

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



EL PODER PUNITIVO DEL ESTADO EN LA CREACIÓN
DE LOS TIPOS PENALES EN EL ORDENAMIENTO
JURÍDICO PERUANO

Tesis para optar el Título Profesional de Abogado

Responsable de la investigación:

Bach. RAMÍREZ DE LA CRUZ ABELARDO HERMOGENES

Asesor:

Dr. LUIS WILFREDO ROBLES TREJO

Huaraz – Perú

2016

AGRADECIMIENTOS

*Mi más sincero agradecimiento, a la
Facultad de Derecho y Ciencias Políticas
de la UNASAM, por habernos permitido
hacer realidad un sueño.*

DEDICATORIA

*A mi familia por su apoyo y comprensión
en esta tarea de ser mejor.*

ÍNDICE

	Pág.
RESUMEN	7
ABSTRACT	8
INTRODUCCIÓN	9

CAPÍTULO I

EL PROBLEMA Y LA METODOLOGÍA DE LA INVESTIGACIÓN

1.1. Descripción del problema	13
1.2. Formulación del problema	25
1.2.1. Problema general.....	15
1.2.2. Problemas específicos	15
1.3. Importancia del problema	16
1.4. Justificación y viabilidad.....	20
1.5. Formulación del objetivos.....	23
1.5.1. Objetivo general.....	23
1.5.2. Objetivos específicos	23
1.6. Formulación de hipótesis	24
1.6.1. Hipótesis general.....	24
1.6.2. Hipótesis específicas	24
1.7. Variables	24
1.8. Metodología	25
1.8.1. Tipo y diseño de investigación	25
1.8.2. Plan de recolección de la información	26
1.8.3. Instrumento(s) de recolección de la información.....	26

1.8.4. Plan de procesamiento y análisis de la información	27
1.8.5. Técnica de análisis de la información	28
1.8.6. Validación de la hipótesis	28

CAPÍTULO II

MARCO TEÓRICO

2.1. Antecedentes	30
2.2. Bases teóricas	32
2.2.1. La ciencia del Estado	32
2.2.2. El ius puniendi del Estado.....	39
2.2.3. Principio de intervención mínima.....	48
2.2.4. Derecho penal moderno	57
2.2.5. El principio de proporcionalidad y de razonabilidad como límite constitucional al poder del Estado	74
2.2.6. El principio de interdicción de la arbitrariedad	79
2.3. Definición de términos.....	82

CAPÍTULO III

RESULTADO Y ANÁLISIS DE INFORMACIÓN

3.1. Consideraciones generales sobre el fin de protección del derecho penal: El bien jurídico.....	86
3.2. El tipo penal como límite a la actuación arbitraria en el Estado Constitucional	133
3.3. La política criminal y los principios político criminales limitadores de la intervención punitiva del Estado	137

CAPITULO IV

VALIDACIÓN DE HIPÓTESIS

4.1. Concepto Jurídico–Constitucional del Bien Jurídico.....	148
4.2. El poder punitivo del Estado y sus limitaciones.....	150
4.2.1. Derecho penal como instrumento de defensa de los valores de la comunidad	151
4.2.2. ¿Qué protege la norma penal?	153
4.2.3. Principio de Intervención mínima: consecuencias	155
4.2.4. Principio de Intervención Legalizada	156
4.2.5. Expansionismo penal, un fenómeno mundial presente en nuestro Estado.....	158
4.3. Expansionismo penal en la legislación penal peruana.....	160
4.3.1. El terrorismo	160
4.3.2. La criminalidad organizada.....	162
4.3.3. Los delitos sexuales	166
4.3.4. Los delitos de corrupción	168
4.4. Criterios de legitimidad en el ejercicio del iuspuniendi en base a los principios garantísticos	171
4.4.1. Derecho penal como medio de control social	171
4.4.2. Principios de legalidad y del debido proceso.....	175
CONCLUSIONES	183
RECOMENDACIONES	186
REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS	187

RESUMEN

El objetivo de la investigación fue analizar y establecer la relación que existe entre el poder punitivo del Estado y la creación de los tipos penales en el ordenamiento jurídico peruano; para lo cual se realizó una investigación no experimental, de naturaleza dogmática, transversal, explicativa. La unidad de análisis estuvo constituida por el análisis de la doctrina, jurisprudencia y normatividad. Se utilizaron como técnicas el fichaje y el análisis de contenido, utilizando como instrumentos de recolección de información las fichas y ficha de análisis de contenido respectivamente. Entre los métodos empleados en la investigación se tiene: dogmático, exegético, hermenéutico, argumentación jurídica.

La hipótesis formulada en la investigación fue confirmada en base a los argumentos del garantismo penal expuestos en el trabajo; demostrando que existe una relación negativa y contradictoria entre el poder punitivo del Estado y la creación de los tipos penales en el ordenamiento jurídico peruano, toda vez que el legislador al crear los tipos penales y tipificar una conducta como punible viene inobservando los límites del carácter punitivo del Estado, así como los principios de la dogmática penal; en consecuencia esta postura del legislador, se vuelve peligrosa, ya que no responde a un análisis exhaustivo de las situaciones conflictivas, sino que lo hace ante una opinión pública deseosa de punir; y ante esta situación el legislador bajo el término “criminal” crea delitos y no lo hace de la manera más conveniente, lo que implica una justificación del endurecimiento del derecho penal y la ampliación del ámbito de arbitrariedad selectiva.

Palabras claves: Estado, Ius puniendi, Tipos penales, ordenamiento jurídico.

ABSTRACT

The aim of the research was to analyze and establish the relationship between the punitive power of the state and the creation of criminal offenses in the Peruvian legal system; for which a non-experimental research was conducted, dogmatic, cross, explanatory nature. The analysis unit consisted of the analysis of the doctrine, jurisprudence and regulations. The signing and content analysis, using data collection instruments tabs and tab content analysis respectively were used as techniques. Among the methods used in the research we have: dogmatic, exegetical, hermeneutical, legal argument.

The hypothesis formulated in the investigation was confirmed based on the arguments of penal guarantees exposed at work; demonstrating that there is a negative and contradictory relationship between the punitive power of the state and the creation of criminal offenses in the Peruvian law, since the legislature to create criminal offenses and establish one as a criminal offense has failed to observe the limits of punitive State as well as the principles of the criminal dogma; therefore this position of the legislator, becomes dangerous because it does not respond to a comprehensive analysis of conflict situations, but it does before a public eager to punish; and in this situation the legislator under the term “criminal” creates crimes and it does the most convenient way, which implies a justification hardening of criminal law and the extension of the scope of selective arbitrariness.

Key Words: State Ius puniendi, Types criminal, law.

