Pues frente a lo que ocurre en los peldaños anteriores (en los que las discrepancias doctrinales acerca del fondo son mínimas<sup>204</sup>), en el ámbito del subprincipio de proporcionalidad en sentido estricto la doctrina sí discute acerca de las concretas exigencias que se derivan del mismo. La propia delimitación del significado que cabe atribuir al subprincipio de proporcionalidad en sentido estricto en el ámbito penal es probablemente la cuestión que más debate ha suscitado dentro del principio de proporcionalidad en sentido amplio<sup>205</sup>.

En la delimitación del contenido de este subprincipio la doctrina penal discute actualmente si éste debe equipararse al tradicional principio de proporcionalidad entre la gravedad del delito y la gravedad de la pena<sup>206</sup>, o si debe entenderse más bien como un balance más amplio entre los costes y los beneficios de la norma penal.<sup>207</sup>

---

<sup>204</sup> La discrepancia más relevante se localiza en la cuestión de si el subprincipio de necesidad es un juicio eminentemente empírico o si incluye también momentos valorativos. La posición dominante en la doctrina afirma el carácter empírico del subprincipio de necesidad, frente al carácter valorativo del subprincipio de proporcionalidad en sentido estricto. Vid.: GONZÁLEZ-CUÉLLAR SERRANO, Nicolás (1990). "Proporcionalidad y derechos fundamentales en el proceso penal", Madrid: Colex, , p. 155.; BERDUGO GÓMEZ DE LA TORRE, Ignacio y otros. Ob. Cit., p. 74, el principio de proporcionalidad en sentido amplio despliega sus efectos fundamentalmente en la selección de la zona penal, principio de proporcionalidad en sentido estricto opera fundamentalmente en la puesta en relación de esas conductas con las consecuencias jurídicas de las mismas (penas y medidas de seguridad).

<sup>205</sup> MEDINA GUERRERO, Manuel (1998). "El principio de proporcionalidad y el legislador de los derechos fundamentales". En: Cuadernos de Derecho Público, N° 5, Madrid, pp. 119 y ss., de forma más general, lo ha calificado como el integrante del principio de proporcionalidad en sentido amplio que presenta los contornos más difusos.

<sup>206</sup> Cfr.: AGUADO CORREA, Teresa. Ob. cit., p. 247 y ss.; BERDUGO GÓMEZ DE LA TORRE, Ignacio y otros. Ob. cit., p. 210.

<sup>207</sup> CUERDA ARNAU, María-Luisa (1997). "Aproximación al principio de proporcionalidad en Derecho penal", Tomo I, Valencia: Universidad de Valencia, , pp. 447 y ss.; LOPERA MESA, Gloria Patricia (2006). "Principio de proporcionalidad y ley penal. Bases para un modelo de control de constitucionalidad de las leyes penales", Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, p. 241. También parece expresarse en este sentido DE LA MATA BARRANCO, Norberto Javier



Como integrante de este último grupo de autores Lopera Mesa ha destacado que “a través del juicio de proporcionalidad en sentido estricto se realiza una ponderación entre los beneficios que cabe esperar de la protección penal desde la perspectiva del bien jurídico y los costes que necesariamente se derivan tanto de la prohibición como de la sanción penal desde la perspectiva de los derechos fundamentales afectados por ambas”<sup>208</sup>.

Para este sector doctrinal podría decirse que el tradicional principio de proporcionalidad de las penas se queda corto pues no permite tener en cuenta factores que sí deberían considerarse en esta sede, tales como la restricción de derechos que supone la propia definición de la conducta típica, el denominado efecto desaliento, los costes económicos de aplicación de las penas, etc.

Pese a que efectivamente se plantea una disyuntiva entre una y otra postura, hay que precisar, no obstante, que el sector que concibe el principio de proporcionalidad en sentido estricto de manera más amplia, es decir, como una ponderación entre los costes y los beneficios de la norma penal, no pretende tampoco renunciar al tradicional principio de proporcionalidad de las penas, sino más bien integrarlo en la estructura del principio de proporcionalidad en sentido estricto.

De esta manera, el principio de proporcionalidad en sentido estricto entendido como balance global no implicaría nunca una quiebra del tradicional principio de

---

(2007). “El principio de proporcionalidad penal”, Valencia: Tirant lo Blanch, , p. 204, cuando señala que “será proporcionado [...] todo lo que garantice la prevención de delitos, siempre claro está que dicha prevención no sea más costosa que su lesión en un juicio global que tiene que tener en cuenta todo el coste de la intervención penal y todos sus beneficios”.

<sup>208</sup> LOPERA MESA, Gloria Patricia. Ob. it., p. 241.

proporcionalidad de las penas, sino que, al contrario, el postulado garantista tendría que verse confirmado por esa ponderación global<sup>209</sup>.

Lo que de alguna manera se trata de conseguir con la conceptualización del principio de proporcionalidad en sentido estricto como un examen más amplio que el principio de proporcionalidad de las penas —y lo que en definitiva condiciona este nuevo entendimiento del principio de proporcionalidad en sentido estricto—, es trasladar al ámbito penal la concepción del principio de proporcionalidad en sentido estricto surgida y desarrollada en el ámbito del Derecho administrativo.

En este sector del ordenamiento jurídico la idea de proporcionalidad en sentido estricto ha venido presidida por la relación de adecuación medio-fin, según la cual una medida es proporcionada en sentido estricto cuando el medio empleado se encuentra en una relación proporcionada o adecuada al fin<sup>210</sup>; lo que a su vez significa que las ventajas que se obtengan mediante la intervención legislativa en los correspondientes derechos de los ciudadanos deben compensar los sacrificios que ésta implique para sus titulares y para la sociedad en general<sup>211</sup>.

---

<sup>209</sup> LASCURAÍN SÁNCHEZ, Juan Antonio (1998). “La proporcionalidad de la norma penal”. En: Cuadernos de Derecho Público, N° 5, Madrid, p. 159. Para este autor la correlación entre pena y lesividad del comportamiento viene garantizada por el juicio global interno de proporcionalidad. También es de esta opinión LOPERA MESA, Gloria Patricia. Ob. Cit., p. 241-241, cuando dice que su posición no supone negar sino integrar el principio de proporcionalidad de las penas, al incluirse la pena en la columna de costes y la gravedad del delito (importancia del bien jurídico y lesividad de la conducta) en la columna de beneficios, por lo que para mantener la proporcionalidad entre ambos, un aumento de la cuantía de la pena tendría que ser compensado por un aumento de la gravedad del delito.

<sup>210</sup> DE LA MATA BARRANCO, Norberto Javier. Ob. Cit., 212.

<sup>211</sup> BERNAL PULIDO, Carlos (2007). “El principio de proporcionalidad y los derechos fundamentales. El principio de proporcionalidad como criterio para determinar el contenido de los derechos fundamentales vinculante para el legislador”, 3ra. Edición, Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, p. 764.