INTRODUCCIÓN

El presente trabajo investigativo tiene como objetivo principal analizar y establecer la relación que existe entre el poder punitivo del Estado y la creación de los tipos penales en el ordenamiento jurídico peruano, en ese sentido los principios del Derecho penal cumplen la función de limitar el poder punitivo del Estado para fortalecer y mantener vigente la esencia del Estado de Derecho. En virtud de los principios, la afectación de la libertad del ciudadano no queda expuesta a una suerte de arbitrariedad, sino ella queda sujeta a un sistema ordenado de conceptos sustraídos a la mera subjetividad e intereses diversos de quien ostenta el poder de decidir un caso concreto. Por ello los principios brindan legitimación a toda práctica estatal que implique la restricción de los derechos de la persona.

A pesar que los principios sientan la base de control de toda limitación del poder estatal no debiendo siquiera imaginarse la posibilidad de su relativización, los tiempos recientes están demostrando que la absolutez de los principios vienen perdiendo esa fuerza frente al fenómeno de la inseguridad que genera determina forma de criminalidad. Ello está obligado a los Ordenamientos Jurídicos contemporáneos, entre ellos al nuestro, a introducir ciertas excepciones en torno a la aplicación de los principios.

Es precisamente esta cuestión lo que se analiza en el presente trabajo de investigación, donde se analizan algunos principios claves del Derecho penal con la finalidad de penetrar en el contenido del principio y procurar delimitar en lo posible hasta dónde admitir alguna flexibilización en su configuración. Así, por ejemplo, se analizan los principios de legalidad, de culpabilidad con las garantías

derivadas del mismo, el principio de lesividad, de proporcionalidad, de defensa, de legitimidad de prueba, entre otros.

Si bien los tiempos de la inseguridad han conducido a relativizar la configuración de algunos principios, ello sólo ocurre de manera excepcional, incluso temporal. Esto es así porque la fuerza limitadora del poder estatal de los principios es irrenunciable, lo que pone de manifiesto que la idea de Estado de Derecho es para el servicio de la persona y no al revés.

El delito como parte del Derecho Penal se encuentra regulado por nuestro ordenamiento jurídico y al ser estudiada por la teoría del delito es definida desde un aspecto formal y material, lo que nos permite determinar y preguntarnos sobre sus presupuestos de punibilidad para que ella sea legítima, válida y cumpla su papel motivador de la conducta humana y social.

Así, el delito en sentido formal es definido por sus consecuencias jurídicas y dentro del marco de la conducta positivizada – tipo penal así, un comportamiento es delito no porque se encuentra regulada normativamente como infracción, mediante mandatos o prohibiciones, sino porque ella es sancionada punitivamente, en la cual el Estado ejerce el *ius Puniendi*.

Por otro lado un concepto material del delito es anterior a la conducta positivizada y responde a los presupuestos de punibilidad, a los criterios materiales que debe cumplir una conducta para que el Estado se encuentre legitimado en sancionarla con una pena.

Por tanto, “el concepto material del delito es previo al Código Penal y le suministra al legislador un criterio político criminal sobre lo que debe penar y lo que debe dejar impune”, toda vez que uno de los caracteres del derecho penal es el de ser “fragmentario y subsidiario” a la protección de bienes jurídicos; en consecuencia, el delito es definido en relación a! bien jurídico penal que protege, no perteneciendo a! cometido del Derecho Penal y a un Estado Democrático de Derecho el conminar con una sanción punitiva.

Existen otros preceptos jurídicos que también regulan normativamente infracciones conminadas con sanciones distintas a las de carácter punitivo, por lo que no pertenecen al Derecho Penal. Así, en el derecho disciplinario administrativo las sanciones que se imponen por desobediencia o conducta indebida ante un tribunal conforme al Art. 53 del Código Procesal Civil, aunque consistan en la restricción de la libertad u pago de multas no son penas en el sentido del Derecho Penal.

Comportamientos cuya vulneración no tengan repercusiones sociales, como ocurre con las normas de comportamiento ético–social. Morales, religiosas, ideológicas, políticas o que respondan a satisfacer determinados actos de venganza social

En ese contexto se ha elaborado el presente trabajo, estructurado en cuatro capítulos: el Capítulo I, está referido al Problema y la metodología de la investigación, en la cual siguiendo el diseño de la investigación científica se elaboró el planteamiento del problema, la formulación del problema, los objetivos, hipótesis y la metodología. En el Capítulo II, está referido al marco teórico de la

investigación, en el cual en base a la técnica del Fichaje y análisis de contenido se elaboró el sustento teórico–doctrinario de nuestra investigación, para lo cual se tomó las principales teorías jurídicas para explicar el problema planteado. El Capítulo III, está referido al trabajo de recojo de información vinculante a nuestro tema y en base a las variables de investigación, los mismos que fueron luego analizados en base a la técnica del análisis cualitativo. El capítulo IV, referido a la discusión y validación de la Hipótesis, el cual en base a los resultados obtenidos se procedió a realizar la discusión de los resultados en base al marco teórico y luego se procedió de determinar los fundamentos que justifican la validez de las hipótesis planteadas.

El titulado.

CAPÍTULO I

EL PROBLEMA Y LA METODOLOGÍA DE LA INVESTIGACIÓN

1.1. Descripción del problema

Las últimas reformas de las ciencias penales ha conllevado a la exigencia de que el Derecho Penal solo puede proteger bienes jurídicos³ es decir, sólo tiene que asegurar determinados bienes previamente dados, como la vida (Art. 106 del Código Penal), el patrimonio (Art. 185 del Código Penal), etc. Dicha exigencia, ha conllevado a una restricción del *ius Puniendi* – derecho de penar – que tiene el Estado en un doble sentido: Primero, la exclusión de meras conductas inmorales del Derecho Penal por no ser lesivas al bien jurídico, que no implica desconocer la interrelación que existe entre el Derecho y la moral. Segundo, la exclusión de las contravenciones del Derecho Penal; que son meras reglamentaciones estatales de orden y bienestar; que conllevan sanciones de carácter administrativo.