Este principio exige una ponderación entre el medio y el fin elegidos, de forma que, si preponderan los perjuicios generados por la medida, ésta no debe adoptarse<sup>212</sup>. Se trata, por tanto, de un juicio eminentemente valorativo<sup>213</sup> acerca de la relación de adecuación en la que se encuentran estas dos magnitudes (el medio y el fin)<sup>214</sup>; en definitiva, de un juicio de ponderación de los costes y los beneficios que cabe esperar de la concreta intervención.

La pregunta que surge en este punto en relación con el ámbito penal es, en primer lugar, si lo descrito hasta ahora es algo distinto del principio de proporcionalidad de las penas tal y como lo hemos conocido hasta ahora (es decir, como proporcionalidad entre las magnitudes delito y pena); y en segundo lugar, si este juicio de proporcionalidad que proviene del Derecho administrativo es trasladable sin más al ámbito del Derecho penal, o si, por el contrario, las especificidades de este sector del ordenamiento jurídico hacen necesarias ciertas precisiones a tal esquema.

### **5.2.5. Coincidencias y (primeras) diferencias entre las dos concepciones del principio de proporcionalidad en sentido estricto. La recepción del esquema coste-beneficio en Derecho penal**

Por lo que se refiere a la primera pregunta, si consideramos las dos posiciones veremos que, en el fondo, no están tan alejadas la una de la otra. El principio

---

<sup>212</sup> HIRSCHBERG. Citado por ROXIN, Claus (2006). “Derecho Penal...”. Ob. cit., p. 209.

<sup>213</sup> Ibidem.

<sup>214</sup> El principio de proporcionalidad se vincula básicamente con los derechos fundamentales, el subprincipio de proporcionalidad en sentido estricto exige que cuanto más gravemente se intervenga con la medida en la posición jurídica del particular, mayores tienen que ser los intereses del bien común a los que sirve esa medida, entendiéndose que la gravedad la determinan la intensidad de la medida, el peso de los intereses en juego y la urgencia de la medida.

tradicional de proporcionalidad de la pena compara la gravedad del delito y la gravedad de la pena, mientras que la concepción que lo concibe como balance global de costes y beneficios compara los beneficios que genera la intervención jurídico-penal para el bien jurídico con los costes que se derivan de tal intervención. Sin embargo, si nos preguntamos en qué consisten tales costes y beneficios, veremos que con los beneficios para el bien jurídico no se alude a otra cosa que, a la gravedad del delito, pero entendido, en este caso, en clave positiva; pues es evidente que cuanto más lesiva sea la conducta, más se contribuye con su prohibición a la protección del bien jurídico<sup>215</sup>.

En cuanto a los costes de la intervención, éstos no son otros que los que representa la gravedad de la pena, por lo que en esto tampoco se diferencia del tradicional principio de proporcionalidad de las penas. Sin embargo, a ellos debe sumarse, desde la perspectiva del balance global, el coste que representa la gravedad de la restricción de derechos fundamentales que conlleva la prohibición, así como algún que otro coste adicional<sup>216</sup>.

Pese a que existe alguna diferencia entre estos dos juicios de proporcionalidad —diferencias a las que se aludirá con detalle más adelante—, no se puede negar que el esquema del balance global no es algo absolutamente distinto del tradicional principio de proporcionalidad de las penas. Más bien, este tradicional principio garantista de proporcionalidad puede entenderse comprendido, al menos en esta

---

<sup>215</sup> LOPERA MESA, Gloria Patricia. Ob. Cit., pp. 511 y ss.

<sup>216</sup> A la gravedad de la restricción de derechos fundamentales que conlleva la prohibición, así como a estos costes adicionales, entre los que podemos incluir el efecto desaliento y los costes económicos de aplicación de las penas.

primera aproximación al problema<sup>217</sup>, en aquel balance, sin perjuicio de que en el mismo se integren además otros elementos.

Como segunda cuestión se planteaba la posibilidad de trasladar al Derecho penal esta comprensión amplia del juicio de proporcionalidad en sentido estricto proveniente del Derecho administrativo. Esto supondría enriquecer el principio de proporcionalidad de las penas incluyendo en este juicio factores que actualmente no se tienen en cuenta. Sin perjuicio de lo que más adelante se dirá acerca de los concretos factores a los que se da relevancia en este balance general, y en relación con esta segunda pregunta, interesa primero saber si esta importación al Derecho penal del esquema del principio de proporcionalidad en sentido estricto desde el Derecho administrativo es aceptable en línea de principio.

Pues este dato —que tal enriquecimiento trae causa de la importación al Derecho penal (efectuado por algunos autores) de un principio nacido y desarrollado en el Derecho administrativo<sup>218</sup>— no puede perderse de vista y no deja de ocasionar algunas complicaciones, ya que a la hora de buscar su aplicación en el ámbito penal deben tenerse en cuenta las particularidades de este sector jurídico.

En general, como hemos dicho, el principio de proporcionalidad en sentido estricto impone en el Derecho administrativo la elección de medios adecuados para la consecución de los fines, de forma que no se produzcan sacrificios irrazonables desde el punto de vista iusfundamental. Y es precisamente este esquema de

---

<sup>217</sup> El subprincipio de proporcionalidad en sentido estricto puede llevar en algunos casos a resultados contrarios al principio de proporcionalidad de las penas.

<sup>218</sup> A través del principio de proporcionalidad tratan de limitarse las posibilidades y la intensidad de las intervenciones de los poderes públicos en las esferas de derechos de los ciudadanos. BERNAL PULIDO, Carlos (2007). “El principio de...”. Ob. cit., pp. 47-48.

adecuación medios-fines el que cuesta transponer (al menos sin alguna matización) al Derecho penal. En el caso, por ejemplo, de LOPERA MESA, se justifica (en parte) la importación al Derecho penal de este esquema de la proporcionalidad en sentido estricto en una concreta crítica que se hace a la concepción que del mismo se ha mantenido en el ámbito penal. En particular critica esta autora el que en Derecho penal, cuando se habla de proporcionalidad en sentido estricto, se comparen dos males: el delito y la pena, porque esto responde a concepciones retributivas de la pena ya superadas<sup>219</sup>.

Frente a ello propone que, conforme a una lógica consecuencialista y como forma de superación de la lógica retributiva, no se comparen dos males sino los costes y los beneficios; y exige que los costes en términos de afectación de derechos fundamentales generados tanto por las prohibiciones como por las penas —con lo cual ambas irían en la misma columna de costes— no superen los beneficios que se obtendrán en términos de protección de bienes jurídicos<sup>220</sup>.

Se trata de “establecer si la afectación de derechos fundamentales que tiene lugar a través de la definición de una conducta como delito y de su correspondiente pena alcanza a justificarse por la importancia que reviste la protección de los bienes jurídicos que respaldan la intervención penal del legislador”<sup>221</sup>. En definitiva, hay que determinar si el grado de afectación de los principios iusfundamentales que se ven limitados por la definición de la conducta delictiva y por la pena, se compensa

---

<sup>219</sup> LOPERA MESA, Gloria Patricia. Ob. Cit., p. 241.