Por lo que, siendo el Derecho Penal, como medio de control social, la más dura de todas las intromisiones estatales en la libertad de individuo, sólo se le puede hacer intervenir cuando otros medios de control social menos duros no sean eficaces y suficientes; pues lo contrario y el hecho que el Estado recurra siempre al Derecho Penal cuando otros medios de política social puedan proteger igualmente o incluso con más eficacia un determinado bien jurídico implicaría la vulneración del principio de proporcionalidad y de necesidad. Por ejemplo, los incumplimientos contractuales se pueden solucionar mediante una acción civil y medidas de ejecución forzosa, siendo inadecuado la intervención del Derecho Penal; pero, si en

la relación contractual se ocasionó un perjuicio mediando engaño y con ánimo de lucro de una de las partes, si encuentra justificación la intervención del Derecho Penal al haberse menoscabado de manera consistente el bien jurídico del patrimonio individual y entra en juego el tipo penal de la estafa (Art. 196 del código penal)

En consecuencia, la protección de bienes jurídicos no es exclusivo del Derecho Penal, sino que a ello ha de cooperar el instrumental de todo el ordenamiento jurídico, pues, el Derecho Penal es el último entre todas las medidas protectoras, que sólo se le puede hacer intervenir cuando fallen otros medios de solución social del problema: siendo la pena la “última ratio de la política social” y su misión es la de “protección subsidiaria de bienes jurídicos” en la medida que el Derecho Penal. Solo protege una parte de los bienes jurídicos e incluso no siempre de modo general, sino solo a formas de ataques concretos, por lo que se habla también de la naturaleza “fragmentaria del derecho penal”.

Por otro lado, el principio de subsidiariedad más que un mandato vinculante es una directriz político criminal. Por lo que, un primer problema de decisión de política social es fijar hasta qué punto el legislador, con prudente criterio, decide si quiere proteger un bien jurídico penalmente o con otros medios jurídicos extrapenales que sean suficientemente eficaces; por lo que, la punición de una infracción insignificante o con una pena que no guarde correlación podría ser nula por vulnerar la prohibición de exceso y el principio de proporcionalidad y de necesidad siendo tal acto inconstitucional.

Basta recordar, que muchos legisladores pretendieron y otros lograron sancionar punitivamente – mediante penas – conductas como el propiciar las peleas

de animales, la prohibición del usos de animales en fiestas con la finalidad de sacrificarlos, el no usar determinadas prendas de vestir provocadoras, el acose sexual, etc.; cuando bien estas pueden encontrar solución recurriendo a reglamentaciones administrativas, o, cuando determinadas conductas fueron considerados como actos de terrorismo o de traición a la patria cuando en realidad no tenían dicha connotación, con la única finalidad de imponer medidas restrictivas y represivas: lo cual ha conllevado a que tanto la Corte Interamericana de Derechos Humanos y el Tribunal Constitucional declaren muchos de dichos dispositivos dictados en la década pasada como inconstitucionales y ha conllevado a que se declaren nulos los juicios realizados.

Lo cierto es que nuestra realidad nos demuestra que existe un aumento de la delincuencia y criminalidad en sus diversas modalidades, y ello consideramos que no se va a solucionar sancionando punitivamente determinadas conductas, creando nuevos tipos penales, o aumentando las penas, es decir, endureciendo el derecho penal.

1.2. Formulación del problema

1.2.1. Problema general

¿Cuál es la relación que existe entre el poder punitivo del Estado y la creación de los tipos penales en el ordenamiento jurídico peruano?

1.2.2. Problemas específicos

a) ¿Qué límites existen respecto al poder punitivo del Estado en la

creación de tipos penales y al momento de determinar una conducta como punible en el marco del Estado Constitucional y derecho penal garantista?

- b) ¿Cuáles son los principios del Derecho Penal y presupuestos procesales de punibilidad que se debe observar el legislador al momento de determinar que conducta sea merecedor de una sanción penal en el ordenamiento jurídico peruano?
- c) ¿El legislador peruano al momento de la creación de tipos penales y al momento de determinar una conducta como punible viene observando y/o respetando los límites del poder punitivo, los principios del derecho penal y los presupuestos procesales de punibilidad en el ordenamiento jurídico peruano?
- d) ¿A qué responde la respuesta ilimitada en la creación de leyes penales por parte del Estado en la creación de tipo penales y al momento de determinar una conducta como punible en el ordenamiento jurídico peruano?

1.3. Importancia del problema

El presente problema de investigación se justifica doctrinariamente en la teoría de la intervención mínima del derecho penal. Según esta teoría jurídica el Derecho Penal sólo debe intervenir en aquellos actos que atenten gravemente contra bienes jurídicos protegidos. Su intervención debe ser útil de lo contrario pierde su justificación. Cuando se demuestre que una determinada reacción penal es inútil

para cumplir su objetivo protector, deberá desaparecer, aunque sea para dejar lugar a otra reacción penal más leve.

Este principio supone un límite fundamental a las leyes penales, estableciendo que éstas sólo se justifican en la medida que sean esenciales e indispensables para lograr la vida en sociedad. El principio de intervención mínima incluye los sub-principios¹:

- a) Principio de fragmentariedad: El Derecho Penal no protege todos los bienes jurídicos de la sociedad sino, sólo los más importantes.
 - Principio de intervención mínima en las penas: Se deben aplicar penas de corta duración, pues, son más efectivas.
 - Principio de humanidad en las penas: Éstas no tienen por qué ser inhumanas, deben tender a resocializar al sujeto y prevenir el delito.
 - Principio de proporcionalidad: La pena debe ser proporcional a la magnitud del daño causado y al desprecio del orden jurídico.
- b) Principio de subsidiariedad: El Derecho Penal es el último medio de control formal al cual debe recurrir la sociedad.
- c) Principio de última ratio: El Derecho Penal debe intervenir sólo cuando los otros medios de control social –formales e informales– han fracasado.
- d) Principio de protección de bienes jurídicos: El Derecho Penal no puede intervenir en todos los conflictos sociales que se presenten, sino que debe

¹ BUSTOS RAMÍREZ, Juan (2010). “Principios fundamentales de un derecho penal democrático”. Disponible en sitio web: <http://www.cienciaspenales.org/revista%2008/Bustos08.htm>. Consultado el 10 de junio de 2016.

limitarse a la protección de los valores fundamentales del orden social. Estos valores fundamentales son los “bienes jurídicos” –interés jurídicamente tutelado–; no todos los bienes jurídicos cuentan con protección penal, sino sólo los más importantes. Lo que el Derecho Penal puede y quiere evitar es la guerra general, la lucha de todos contra todos.

El principio de intervención mínima se opone a la función promocional del Derecho Penal, por la cual el Estado, apelando al ordenamiento jurídico penal, no sólo tutelaría bienes jurídicos, sino sería el encargado de propulsar y promover el desarrollo de la vida social.

La función promocional del Derecho Penal está dando lugar a procesos de neocriminalización en determinados sectores de la sociedad como el ecológico, económico, fiscal, laboral, etc., de manera abierta e indiscriminada, incurriéndose en una reprochable huida al Derecho Penal y en una lamentable “inflación penal”. Una función promocional inspira siempre una política intervencionista, potenciándola o exacerbándola, cuando en la realidad ese papel le corresponde a otros sectores de la vida estatal como a una correcta política económica, fiscal o monetaria y a una política social mucho más amplia.

Por otro lado, la doctrina penal afirma que el postulado de intervención mínima tiene dos grandes manifestaciones: “una externa: debe prescindirse de la conminación y la sanción penal siempre que en el caso de que se trate quepa esperar similares –o superiores– efectos preventivos de medios menos lesivos como medidas de política social, sanciones propias del derecho civil, administrativo, etc. La otra manifestación es interna: debe prescindirse de una determinada sanción

penal siempre que quepa esperar similares efectos preventivos de otra sanción penal menos gravosa”.

Así mismo, el acto de sancionar como retribución de daños ocasionados no es un hecho nuevo, sino ello existe desde los orígenes de las civilizaciones: es así que históricamente existieron las formas de solución a los conflictos: como son: la autotutela que permitía que cada persona perjudicada haga su propia justicia a su modo; la heterocompocición no procesal izada; al recurrirse a una tercera persona para que dirima el conflicto de acuerdo a su buen saber y entender, y, por último, la heterocompocición procesal izada, donde el tercero actúa atendiendo a un proceso reglado por imperio de la ley.

Es en ese mismo sentido, la potestad de imponer sanciones y sus formas ha variado a través del tiempo y espacio, así, en un inicio las penas eran corporales, luego pecuniarias y en la actualidad la pena puede implicar la restricción de la libertad ambulatoria, de igual manera, una conducta era considerada delito y merecedora de una dependiendo el arbitrio de quien detentaba el poder, no existiendo limitación alguna, pues todo acto que tenía dicha connotación también era considerado como un daño el rey o gobernante: pero es con las ideas de la ilustración y la revolución francesa que empieza por la preocupación de establecer los parámetros de la potestad sancionadora penal.

Es así, a partir del S. XIX que los juristas se preocuparon en elaborar una teoría del delito e identifica sus elementos naturales. Aparecieron publicaciones como la de Lehrbuch De Franz Von Liszt quien formula la distinción entre culpabilidad y antijuricidad; como la de Nernest Von Beling (1906), quien

establece; un tercer elemento del delito; la tipicidad. Como el principio de legalidad como pilar rector dentro de toda la actividad en materia penal, el de lesividad de los bienes jurídicos el de fragmentariedad y subciediariedad del Derecho Penal por ser la última ratio.

En problema se presenta cuando las conquistas alcanzadas por el Derecho Penal Liberal, son desconocidas o no tomadas en cuenta por nuestros legisladores lo que ha originado la creación de tipos penales que no responden a una correcta política criminal; sino al contrario tienen motivaciones extra penales; por lo que, dentro de un Estado de Derecho Constitucional devienen en irritas y por ende en inconstitucionales.

1.4. Justificación y viabilidad

1.4.1. Justificación teórica

El presente problema tuvo su desarrollo teórico doctrinario sustentando en el Neoconstitucionalismo² y la Teoría del Garantismo Penal³, las mismas que justificaron la investigación y permitieron desarrollar el marco teórico al respecto. El garantismo en materia penal se corresponde con la noción de un derecho penal mínimo⁴, que intenta poner fuertes y rígidos límites a la actuación del poder punitivo del Estado.

² Cfr.: CARBONELL, Miguel (2009). *Neoconstitucionalismo*. Madrid: Editorial Trotta.

³ Cfr.: FERRAJOLI, Luigi (1995). *Derecho y Razón. Teoría del garantismo penal*. Madrid: Editorial Trotta.

⁴ FERRAJOLI, Luigi (2006). *Sobre los derechos fundamentales y sus garantías*. México: Coordinadora Nacional de Derechos Humanos, p. 38.

Esta vertiente del garantismo se proyecta en garantías penales sustanciales y garantías penales procesales. Entre las garantías sustanciales se encuentran los principios de estricta legalidad, taxatividad, lesividad, materialidad y culpabilidad. Entre las garantías procesales están los principios de contradicción, la paridad entre acusación y defensa, la separación rígida entre juez y acusación, la presunción de inocencia, la carga de la prueba para el que acusa, la oralidad y la publicidad del juicio, la independencia interna y externa de la judicatura y el principio del juez natural⁵.

1.4.2. Justificación practica

Buscó explicar los límites existen respecto al poder punitivo del Estado en la creación de tipo penales y al momento de determinar una conducta como punible en el marco del Estado Constitucional y derecho penal garantista; así como el papel de los principios del Derecho Penal y presupuestos procesales de punibilidad que se debe observar el legislador al momento de determinar que conducta sea merecedor de una sanción penal en el ordenamiento jurídico peruano; y si el legislador peruano al momento de la creación de tipos penales y al momento de determinar una conducta como punible viene observando y/o respetando los límites del poder punitivo, los principios del derecho penal y los presupuestos procesales de punibilidad en el ordenamiento jurídico peruano.

1.4.3. Justificación legal

- Constitución Política del Perú

⁵ *Ibíd.*, p. 38.

- Ley Universitaria N° 30220
- Estatuto de la UNASAM
- Reglamento General de la UNASAM
- Reglamento de Grados y título de la FDCCPP– UNASAM

1.4.4. Justificación metodológica

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

1.4.5. Justificación técnica

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

1.4.6. Viabilidad

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

- **Temporal:** La investigación se ejecutó durante el periodo correspondiente del año 2015.

1.5. Formulación de objetivos

1.5.1. Objetivo general

Analizar y establecer la relación que existe entre el poder punitivo del Estado y la creación de los tipos penales en el ordenamiento jurídico peruano.

1.5.2. Objetivos específicos

- a) Identificar y describir los límites que existen respecto al poder punitivo (ius puniendi) del Estado en la creación de tipo penales y al momento de determinar una conducta como punible en el marco del Estado Constitucional y derecho penal garantista.
- b) Explicar los principios del Derecho Penal y presupuestos procesales de punibilidad que se debe observar el legislador al momento de determinar que conducta sea merecedor de una sanción penal en el ordenamiento jurídico peruano.
- c) Establecer si el legislador peruano al momento de la creación de tipos penales y al momento de determinar una conducta como punible viene observando y/o respetando los límites del poder punitivo, los principios del derecho penal y los presupuestos procesales de punibilidad en el ordenamiento jurídico peruano.
- d) Explicar a qué responde la respuesta ilimitada en la creación de leyes

penales por parte del Estado en la creación de tipo penales y al momento de determinar una conducta como punible en el ordenamiento jurídico peruano.