<sup>220</sup> Ibidem.

<sup>221</sup> Ibidem.

por el grado de satisfacción de los principios que ordenan la protección de bienes jurídicos<sup>222</sup>

Esta es la idea a la que responde el principio de proporcionalidad en sentido estricto entendido como adecuación o ponderación entre los medios y los fines, con la que se pretende superar el juicio de proporcionalidad entendido como comparación de males. Sin embargo, una recepción de esta concepción del principio de proporcionalidad en sentido estricto en el Derecho penal encuentra algunas resistencias, ya en línea de principio<sup>223</sup>. Una de las razones que obstaculiza la importación de este entendimiento del principio de proporcionalidad y de este esquema medios-fines, es la perspectiva que prima en el Derecho penal.

Pues el Derecho penal, y en concreto la intervención jurídica con el instrumento de la pena, mira, en buena medida, hacia el pasado y no tanto hacia el futuro. Para responder a la cuestión de si es proporcionado actuar con una pena frente a determinados hechos, y con cuánta pena es proporcionado intervenir, se mira fundamentalmente hacia el pasado: en el caso del legislador hacia las conductas que ha tipificado (o que va a tipificar), para lograr un adecuado equilibrio del concreto precepto jurídico-penal; y en el caso del juez hacia el concreto hecho delictivo cometido<sup>224</sup>. Pese a que existen diferencias en uno y otro caso, interesa

---

<sup>222</sup> Ibidem.

<sup>223</sup> Ibidem.

<sup>224</sup> BARNÉS VÁZQUEZ, Javier (1998). “El principio de proporcionalidad. Estudio preliminar”. En: Cuadernos de Derecho Público, N° 5, Madrid, pp. 15 y ss., en el principio de proporcionalidad como en el de igualdad conviene distinguir dos planos: la proporcionalidad en la ley y la proporcionalidad en aplicación de la ley.

aquí destacar el carácter primordialmente (no exclusivamente) retrospectivo de las valoraciones en esta sede<sup>225</sup>.

La diferencia de perspectiva que existe respecto al Derecho administrativo se apreciará claramente con un ejemplo. En el famoso caso de las farmacias juzgado por el BVerfG —y del que se dice que constituye el punto de partida de una aceptación generalizada de este principio— se planteaba cuáles de los límites legales que se imponían a la apertura de una farmacia podían considerarse medios idóneos, necesarios y adecuados para garantizar el fin de que las farmacias pudieran cumplir su función social sin generar peligros para la salud pública<sup>226</sup>.

El legislador tiene que disponer una serie de medios en el presente que deberán producir un concreto efecto en el futuro. Si el medio adoptado por el legislador (en este caso, la ley que en aquel momento regulaba las condiciones de apertura de las farmacias) era finalmente proporcionado o no para lograr su efecto, era lo que se planteaba en esta famosa Sentencia.

¿Qué ocurre sin embargo con la reacción jurídico-penal? Ocurre que es precisamente (y en gran parte) eso: una reacción o efecto. La previsión de una pena, en esta cadena causa-efecto, o medio-fin, desde esta perspectiva sancionadora que se pregunta por la pena proporcionada, no es medio, sino que es fin, es una reacción.

---

<sup>225</sup> No exclusivamente porque también concurren consideraciones de necesidad y así, por ejemplo, el legislador mira hacia el futuro planteándose cuestiones de prevención general y el juez considera la vida futura del reo, planteándose cuestiones de prevención especial.

<sup>226</sup> Vid., la Sentencia del BVerfG de 11 de junio de 1958, que traía causa de un caso de denegación de la solicitud del recurrente para abrir una farmacia, sobre la base del § 3 de la Apothekengesetz; denegación en la que se mezclaban razones de salud pública con razones económicas. Tal y como se exponía en esta Sentencia, de acuerdo con consideraciones de salud pública, serían admisibles más farmacias sólo allí donde exista una extensión suficientemente amplia para proveer, pues la experiencia demuestra que las farmacias fundadas con base en un criterio económico errado son idóneas para distribuir medicamentos sin prescripción médica y para la distribución de opiáceos.



Y por este motivo mira, no ya hacia el futuro buscando la producción de un efecto (o, al menos, no exclusivamente) sino que mira hacia el pasado. Y esta mirada hacia el pasado se dirige en busca del término respecto del cual la pena debe ser proporcionada: el hecho delictivo.

En el otro lado de la balanza estará el delito, ya se entienda como tipo abstracto (si se trata del legislador), o como el concreto hecho delictivo cometido en cada caso (si se trata del juez). Por este motivo, hay que atender a las peculiaridades que presenta el ámbito jurídico-penal y no limitarnos a transponer sin más las construcciones propias de otros sectores del ordenamiento.

Otra cosa es que en el marco (más restringido) delimitado por debajo, en su límite mínimo, por la reacción que ya es adecuada a la gravedad del delito, y por arriba, en su límite máximo, por la reacción que todavía es adecuada a la gravedad del delito, se tenga en cuenta la continuación de esta cadena causa-efecto y, en este sentido, se considere la virtualidad de la pena como medio que puede producir efectos (preventivo-generales o preventivo-especiales) en el futuro.

Debe hacerse notar que incluso el propio HIRSCHBERG, uno de los padres del principio de proporcionalidad del Derecho administrativo alemán, reconoció la peculiaridad del ámbito penal. Para este autor, de forma general, el principio de proporcionalidad en sentido estricto implicaba que los medios deben estar en una relación adecuada con los fines que se persiguen; pero seguidamente matizaba para ámbitos como el Derecho penal, que no se conectan sólo a un fin empírico, que tal

principio significaba que los medios no pueden resultar desproporcionados o que deben permanecer en una relación adecuada a la gravedad del hecho<sup>227</sup>.

Para HIRSCHBERG, se hacía difícil intentar identificar el principio de proporcionalidad en sentido estricto con la idea de la ponderación entre bienes e intereses cuando los elementos en conflicto no son bienes o intereses; por ejemplo, cuando se quiere determinar la pena adecuada a la culpabilidad en el caso concreto<sup>228</sup>.

En definitiva, es difícil trasladar al ámbito penal la idea de proporcionalidad entendida como una relación de adecuación de medios afines<sup>229</sup>. Si se habla de proporcionalidad entre la culpabilidad (entre lo injusto culpable) y la pena, no se hace en el sentido de que la culpabilidad y la pena se encuentren en una relación medio-fin, ni se trata de dos bienes jurídicos que colisionan y entre los que se tiene que establecer una relación de precedencia condicionada, como la que reclama (al menos una parte de) el sector partidario del sentido amplio del principio de proporcionalidad en sentido estricto<sup>230</sup>.

Frente a esta concepción, el juicio de proporcionalidad en sentido estricto en Derecho penal es, en definitiva, y por lo que respecta a la conminación penal abstracta, un juicio que se pregunta por la estructura interna de los preceptos jurídico-penales, por la relación entre los elementos de la norma<sup>231</sup>. Aborda el

---

<sup>227</sup> HIRSCHBERG. Citado por ROXIN, Claus (2006). "Derecho Penal...". Ob. cit., p. 211.

<sup>228</sup> Ibidem.

<sup>229</sup> Tampoco hay que olvidar que el principio de proporcionalidad tiene varias raíces históricas, no sólo la de relación de medios afines.

<sup>230</sup> BERNAL PULIDO, Carlos (2007). "El principio de...". Ob. cit., pp. 787.

<sup>231</sup> LASCURAÍN SÁNCHEZ, Juan Antonio. Ob. Cit., pp. 163 y ss.

problema de la necesidad de equilibrio entre los presupuestos de la reacción penal y la pena misma<sup>232</sup> y tiene, por tanto, una naturaleza eminentemente valorativa<sup>233</sup>; siendo, además, como todo juicio valorativo, un juicio en parte impreciso<sup>234</sup>.

En el caso de la ley penal, la imprecisión viene, además, especialmente impuesta por la heterogeneidad de los efectos comparados, pues se trata de que a través del tipo se pueda explicar y comprender en términos de desvalor la consecuencia jurídica prevista en el precepto y, con ello, la relación entre el delito y la pena<sup>235</sup>.

No obstante, y pese a que se mantenga esta concepción del subprincipio de proporcionalidad en sentido estricto, tampoco puede descartarse que el examen tradicional de proporcionalidad de las penas haya olvidado factores que tendrían que tenerse en cuenta (si fueran reconducibles a las magnitudes “gravedad del delito” o “gravedad de la pena”) y que hayan emergido a la superficie gracias a las nuevas teorías sobre el principio de proporcionalidad en sentido estricto. Sobre ello volveremos más adelante.

Antes, y tras lo dicho hasta el momento, surgen inevitablemente otras dos cuestiones que es preciso resolver con carácter previo. En primer lugar, se plantea si lo dicho hasta ahora no supone una concepción meramente retributiva y ciega a

---

<sup>232</sup> SÁNCHEZ LÁZARO, Fernando Guanarteme (2005). “¿Cómo se elabora una propuesta de ley penal? Reflexiones sobre la formulación de los preceptos jurídico-penales. Primera parte: Tipicidad”. En: Revista de Derecho Penal y Criminología, N° 16, Madrid, , p. 79.

<sup>233</sup> AGUADO CORREA, Teresa. Ob. cit., p. 241.

<sup>234</sup> LASCURAÍN SÁNCHEZ, Juan Antonio. Ob. cit., p. 177.

<sup>235</sup> AGUADO CORREA, Teresa. Ob. cit., p. 279, que termina remitiendo al criterio de la igualdad de FERRAJOLI, Luigi. Ob. cit., p. 279,

los fines del Derecho penal<sup>236</sup>. Y en segundo lugar, pero en conexión con lo anterior, se suscita la duda de dónde queda la visión prospectiva del Derecho penal y las consideraciones de prevención general y de prevención especial.

### **5.3. La abusiva instrumentalización de las garantías 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.

---

<sup>236</sup> Por ejemplo, para LOPERA MESA, Gloria Patricia. Ob. cit., pp. 179-180, el principio de proporcionalidad parece atender a una lógica retributiva con lo que surge el problema de compatibilizarlo con una doctrina de justificación del Derecho penal de corte consecuencialista.

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 que presentan 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 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, 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.

#### **5.4. El ius puniendi del Estado y las nuevas orientaciones de orden político-criminales**

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 perseguir la 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 –a largo 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 garantizar la seguridad y que ha conducido a acercar la actual lógica de las pruebas a prácticas 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.

## 5.5. Validación de hipótesis

La hipótesis formulada en la investigación fue que: “No existe una relación coherente y armónica entre el principio de proporcionalidad y las instituciones penales en los delitos de crimen organizado, debido a que las normas que regulan el crimen organizado vulneran el principio constitucional de proporcionalidad, razón por la cual solo se podrá legitimar las instituciones penales contra el crimen organizado en estricta aplicación del principio de proporcionalidad”, la cual ha quedado confirmada en base a los siguientes fundamentos:

a. El surgimiento de la actual idea de proporcionalidad que fue recogido luego en la época de nacimiento del Derecho Penal Público y desarrollado a partir de la época de las luces a partir de las surgentes tendencias hacia la humanización de las penas, convirtiéndose hoy en un verdadero principio limitador del *ius puniendi*, es decir en una garantía para la racionalización del poder y garantizar los derechos fundamentales.

b. Ante la necesidad de cautelar los intereses y valores fundamentales que rigen la sociedad, el poder legiferante suele desplegar una pluralidad de modos de actuación a la hora de infligir el castigo, que discurren fundamentalmente desde consideraciones preventivo generales. De allí que se criminalicen nuevas conductas extendiendo un cada vez más amplio espectro de punibilidad; se anticipe la tutela penal de bienes jurídicos castigando actos que en sí mismos no lesionan ni ponen en peligro inmediato al objeto tutelado; e incluso, y bajo el mismo presupuesto, se alcance la exacerbación de la respuesta penal elevando significativamente las penas.

c. Por otro lado, al invocar la prevención especial y el examen de la futura peligrosidad del individuo, el fundamento de la pena o de las medidas de seguridad sufre una inevitable tendencia a alejarse de la infracción primaria de la norma erosionando el principio de culpabilidad por el hecho, para alcanzar incluso la concretización de la mera inocuidad de la persona que va a ser castigada.

Ante esto, no es casual que autores como Mir Puig en España, hayan constatado una nueva huida al retribucionismo como único modo de soslayar la excesiva intervención del Derecho penal, ya que finalmente la retribución entendida bajo los lineamientos de un Estado de Derecho se transforma en una garantía a favor del individuo consistente en la prohibición de que la medida del castigo trascienda a la gravedad del hecho cometido. Así, la retribución explicaría la idea de que la culpabilidad es mensurable desde el prisma de la gravedad del hecho. Se pretende con estos planteamientos que la dignidad del ser humano se vea así reforzadamente protegida a través de la observancia del imperativo kantiano de no instrumentalización humana.

d. La utilización del principio de proporcionalidad en uno de aquellos ámbitos donde puede tener un mayor rendimiento, como lo es en el proceso de individualización judicial de la pena, a través de criterios válidos para construir un derecho penal cada vez más racional y sistemático, al configurarse como un baremo de legitimación del sistema jurídico penal. Por ello, nuestro sistema de individualización judicial de la pena, según lo visto, se sigue inclinando a favor de un rígido legalismo frente a una limitada y relativa discreción judicial, aunque es

verdad que el espacio de juego para el juez puede significarle a la persona castigada varios años de diferencia.

e. Para balancear mejor el equilibrio, no necesariamente debiera existir una ampliación de ese espacio de juego o una mayor discrecionalidad judicial, tanto en la selección como en la determinación de la pena en vista a conducir a una mayor moderación en el rigor de la misma, sino que dicha discrecionalidad debería ser guiada por pautas o criterios generales como los señalados, que permitan al juez, en una instancia donde realiza un actividad político criminal de primera magnitud, hacerse cargo del raciocinio utilizado para llegar a la individualización de la pena, lo que estaría en armonía con lo que dispone el art. 158 del Código Procesal Penal (2004) que al facultar a los tribunales para apreciar la prueba con libertad, les impone las limitaciones que emanan de los principios de la lógica, las máximas de la experiencia y los conocimientos científicamente afianzados.