1.6. Formulación de hipótesis⁶

Existe una relación negativa y contradictoria entre el poder punitivo del Estado y la creación de los tipos penales en el ordenamiento jurídico peruano, toda vez que el legislador al crear los tipos penales y tipificar una conducta como punible viene inobservado los límites del carácter punitivo del Estado, así como los principios de la dogmática penal; en consecuencia esta postura del legislador, se vuelve peligrosa, ya que no responde a un análisis exhaustivo de las situaciones conflictivas, sino que lo hace ante una opinión pública deseosa de punir; y ante esta situación el legislador bajo el término “criminal” crea delitos y no lo hace de la manera más conveniente, lo que implica una justificación del endurecimiento del derecho penal y la ampliación del ámbito de arbitrariedad selectiva.

1.7. Variables

1.7.1. V. Independiente: Poder punitivo del Estado (Ius Puniendi)

1.7.2. V. Dependiente: Creación de los tipos penales

⁶ Por la naturaleza de la investigación que es una investigación dogmática e de un enfoque cualitativo, solo se formula una hipótesis descriptiva, que no tuvo por finalidad hacer mediciones estadística, sino el análisis de posiciones teóricas, doctrina. SOLÍS ESPINOZA, Alejandro (1991). *Metodología de la investigación jurídica social*. Lima: Editora Fecatt, pp. 232-235.

1.8. Metodología

1.8.1. Tipo y diseño de investigación

- a) **Tipo de investigación:** Es una investigación jurídica **dogmática teórica**, cuya finalidad es profundizar y ampliar los conocimientos que presenta el problema de los límites del carácter punitivo del Estado y su inobservancia en la creación de los tipos penales en el ordenamiento jurídico peruano, a fin de determinar sus fundamentos, distintas posiciones al respecto y la formas que se presentan las variables de estudio.
- b) **Tipo de diseño:** Corresponde a la denominada **No Experimental**⁷, debido a que careció de manipulación la variable independiente, además no posee grupo de control, ni tampoco experimental; su finalidad fue analizar el hecho jurídico identificado en el problema después de su ocurrencia.
- c) **Diseño General:** el diseño **transversal**⁸, toda vez que se realizará el estudio del hecho jurídico en un momento determinado de tiempo, periodo del 2015.
- d) **Diseño específico:** Se empleó el diseño **descriptivo–explicativo**, toda vez que se estudiará los factores que generan situaciones problemáticas sobre situaciones problemáticas sobre de los límites del

⁷ ROBLES TREJO, Luis et al (2012). *Fundamentos de la investigación científica y jurídica*. Lima: Editorial Fecatt, p. 34.

⁸ HERNÁNDEZ SAMPIERI, Roberto et al (2010). *Metodología de la Investigación*. México: Editorial McGrawHill, p. 151.

carácter punitivo del Estado y su inobservancia en la creación de los tipos penales en el ordenamiento jurídico peruano.

1.8.2. Plan de recolección de la información

1.8.2.1. Población

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

1.8.2.2. Muestra

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

1.8.3. Instrumento(s) de recolección de la información

- a) Ficha de análisis de contenido. Para el análisis de los documentos y determinar sus fundamentos y posiciones en la jurisprudencia.
- b) Documentales. Ello referido a textos bibliográficos y hemerográficos para recopilar información sobre la doctrina constitucional, procesal y penal
- c) Electrónicos. La información que se recabó de las distintas páginas web, que se ofertan en el ciberespacio, sobre nuestro problema de investigación.

- d) Fichas de Información Jurídica. Es un criterio de recolectar la información, a fin de almacenarla y procesarla adecuadamente en el momento oportuno, empleándose la Fichas textuales, Resumen y comentario.

1.8.4. Plan de procesamiento y análisis de la información

El plan de recojo de la información comprendió en primer lugar la selección de los instrumentos de recolección de datos, en ese sentido se emplearan las siguientes: Para la fuentes bibliográficas, hemerográficas y virtuales se realizó a través de la fichas bibliografías, literales, resumen y comentario. Para la jurisprudencia se empleará la ficha de análisis de contenido, los que nos permitirán recoger datos para la construcción del marco teórico y la discusión, y de esa forma validar la hipótesis planteada.

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

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

1.8.5. Técnica de análisis de la información

Se empleó la técnica del **análisis cualitativo**⁹, toda vez que en la investigación jurídica dogmática no admiten las valoraciones cuantitativas, el análisis de datos debe concretarse a la descomposición de la información en sus partes o elementos, tratando de encontrar la repetición de lo idéntico y las relaciones de causalidad, a fin de describir y explicar las características esenciales del hecho o fenómeno. Esto es lo que se denomina como análisis cualitativo. Donde un dato cualitativo es definido como un “no cuantitativo”, es decir, que no puede ser expresado como número, estos datos son difícilmente medibles, no traducibles a términos matemáticos y no sujetos a la inferencia estadística¹⁰.

Los criterios empleados en el presente proceso de investigación fueron:

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

1.8.6. Validación de la hipótesis

Tratándose de un estudio cualitativo, el método para la validación de la hipótesis y logro de objetivos será mediante fue la **argumentación jurídica**¹¹. La

⁹ BRIONES, Guillermo (1986). *Métodos y técnicas de investigación para las ciencias sociales*. México: Editorial Trillas, p. 43.

¹⁰ ROBLES TREJO, Luis (2014). *Guía metodológica para la elaboración de proyectos de investigación jurídica*. Lima: Editorial Ffeaat, p. 74.

¹¹ Cfr.: GASCÓN ABELLÁN, Marina y GARCÍA FIGUEROA, Alfonso (2005). *La argumentación en el Derecho*. Lima: Editorial Palestra.

argumentación jurídica es la forma organizada de demostrar lógicamente por medio de un razonamiento formulado con el propósito de conseguir la aceptación o rechazo de una tesis o teoría determinada. La aceptación o rechazo de esa tesis dependerá de la eficacia o ineficacia de la argumentación que le sirve de apoyo.

Debemos tener presente que en este tipo de investigaciones no podemos probar que una hipótesis sea verdadera o falsa, sino más bien argumentar que fue apoyada o no de acuerdo con ciertos datos obtenidos en nuestro estudio (...) no se acepta una hipótesis mediante la elaboración de una tesis, sino que se aporta evidencias a favor o en contra de esa hipótesis (...)”¹².

¹² RAMOS NÚÑEZ, Carlos (2011). *Cómo hacer una tesis de derecho y no envejecer en el intento*. Lima: Editorial Grijley, p. 129.

CAPÍTULO II

MARCO TEÓRICO

2.1. Antecedentes

Revisado las tesis sustentadas en la FDCCPP–UNASAM y de otras universidades de nuestra región; no se ha podido encontrar algún trabajo de investigación similar o parecida a la presente.

Realizado la búsqueda a nivel internacional y nacional se ha podido encontrar el siguiente trabajo perteneciente a:

FLORES ÁLVAREZ, Michael (2014), titulado: “La problemática del bien jurídico protegido por la figura del artículo 411 ter del Código Penal Chileno, Facultad de Derecho de la Universidad de Chile, Tesis para optar el grado de Magister en Derecho, donde el autor plantea que: en la introducción en el ordenamiento jurídico nacional del artículo 411 ter del Código Penal, se consagró en Chile una figura típica que no está orientada a la protección de bien jurídico alguno, sino que en ella convergen tanto criterios morales como necesidades probatorias, pretendiéndose orientar la conducta de los ciudadanos a través de ideas morales, que se alejan totalmente de los fundamentos de un derecho penal de un Estado democrático de Derecho, vulnerando entre otros, el principio de lesividad y a la postre, instrumentalizándose la política criminal para fines totalmente ajenos a los que pueden legitimar la intervención del derecho de castigar en un Estado democrático moderno.

PEZO RONCAL Cecilia Alexandra (2014). “El bien jurídico específico en el delito de Enriquecimiento Ilícito” Tesis para optar el Grado académico de Magíster en Derecho Penal en la Pontificia Universidad Católica del Perú – Escuela de Posgrado, cuya conclusiones son: 1. La protección de los bienes jurídicos son el fin del Derecho Penal. En virtud de los principios que rigen esta área del derecho, su ámbito de protección se limita a aquellos bienes jurídicos que hacen posible el ejercicio de libertades y derechos esenciales para la vida y el libre desarrollo de los ciudadanos y de la sociedad misma. 2. Desde una perspectiva social, los bienes jurídicos son aquellos intereses esenciales que permiten el desarrollo libre de los ciudadanos como sujetos que interactúan en la sociedad bajo los postulados del Estado Constitucional y Democrático que nos rige. 3. La tutela de los bienes jurídicos supraindividuales –como es el caso de los delitos contra la Administración Pública– merecen una protección autónoma. En dicho sentido, si bien la persona es el fin supremo de la sociedad –según reza el artículo primero de la Constitución Política–, no solo ameritan tutela autónoma los bienes jurídicos individuales, sino también aquellos que tienen como fin garantizar el mantenimiento de una sociedad donde el ser humano haga efectivo el ejercicio de sus derechos. En tal sentido, y dejando de lado las tesis personalistas al respecto, los bienes jurídicos supraindividuales o colectivos son presupuestos para la satisfacción de intereses de carácter individual pero su protección no está condicionada a la lesión de éstos. 4. La gran relevancia de la Administración Pública como institución, se justifica en los fines que ésta tiene destinados: la satisfacción del interés general a través de sus distintas actividades tales como las de fomento, policía y las prestacionales. En el último de los casos, se hace latente la necesidad de asegurar las condiciones

mínimas para el acceso de los ciudadanos a los servicios destinados a satisfacer sus necesidades básicas y elementales. Los primeros, coadyuvan el logro del interés general de modo mediato pero, finalmente, en aras de satisfacer intereses de la ciudadanía en general. Ese es el fundamento de su existencia e institucionalidad.

2.2. Bases teóricas

2.2.1. La ciencia del Estado

La Teoría del Estado es la disciplina filosófica que investiga la esencia y finalidad del Estado. Su denominación es de origen alemán y su materia propia se ha desarrollado desde la segunda mitad del siglo pasado. La Teoría del Estado no es Ciencia estricta sino Filosófica, y tiene como objeto el estudio de la realidad del Estado, así como sus caracteres esenciales, situados más allá del derecho¹³.

En términos generales, la teoría del Estado es una ciencia del ser social político. La ciencia del Derecho es una ciencia del deber ser social jurídico. El Estado es la sociedad política normada jurídicamente. De aquí que siendo la norma jurídica uno de los elementos integrantes del Estado, la disciplina científica que estudia al fenómeno social y cultural jurídico está en relación directa con la ciencia que estudia al Estado, que es el todo relacional humano organizado política y jurídicamente y del cual el derecho es una parte fundamental.

Por otra parte, el derecho positivo o derecho del Estado, es un conjunto de reglas que sirven como medio de control de los modos de actuar de los seres

¹³ FERRERO REBAGLIATI, Raúl (200). *Ciencia política: Teoría del Estado y Derecho Constitucional*. Lima: Fondo Editorial de la UNMSM, p. 23.

humanos y como todo sistema de control social busca posibilitar la convivencia social. Es en este aspecto en donde cobra plena vigencia la afirmación del jurista romano Ulpiano, “donde está la sociedad está el derecho”. De aquí que el jurista francés Maurice Hariou señale que una ley constitucional, una Constitución de Estado, no sea otra cosa que “el encuadre jurídico de los fenómenos políticos de la esfera estatal”¹⁴. En ese sentido la Teoría del Estado es una disciplina científica que se desarrolla dentro de una manifestación súbita del derecho público en Alemania a principios del siglo XIX, y que tiene como objeto de estudio el fenómeno “Estado”¹⁵.

En esta tradición Georg Jellinek, Carl Friedrich von Gerber, Paul Laband, Herman Heller y otros, han separado a la Teoría del Estado del campo de estudios de la teoría política general, del proceso político de la esfera estatal separando el estudio teórico y de los principios generales causales y finalísticos del grupo.

A partir de esta tradición con las disciplinas filosóficas políticas –La Ontología política, la Ética y la Axiología política– se ha tendido a elaborar una ciencia autónoma e independiente, cuyo objeto de estudio es el Estado en su realidad sociopolítica e histórico–cultural–jurídica, que busca formular una teoría filosófica y científica de validez general¹⁶.

En el pensamiento de Hermann Heller, representante descollante de la Teoría del Estado alemana, se postula utilizar un criterio de verdad que permita describir

¹⁴ FERRERO COSTA, Raúl (2003). *Teoría del Estado*. Lima: Fondo Editorial de la Universidad de Lima, p. 34.

¹⁵ *Ibíd.*, p. 38

¹⁶ ZIPPELIUS, Reinhold (1989). *Teoría General del Estado (Ciencia Política)*. México: Editorial Porrúa, p. 45.

e interpretar en forma válida los fenómenos políticos, estableciendo, de esta manera, los principios universales que le dan carácter de ciencia¹⁷.

Este criterio es la norma mental que nos sirve para juzgar, para apreciar valores, es el signo distintivo que nos permite distinguir una cosa de otra. El objeto del criterio es llevar a la certeza, a un estado anímico de convencimiento de manera evidente, de que nos encontramos en posesión de la verdad. El criterio de certeza no es único, sino que ha variado en el transcurso de la historia. El criterio puede clasificarse en dos grandes grupos: de carácter dogmático y de carácter crítico.