De todos modos, el juez debe hacerse cargo de la prueba producida respecto de los hechos que a su criterio influyen en la menor o mayor medida de la pena exacta a imponer. Una ausencia de motivación en este punto constituye una infracción a la garantía constitucional del debido proceso, y motivo absoluto de nulidad en virtud del art. 150 inc. d. del Código Procesal Penal.

e. Siendo imposible dar una relación exhaustiva de todas estas circunstancias, en tanto en cuanto cada delito y la forma en que se despliega en la realidad puede tomar una infinidad de formas como la mente humana sea capaz de concebir, lo importante es que el juez explicité cómo es que el resultado de esta actividad de individualización exacta de la pena ha observado una interpretación ponderada de

las circunstancias objetivas y subjetivas que rodearon al hecho, y el modo en que ha procedido a ponderar retrospectivamente su gravedad, por un lado, y la reacción penal por el otro, situándose en una posición que siempre otorgue favorecimiento a los derechos fundamentales del individuo, especialmente en lo que dice relación con su libertad personal.

f. Todo lo anterior, además de proporcionar un mayor grado de racionalidad y sistematicidad a la actividad judicial posee varias ventajas. Entre ellas, podemos señalar la posibilidad de disminuir el riesgo de que el juez determine la pena única y exclusivamente en función del grado de impresión que le produjo el hecho, o que en razón de adecuar la pena a la gravedad del hecho recurran a prácticas altamente cuestionables como la recurrir a su sólo arbitrio en el momento de la calificación jurídica del hecho adoptando decisiones de difícil sustento teórico, o bien, haciendo uso de atenuantes o eximentes incompletas de modo artificioso e incluso recurrir a la libertad de prueba dada por el art. 158 del Código procesal penal, con el riesgo de ser impugnada su decisión por la vía del recurso de nulidad.

g. La criminalidad organizada, como todo fenómeno social delictivo, produce efectos importantes en la sociedad. 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.

h. 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>237</sup>: robos y asaltos a mano armada, secuestro, contrabando, terrorismo, trata de blancas, tráfico ilícito 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>238</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.

i. 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.

j. 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

---

<sup>237</sup> DININCRI-PNP. El Crimen Organizado en el Perú. Perú, 1999, p.4.

<sup>238</sup> PRADO SALDARRIAGA, Víctor. Óp. Cit., p. 67.



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.

k. 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.

1. 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.

m. 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 supraindividuales (como el medio ambiente o la economía).

## VI. CONCLUSIONES

1. El principio de proporcionalidad constituye una garantía y herramienta para legitimar las instituciones penales en los delitos de crimen organizado, en es sentido que el principio constitucional de proporcionalidad garantiza, de un lado, protección a los ciudadanos contra actuaciones excesivamente restrictivas de derechos por el Estado (prohibición de exceso) y, de otro, determina la suficiente tutela y concretización de los derechos fundamentales, incluso y especialmente a través de actuaciones positivas o comisivas (prohibición de protección deficiente o insuficiente).
2. La operatividad del principio de proporcionalidad tiene un rico terreno para ser desplegada, y por ende, tener plena vigencia, tal como se manifiesta en el ámbito de la proporcionalidad abstracta. Esto se refuerza con la idea de que ninguna actividad del juez, ni siquiera una que se califica como de discrecionalidad, debería desplegarse prescindiendo de los criterios que se expliciten expresamente en la ley, ni de las finalidades de la norma penal, ni de la observancia de los principios y criterios que de racionalización del ejercicio del ius puniendi.
3. 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.

4. La intervención penal puede y debe producirse con pleno respeto de los derechos y garantías constitucionales, así como de las las garantías y principios penales liberales consagrados, cuya observancia se pretende muchas veces eludir por imperativos de un supuesto incremento de la eficacia en la lucha contra el crimen y delincuencia organizada; y no solo considerar un fuerte sentimiento de inseguridad y desprotección por parte de la sociedad que suscitan.
  
5. Para aumentar las facultades de investigación del Estado se ha invocado la necesidad de combatir el crimen organizado. Dada la peligrosidad de este tipo de delincuencia y la dificultad de su esclarecimiento, se han incorporado a la legislación una serie de mecanismos de investigación que ponen en juego derechos fundamentales del individuo.

## VII. RECOMENDACIONES

1. Ante el miedo y el rechazo que provocan en la población los delitos vinculados a las organizaciones criminales, generan más votos los discursos que propugnan la eficacia en la investigación, aunque ello signifique desconocer las garantías y derechos fundamentales del individuo. La opinión pública tiende a aceptar con más facilidad los mensajes de dureza en la lucha contra la criminalidad que aquéllos otros que patrocinan una defensa a ultranza del sistema de garantías. Además, es más fácil recurrir a la radicalización en esa lucha, con medios cada vez más duros y agresivos, que la búsqueda de soluciones creativas. Por lo que se debe exigir a las autoridades judiciales garantizar la vigencia de los derechos fundamentales, a fin de controlar el poder del Estado, que, bajo el pretexto de combatir el delito, puede acumular un poder peligroso.
2. Las autoridades de investigación pueden hoy hacer algo impensado: inmiscuirse en la intimidad de las personas y acumular una gran cantidad de información sobre ellas, datos que posiblemente excedan el marco del proceso penal en el que se ordenó la medida de prueba. Para ello, las autoridades judiciales y fiscales deban aplicar el principio de proporcionalidad para determinar si se han violado las garantías y derechos constitucionales como el debido proceso, tutela judicial, el derecho a la intimidad y la prohibición de autoincriminación, de esa forma racionalizar el ejercicio del ius puniendi del Estado.

3. 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. Razón por la cual, los congresistas deban considerar que 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.

## VIII. REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS

- AGUADO, T. (1999). El principio de proporcionalidad en materia penal, Madrid: Edersa.
- ALDUNATE, E. (2008). Derechos fundamentales. Santiago de Chile: Legal Publishing.
- ALEXY, R. (2001). Teoría de los derechos fundamentales. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales.
- ALEXY, R. (2010). La construcción de los derechos fundamentales. Buenos Aires: Ad-Hoc.
- ANARTE, E. (1999). Aspectos penales, procesales y criminológicos. Huelva: Universidad de Huelva.
- ANTOLISEI, F. (1988). Manual de Derecho Penal. Parte General. 8va Edición. Bogotá: Editorial Temis.
- ARANZAMENDI, L. (2011). Fundamentos Epistemológicos de la Investigación básica y aplicada al Derecho. Lima: Grijley.
- ATIENZA, M. (2006). El derecho como argumentación. Barcelona: Ariel.
- BACIGALUPO, E. (2002). Técnica de resolución de casos penales. 2da Edición ampliada. Buenos Aires: Hammurabi.
- BARNÉS, J. (1998). “El principio de proporcionalidad. Estudio preliminar”. En: Cuadernos de Derecho Público, N° 5, Madrid.
- BASTOS, M. (2012). Diccionario de Derecho Constitucional Contemporáneo. Lima: Gaceta Jurídica.
- BERNAL, C. (2003). Los derechos fundamentales y la teoría de los principios. Biblioteca Virtual Miguel de Cervantes, Alicante.



- BERNAL, C. (2007). “El principio de proporcionalidad y los derechos fundamentales. El principio de proporcionalidad como criterio para determinar el contenido de los derechos fundamentales vinculante para el legislador”, 3ra. Edición, Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales.
- BINDER, A. (1997). Política criminal de la formulación a la praxis. Buenos Aires, Ad-hoc.
- BRIONES, G. (1986). Métodos y Técnicas de Investigación para las Ciencias Sociales. México: Trillas.
- CAFFERATA, J. (1997). Cuestiones actuales sobre el proceso penal. Buenos Aires: Del Puerto.
- CARBONELL, M. (2002). Teoría constitucional y derechos fundamentales. México: Comisión de los Derechos Humanos.
- CASTILLO, L. (2008). Derechos Fundamentales y Procesos Constitucionales. Lima: Grijley.
- CASTILLO, L. (2010). Hacia una reformulación del Principio de Proporcionalidad. Lima: Grijley.
- CEREZO, J. (1982). Problemas fundamentales del derecho penal. Madrid: Tecnos.
- CHONCLAN MONTALVO, José Antonio (2000). La organización criminal: tratamiento penal y procesal penal. Madrid: Dykinson.
- CÓRDOBA, J. (1996). “Nuevas formas de delito y principio de intervención mínima”. En: La Ley: Revista jurídica española de doctrina, jurisprudencia y bibliografía, N° 3, Madrid.

- CORPORACIÓN LATINOBARÓMETRO (2018). Informe 2018- CAF. Santiago de Chile.
- CUERDA, M. (1997). “Aproximación al principio de proporcionalidad en Derecho penal”, Tomo I, Valencia: Universidad de Valencia.
- DE LA MATA, N. (2007). El principio de proporcionalidad penal, Valencia: Tirant lo Blanch.
- DE TOLEDO Y UBIETO, O. y HUERTA, S. (1986). Derecho Penal Parte General, Teoría Jurídica del Delito. Segunda Edición corregida y aumentada. Madrid: Editor Rafael Castellanos.
- DELGADO, J. (2001). Criminalidad Organizada. Barcelona: Bosh.
- DENCKER, F. (1998). “Criminalidad organizada y procedimiento penal”, En: Nueva Doctrina Penal, Buenos Aires: Del Puerto.
- DONNA, E. (2006). “Derecho Penal, Parte General”, Tomo I (Fundamentos - Teoría de la ley penal), 1ª ed., Buenos Aires: Rubinzal Culzoni.
- DWORKIN, R. (1980). Los derechos en serio. Barcelona: Ariel.
- ETCHEBERRY, A. (1997). Derecho penal, Parte general. Tomo I. Tercera Edición Actualizada. Santiago: jurídica de Chile.
- FERNÁNDEZ, J. (2009). Principio de proporcionalidad y derechos fundamentales. Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales.
- FERRAJOLI, L. (2002). “Juspositivismo crítico y Democracia Constitucional”. En Revista Isonomía, Nº 16, abril, Alicante.
- FERRAJOLI, L. (1995). Derecho y razón. Teoría del garantismo penal. Madrid: Trotta.

- GARCÍA-PABLOS, A. (1996). "Sobre el principio de intervención mínima del Derecho penal como límite del ius puniendi." En Estudios penales y jurídicos. Homenaje al prof. Dr. Enrique Casas Barquero. Córdoba: Edición de la Universidad de Córdoba.
- GARRIDO, M. (2003). Derecho Penal, Parte general. Tomo II. Tercera Edición Actualizada. Santiago: Jurídica de Chile.
- GÓMEZ, G. (2005). Derechos fundamentales y recurso de protección. Santiago de Chile: Universidad Diego Portales.
- GONZÁLEZ-CUÉLLAR, N. (1990). "Proporcionalidad y derechos fundamentales en el proceso penal", Madrid: Colex.
- GOUVERT, J. (2007). "El crecimiento del poder punitivo y sus desbordes", La Ley, Actualidad, Año LXXI, No. 116, 19-Jun-2007, Madrid.
- GRACIA, L.; BALDOVA. M. y ALASTUEY, M. (2004). Lecciones de consecuencias jurídicas del delito, 3ra Edición. Valencia: Tirant lo Blanch.
- GUASTINI, R. (2001). «La 'constitucionalización' del ordenamiento jurídico: el caso italiano». En Carbonell, Miguel (ed.). Estudios de teoría constitucional. México: Fontamara.
- HASSEMER, W. (1989), "Lineamentos de una teoría personal del bien jurídico", traducción al castellano de Patricia Ziffer, En: Doctrina Penal, N. 46/47, Buenos Aires.
- HASSEMER, W. (1993). "Crisis y características del moderno derecho penal". traducción al castellano por Francisco Muñoz Conde. En: Actualidad Penal, N. 43, Madrid.

- HERNÁNDEZ, R. et al (2010). Metodología de la Investigación. México: McGraw-Hill.
- JAKOBS, G. - CANCIO, M. (2003). Derecho penal del enemigo. Madrid: Thomson-Civitas.
- JAKOBS, G. (1996). Sociedad, norma y persona en una teoría de un Derecho penal funcional, trad. de CANCIO, M. y FEIJOO, B., Madrid: Civitas.
- JESCHECK, H. y WEIGEND, T. (2002). Tratado de Derecho Penal, Parte general. Traducción de Olmedo C, Miguel. Quinta Edición, Granada: Comares.
- JIMÉNEZ, J. (1999). Derechos fundamentales. Concepto y garantías. Madrid: Trotta.
- LASCURAÍN, J. (1998). “La proporcionalidad de la norma penal”. En: Cuadernos de Derecho Público, N° 5, Madrid.
- LLOBET, M. (2018). “Delitos Contra el Orden Público”. En: SILVA, JM (Dir.)- RAGUÉS, R (Coord.). Lecciones de Derecho Penal. Barcelona: Atelier.
- LOPERA, G. (2006). “Principio de proporcionalidad y ley penal. Bases para un modelo de control de constitucionalidad de las leyes penales”, Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales.
- LUJAN; M. (2013). Diccionario Penal y Procesal Penal, Lima: Gaceta Jurídica.
- LUZON, D. (1996). Curso de Derecho Penal, Parte General, Madrid: Universitas.
- MACINTOSH, M. (2010). La organización del crimen. México: Siglo XIII.
- MACINTOSH. M. (2008). La Organización del Crimen. Cuarta Reimpresión. México. Siglo XXI.
- MEDINA, M. (1998). “El principio de proporcionalidad y el legislador de los derechos fundamentales”. En: Cuadernos de Derecho Público, N° 5, Madrid.