En esta tradición el criterio para alcanzar la verdad es la evidencia, la cual reposa en el principio de la contradicción. Hay que buscar, luego, la evidencia con apoyo en las diversas fuentes de certeza, por evidencia intrínseca y por evidencia extrínseca. Una vez encontrada la evidencia, el hombre puede estar razonablemente seguro de haber llegado a la verdad desde la opción del realismo crítico¹⁸.

2.2.1.1. Problemas fundamentales que plantea todo estudio reflexivo acerca del Estado

El estudio de la teoría del estado se plantea la necesidad de determinar ¿Cuál es el objeto de la materia a estudiar?, ¿Qué es el estado?, ¿Cuáles son las características esenciales y accidentales que configuran su ser?, ¿Para qué existe el estado?, ¿Por qué existe el estado?, ¿Por qué debe existir el estado?, ¿Cuál es la estructura del estado y cuáles son las actividades que desarrolla?, como se observa

¹⁷ *Ibíd.*

¹⁸ *Ibíd.*, p. 50.

son problemas de contenido filosófico, y que requieren de una vasta revisión de los textos de los clásicos de la ciencia política.

Como señalaba en el Leviathan Tomas Hobbes: “Pero ninguno de nosotros acusa por ello a la naturaleza del hombre. Los deseos, y otras pasiones del hombre, no son en sí mismos pecado. No lo son tampoco las acciones que proceden de estas pasiones, hasta que conocen una ley que las prohíbe. Lo que no pueden saber hasta que haya leyes. Ni puede hacerse ley alguna hasta que hayan acordado la persona que lo hará” (Leviatán, XIII)¹⁹.

2.2.1.2. La formación del Estado moderno²⁰

El período conocido como Edad Moderna significó para Europa importantes cambios en su ordenamiento político. El fenómeno más destacado fue el surgimiento del concepto de Estado moderno: un territorio con fronteras determinadas, la existencia de gobierno común y un sentimiento de identificación cultural y nacional de sus habitantes. Este proceso fue iniciado a partir de los siglos XIV y XV, en los cuales el proceso político modificó la estructura de la sociedad feudal en la cual el concepto feudal de lealtad, fue reemplazado por los de autoridad y obediencia, propios de un Estado con poder centralizado. En el siglo XVII, el poder político de los monarcas se fortaleció hasta eliminar cualquier representatividad, dando lugar a las monarquías absolutas.

¹⁹ Citado por FERRERO REBAGLIATI, Raúl. Ob. Cit., p. 35.

²⁰ FERRERO COSTA, Raúl. Ob. Cit., pp. 56 y ss.

La monarquía constituyó un Estado moderno sobre la base de una dirección fuerte, contando con los medios para sostenerla. Con esto, el rey consiguió la resignación de la sociedad, a cambio de un cierto orden y progreso. Uno de los más claros ejemplos del absolutismo fue Francia. Durante el siglo XVII, este país se convirtió en la mayor potencia europea, después de consolidar sus fronteras, gracias a innumerables guerras con los países vecinos. El rey Luis XIV (1643–1715) fue la mejor personificación de la imagen del monarca absoluto.

2.2.1.3. Surgimiento del Estado liberal

El Estado liberal surgió como resultado de una crítica al Estado monárquico absolutista, de los siglos XVII y XVIII, la forma de Estado que existía hasta antes de la Revolución Francesa de 1789. El liberalismo surgió a partir de una crítica contundente al sistema monárquico–feudal, que tuvo su expresión más acabada en la frase del Rey Luis XIV: “El Estado soy Yo”²¹.

Este liberalismo original tenía no solo una dimensión política, sino también económica y filosófica. Entre los pensadores o ideólogos se encontraban Juan Jacobo Rousseau, Montesquieu, Diderot, Voltaire, Adam Smith, David Ricardo, Malthus, John Locke y Hobbes, etc.

Todos estos filósofos y pensadores hicieron una crítica a la sociedad absolutista–monárquica, que culminó en un proceso revolucionario de carácter político–social como fue la Revolución Francesa, y al mismo tiempo coincidió con un fenómeno de carácter científico–tecnológico: la primera Revolución industrial.

²¹ *Ibíd.*

Ambos dieron origen a un nuevo tipo de sociedad: la sociedad capitalista; y a un nuevo tipo de Estado: el Estado Liberal–Burgués²².

2.2.1.4. El Estado liberal como Estado de derecho

El Estado de Derecho se encuadra en el marco del Estado liberal pero no lo agota. Su configuración aparece marcada por dos planteamientos fundamentales²³:

- Por el Mandato de la ley (rule of law), que surge como consecuencia de los enfrentamientos producidos en Inglaterra entre los defensores del parlamentarismo y los defensores del absolutismo monárquico. Este concepto supone el Imperio del Derecho o Imperio de la ley, la primacía del principio de legalidad como expresión de la soberanía popular recogida en el Parlamento.
- Por los planteamientos del iusnaturalismo racionalista de origen protestante que propone el alejamiento del Derecho de las cuestiones éticas y morales; al mismo tiempo que establece la vinculación entre el Estado y el Derecho.

Pero en realidad la formulación del Estado de Derecho surge en la doctrina alemana como lo expone ampliamente George Holland Sabine en su Historia de la Teoría Política. En esta Immanuel Kant representa la culminación de la concepción racional del Derecho y del Estado.

²² *Ibíd.*

²³ RODRÍGUEZ ZEPEDA, Jesús (2001). *Estado de derecho y democracia*: México: Instituto Federal electoral, p. 39.

El término “Estado de Derecho” tiene su origen en la doctrina alemana Rechtsstaat. El primero que lo utilizó como tal fue Robert von Mohl en su libro La ciencia de policía alemana en conformidad con los principios de los Estados de derecho, sin embargo, la mayoría de los autores alemanes ubican el origen del concepto en la obra de Immanuel Kant. En la tradición anglosajona, el término más equivalente en términos conceptuales es el Rule of law²⁴.

Frente al mandato de la ley (rule of law) que sitúa en una posición suprema al Parlamento, la doctrina alemana, donde esta supremacía no existía, ofreció la formulación del Estado de Derecho según la cual el poder legislativo asume el monopolio de la ley, y el ejecutivo la capacidad de hacer cumplir lo dictado por el legislativo.

2.2.1.5. Importancia de la génesis del Estado²⁵

El Estado tiene por finalidad el “bien común”. Ya Aristóteles lo había definido de este modo y hoy en día ha quedado como verdad universal. El orden jurídico es un elemento fundamental del bien común, pero no es el fin del Estado, sino un producto social que se inspira en el bien común. Poder y fin están contenidos en el orden, al cual remodelan. El poder está antes del orden, pues lo dicta, y el fin está más allá del orden, pues lo inspira.

El bien común consiste en un conjunto de condiciones sociales que favorecen el desarrollo del hombre, medio social propicio para que éste realice sus

²⁴ Ibid., p. 44.