- MINISTERIO DEL INTERIOR. Megaoperativos contra el crimen organizado. Primer año de gestión. Lima: GBF Grafic. EIRL.
- MIR, S. (2002). "Principio de proporcionalidad y fines del Derecho penal", en Estudios jurídicos en memoria de José María Lidón / coord, por Juan Ignacio Echano Basaldúa, España: Universidad de Deusto.
- MIR, S. (2005). Derecho Penal Parte General, 7ma Ed. Barcelona: Reppertor.
- MUÑOZ, F. (1996). "El moderno derecho penal en el nuevo código penal. Principios y tendencias", En: La Ley: Revista jurídica española de doctrina, jurisprudencia y bibliografía, N° 3, Madrid.
- MUÑOZ, F. (2003), ¿Hacia un derecho penal del enemigo?, publicado en El País, el 15 de enero del 2003.
- MUÑOZ, F. (2004). Teoría General del delito. 3ra Edición. Valencia: Ed. Tirant lo Blanch.
- MUÑOZ, F. (2017). Derecho Penal. Parte Especial. 21ª Edición. Valencia: Tirant Lo Blanch.
- NOGUEIRA, H. (2008). Derechos fundamentales y garantías constitucionales, Santiago de Chile: Librotecnia.
- OBSERVATORIO DE CRIMINALIDAD (2018). Criminalidad Común 2013-2018. Ministerio Público-Fiscalía de la Nación. Lima. Octubre, Lima.
- ORTIZ, J. (2005). Razonabilidad y proporcionalidad en el Derecho penal (sustantivo y procesal) contemporáneo. Madrid: Civitas.
- PECES-BARBA, G. (1999). Curso de Derechos Fundamentales. Teoría General. Madrid: Universidad Carlos III de Madrid. Boletín Oficial del Estado.

- PEREIRA, A. (2003): Sistema político y constitucional de Alemania. Una introducción. Santiago de Compostela: Tórculo.
- PÉREZ, A. (2005). Los derechos fundamentales. Madrid: Tecnos.
- PÉREZ, M. (2011). “Criminalidad y Delincuencia Organizada en el Nuevo Proceso Penal”. En: Gaceta Penal y Procesal Penal. Tomo 30. Diciembre, Lima: Gaceta Jurídica.
- POLITOFF, S.; MATUS, J., y RAMÍREZ, M. (2006). Lecciones de Derecho Penal. Parte General. Segunda Edición Actualizada. Santiago: Jurídica de Chile.
- PONZUELO, L. (2003). “El debate sobre la expansión del Derecho penal”, en el libro homenaje al profesor Günther Jakobs “El Funcionalismo en Derecho Penal”, Tomo II, editado por el RAGUÉS, R. “Retos actuales de la Política Criminal y la Dogmática Penal”, En: Pensamiento Penal y Criminológico - Revista de Derecho Penal Integrado, año IV, No. 6, Córdoba: Mediterránea.
- PRADO, V. (2006). Criminalidad Organizada. Lima: Idemsa.
- PRADO, V. (2017). Derecho Penal parte especial: Los delitos. Lima: Fondo Editorial PUCP.
- PRADO, V. (2018). “Sobre la criminalidad organizada en el Perú y el artículo 317 del Código Penal”. En: <https://bit.ly/2j5vCCS>. Consulta: 11 de junio de 2019.
- PRADO, V. (2019). “La banda criminal en la legislación penal peruana”. En: Legis.pe. Disponible en: <https://lpderecho.pe/banda-criminal-legislacion-penal-peruana-victor-prado-saldarriaga/>.
- PRITTWITZ, C. (2000). "El Derecho penal alemán: ¿fragmentario? ¿subsidiario? ¿última ratio?" En: La insostenible situación del derecho penal. Granada: Comares.

- QUINTERO, G. (1982). "Acto, resultado y proporcionalidad". En Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales, T. XXXV, Fase. II, Mayo- Agosto, Toledo: UCLM.
- RIVERA, J. (2005). "Fundamentos sobre el carácter vinculante de las resoluciones del tribunal constitucional". En: Anuario Iberoamericano de Justicia Constitucional, Núm. 9, Madrid.
- ROBLES, L. (2014). Guía metodológica para la elaboración del proyecto de Investigación Jurídica. Lima: Ffecaat.
- ROBLES, L. et al (2012). Fundamentos de la investigación científica y jurídica. Lima: Fecatt.
- ROMERO, A. (2015). La Asociación Criminal y los Delitos en Banda en el Derecho Penal Alemán. Fundamentos Históricos, Dogmáticos y de Política Criminal. Bogotá: Universidad Externado de Colombia.
- ROXIN, C. (1997). Derecho Penal Parte General. Tomo I. Traducción de la segunda edición alemana, por Luzón Peña, Diego, Díaz y García Conlledo, Miguel; De Vicente Remesal, Javier, Madrid: Civitas.
- ROXIN, C. (2007). Pasado, presente y futuro del Derecho procesal penal. Versión castellana de Óscar Julián Guerrero Peralta", 1ª ed., Buenos Aires: Rubinzal Culzoni.
- ROY, L. (1983). Derecho Penal Peruano. Tomo III. Parte Especial. Delitos Contra el Patrimonio. Lima: Instituto Peruano de Ciencias Penales.
- RUIZ, J. (2009). "Estado Constitucional de Derecho, democracia y descentralización". En: Estado de derecho en el marco de la Descentralización en los Países Andinos. Lima: Capacides.

- SÁNCHEZ, F. (2005). “¿Cómo se elabora una propuesta de lege ferenda? Reflexiones sobre la formulación de los preceptos jurídico-penales. Primera parte: Tipicidad”. En: Revista de Derecho Penal y Criminología, N° 16, Madrid.
- SÁNCHEZ, R. (2010). El principio de proporcionalidad. México: Instituto de Investigaciones Jurídicas - UNAM.
- SERRANO, M. (2005). La expansión del Derecho penal en el ámbito de la delincuencia económica. La tutela penal de los mercados financieros”, Revista de Derecho Vol. XVIII, N° 1, Julio – Valdivia - Chile.
- SILVA, J. (2006). La expansión del Derecho penal. Aspectos de la Política criminal en las sociedades postindustriales. 2da. edición, Montevideo-Buenos Aires: BdeF.
- SILVA, JM. (2007). "La teoría de la determinación de la pena como sistema (dogmático): un primer esbozo." En Indret, Revista para el Análisis del Derecho N°2, En: <http://www.indret.com>.
- SOLÍS, A. (2001). Metodología de la Investigación Jurídico Social. Lima.
- TERRAGNI, M. (2006). “El delito culposo”, Buenos Aires: Rubinzal Culzoni.
- TORRES, J. (2016). Criminalidad Organizada en el Perú: Narcotráfico, Corrupción y otros Delitos. Lima: Centro de Investigación Drogas y Derechos Humanos.
- VELÁSQUEZ, F. (1995). Derecho Penal. Parte General, 2ª ed., Bogotá: Temis.
- VON HIRSCH, A. (2003). "Retribución y prevención como elementos de justificación de la pena." En: Arroyo Zapatero, Luis, Neumann, Ulfrid, Nieto



- Martín Adán. (Coord.): Crítica y justificación del Derecho penal en el cambio de siglo. Cuenca: Ed. Universidad de Castilla - La Mancha (Estudios; 91).
- WOLTER, J. y FREUND, G. (2004). En El sistema integral del derecho penal, Barcelona: Marcial Pons.
- ZAFFARONI, E. (1998). “La creciente legislación penal y los discursos de emergencia”, Teorías Actuales en el Derecho Penal, Buenos Aires: Ad-Hoc.
- ZAFFARONI, E. (1998). “La creciente legislación penal y los discursos de emergencia”, En: Teorías Actuales en el Derecho Penal, Buenos Aires: Ad-Hoc.
- ZAFFARONI, E. (2005). En torno a la cuestión penal. Montevideo - Buenos Aires: BdeF.
- ZAGREBELSKY, G. (1995). El derecho dúctil. Ley, derechos, justicia. Madrid: Trotta.
- PRIETO SANCHÍS, Luis (2009). Justicia constitucional y Derechos Fundamentales. Madrid: Trotta.
- ZELAYARAN, M. (2000). Metodología de la investigación jurídica. Lima: Ediciones Jurídicas.
- ZÚÑIGA RODRÍGUEZ, Laura (2008). “Criminalidad organizada y Derecho penal, dos conceptos de difícil conjunción”. En: AA. VV. Cuestiones actuales del Derecho penal. Crisis y desafíos. Lima: Ara Editores.
- ZÚÑIGA RODRÍGUEZ, Laura (2018). “Comentarios al art. 317 del Código Penal: La criminalización de las asociaciones ilícitas a la luz del Derecho Comparado”. En: Criminalidad de empresa y Criminalidad Organizada. Lima: Jurista Editores.

## ANEXO: MATRIZ DE CONSISTENCIA LÓGICA

### TITULO: EL PRINCIPIO DE PROPORCIONALIDAD Y LA LEGITIMACIÓN DE LAS INSTITUCIONES PENALES EN LOS DELITOS DEL CRIMEN ORGANIZADO EN EL PERÚ

PROBLEMAS	OBJETIVOS	HIPÓTESIS Y VARIABLES	METODOLÓGÍA
<p style="text-align: center;"><b>Problema general</b></p> <p>¿Cuál es la relación que existe entre el principio de proporcionalidad y la legitimación de las instituciones penales en los delitos del crimen organizado en el Perú?</p> <p style="text-align: center;"><b>Problemas específicos</b></p> <p>a) ¿Qué argumentos existen para justificar si las instituciones penales en los delitos de crimen organizado son compatibles y coherentes con el principio de proporcionalidad?</p> <p>b) ¿Cuáles son las innovaciones que presenta la ley contra la delincuencia organizada para poder enfrentar el fenómeno del crimen organizado en el Perú?</p> <p>c) ¿Qué críticas y deficiencias presentan las instituciones penales en los delitos contra el crimen organizado, desde la aplicación del principio de proporcionalidad?</p> <p>d) ¿Cuál es el tratamiento jurídico y jurisprudencial a nivel nacional y del derecho comparado de las instituciones penales contra el crimen organizado y el principio de proporcionalidad?</p>	<p style="text-align: center;"><b>Objetivo general</b></p> <p>Analizar la relación que existe entre el principio de proporcionalidad y la legitimación de las instituciones penales en los delitos del crimen organizado en el Perú.</p> <p style="text-align: center;"><b>Objetivos específicos</b></p> <p>a) Establecer los argumentos para justificar si las instituciones penales en los delitos de crimen organizado son compatibles y coherentes con el principio de proporcionalidad.</p> <p>b) Describir las innovaciones que presenta la ley contra la delincuencia organizada para poder enfrentar el fenómeno del crimen organizado en el Perú.</p> <p>c) Identificar y explicar las críticas y deficiencias que presenta las instituciones penales en los delitos contra el crimen organizado, desde la aplicación del principio de proporcionalidad.</p> <p>d) Determinar el tratamiento jurídico y jurisprudencial a nivel nacional y del derecho comparado de las instituciones penales contra el crimen organizado y el principio de proporcionalidad.</p>	<p style="text-align: center;"><b>HIPÓTESIS</b></p> <p>No existe una relación coherente y armónica entre el principio de proporcionalidad y las instituciones penales en los delitos de crimen organizado, debido a que las normas que regulan el crimen organizado vulneran el principio constitucional de proporcionalidad, razón por la cual solo se podrá legitimar las instituciones penales contra el crimen organizado en estricta aplicación del principio de proporcionalidad.</p> <p style="text-align: center;"><b>VARIABLES</b></p> <p>Variable Independiente (X): El principio de proporcionalidad</p> <p>Variable Dependiente (Y): Legitimación de las instituciones penales en los delitos del crimen organizado</p>	<p><u>TIPO DE INVESTIGACIÓN:</u> Dogmática</p> <p><u>TIPO DE DISEÑO:</u> No Experimental</p> <p><u>DISEÑO GENERAL:</u> Transversal</p> <p><u>DISEÑO ESPECÍFICO:</u> Explicativa</p> <p><u>UNIDAD DE ANALISIS:</u> Estará será Documental conformada por la Doctrina, Normatividad y jurisprudencia.</p> <p><u>PLAN DE RECOLECCIÓN, PROCESAMIENTO Y ANALISIS</u></p> <ul style="list-style-type: none"> <li>▪ Identificación del lugar donde se buscó la información.</li> <li>▪ Identificación y registro de las fuentes de información.</li> <li>▪ Recojo de información en función a los objetivos y variables.</li> <li>▪ Análisis y evaluación de la información.</li> <li>▪ Sistematización de la información</li> </ul> <p>Para el análisis de la información se empleará la técnica de análisis cualitativo: Triangulación de teorías.</p> <p><u>INSTRUMENTO(S) DE RECOLECCIÓN DE LA INFORMACIÓN</u> Recojo de información: Técnica documental Instrumentos: Fichas y la técnica de análisis de contenido cuyo instrumento es la ficha de análisis de contenido.</p> <p><u>ANALISIS DE LA INFORMACIÓN</u> Para el análisis de la información se empleó la técnica cualitativa y la triangulación de teorías.</p> <p><u>VALIDACIÓN DE LA HIPOTESIS:</u> Método de la argumentación jurídica.</p>