²⁵ ZIPPELIUS, Reinhold. Ob. Cit., p. 56.

potencialidades como persona. Raúl Ferrero, en su obra “Ciencia Política”, comenta al referirse del bien común, que este no es una masa de bienes por repartir, sino un orden justo, más allá del cual existe para el individuo un fin último.

Por naturaleza, las actividades del Estado se manifiestan en tres formas, que se les denomina funciones: legislativa, administrativa y jurisdiccional. Pero la conducción del Estado, o sea la actividad política, está por encima de la clasificación de funciones.

2.2.2. El ius puniendi del Estado

2.2.2.1. Generalidades

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

Se suele en doctrina, desde una base filosófica, fijar los argumentos que responden, la recurrente interrogante acerca del origen del Derecho penal y consecuentemente del ius puniendi. En la actualidad, no se discute en el ámbito jurídico penal, respecto a que sea el Estado quien tenga la titularidad de la potestad punitiva y de su ejercicio. Es inconcebible pensar lo contrario, por las propias

consecuencias de la existencia de reglas constitucionales, propias de un Sistema democrático y garantista.

Existe consenso, también, en la necesidad que el ius puniendi se ejerza respetando principios básicos, que se fundamenten en la dignidad humana y en un sentido de justicia. Estas políticas de control o regulación son las que se orientan a evitar un ejercicio abusivo del poder punitivo. En suma, dentro de un Estado democrático y de derecho, es la Constitución Política, la que tiene fijar los límites del ejercicio penal de Estado. En este sentido, son estos límites o controles los que van a ser posible la existencia de un Derecho penal con bases de legitimidad.

2.2.2.2. Ámbito Conceptual

Se ha señalado que el único que ejerce la titularidad del derecho a penar es el Estado, no existiendo, por ahora, cualquier posibilidad que esta situación se replantee. Se encuentra, pues, reprobada la llamada “autojusticia”, venganza privada, ejecución extrajudicial, desaparición forzada, etc.

En doctrina se utilizan distintas denominaciones para referirse al poder punitivo estatal, se suele llamar “Derecho Penal Subjetivo”, “Poder Punitivo Estatal” o “Potestad Punitiva Estatal”. Más tradicional es, en la ciencia penal, hablar de un Derecho subjetivo de castigar que corresponde al Estado frente a los ciudadanos. A partir de la escuela positiva, no obstante, se cuestiona la admisión de este planteamiento, debate que llega a la actualidad, en razón principalmente a la dificultad de estimarlo como un derecho subjetivo y a la inconveniencia de extender una noción elaborada en el terreno del Derecho privado a situaciones de carácter

penal²⁶. Diversos autores suelen referirse al poder punitivo estatal como Derecho Penal Subjetivo y sobre esta denominación exponer toda la problemática que encierra la potestad y el ejercicio punitivo del Estado²⁷.

A nuestro entender, no existe ningún inconveniente para utilizar cualquiera de estas denominaciones para referirnos a un mismo objeto, ya que si hablamos de capacidad de poder ejercer la función criminalizadora, es evidente que estamos hablando de la existencia de una potestad que sola la puede ejercer el Estado, sin pretender darle a este poder punitivo, el contenido de un estricto derecho subjetivo²⁸; además, si nos centramos en la capacidad o en la fuerza para imponer decisiones de naturaleza penal, no estamos refiriendo a un poder que se tiene; y si utilizamos la palabra potestad, igualmente, estamos señalando el poder o la autoridad que tiene el Estado para decidir e intervenir en la tarea criminalizadora.

No existe, además, a nuestro entender, ningún inconveniente a que se siga admitiendo la existencia de un *ius puniendi* estatal, en la medida que se le dé un significado más allá del simple enunciado etimológico.

En suma, al derecho penal subjetivo o *ius puniendi* lo podemos definir como la potestad penal del Estado, por virtud de la cual puede declarar punibles determinados hechos a los que impone penas o medidas de seguridad. Ello es entonces expresión del poder único y exclusivo del Estado para ejercer la violencia

²⁶ MORILLAS CUEVA, Lorenzo y RUIZ ANTÓN, Luis (1992). *Manual de Derecho Penal - Parte General*. Madrid: Editoriales de Derecho Reunidas, p. 32.

²⁷ Cfr.: BACIGALUPO, Enrique (1984). *Manual de Derecho Penal*. Bogotá: Editorial Temis-Ilanud; BUSTOS RAMÍREZ, Juan (1986). *Introducción al Derecho Penal*. Bogotá: Editorial Temis.

²⁸ ZAFFARONI, Eugenio Raúl (1986). *Manual de Derecho Penal*. Tomo I. Lima: Ediciones Jurídicas, p. 44.

legítima. La violencia penal no es sino un aspecto de aquella²⁹. En esta precisión conceptual de Bustos, también, se debe considerar que la función penal del Estado, no se limita a la sola criminalización de comportamientos sino también a la aplicación del Derecho penal objetivo. En ese sentido, Santiago Mir Puig sostiene que “El Derecho penal subjetivo –también llamado derecho a castigar o ius puniendi– es el derecho que corresponde al Estado a crear y aplicar el Derecho penal objetivo”³⁰.

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

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

2.2.2.3. Fundamentos

Resulta necesario para entender la justificación y vigencia del poder punitivo estatal, el conocimiento de las bases que sustentan el origen de la potestad

²⁹ BUSTOS RAMÍREZ, Juan. Ob. Cit., p. 20.

³⁰ MIR PUIG, Santiago (1996). *Derecho Penal - Parte General*. Barcelona: Editorial PPU, pp. 7-8.

sancionatoria. Esto significa, ir a la fuente sobre la que se instituye el poder punitivo, a efectos de identificarla y de esta manera poder contar con los elementos suficientes para legitimar o deslegitimar, que el Estado sea el que tenga la titularidad, de manera única y exclusiva, del ius puniendi.

Para una mejor comprensión, el asunto a definir, se puede reducir a dos preguntas: en primer lugar, ¿por qué se puede castigar o imponer sanciones penales (penas o medidas de seguridad)?; y, en segundo lugar, ¿por qué puede el Estado hacerlo? Responder a la primera cuestión conduce al campo del fundamento material; y, a la segunda, a la del fundamento político o formal³¹.

2.2.2.3.1 Fundamento político

En la actualidad, la respuesta a por qué el Estado ejerce la potestad punitiva, debe de tener su punto de partida en la concepción de Estado que impera. Hoy hablamos de la presencia y vigencia de un Estado social, democrático y de derecho, en este sentido, se entiende que el fundamento político del poder punitivo estatal hay que buscarlo en la Constitución Política del Estado. Nuestra Carta Política en su artículo 44° establece que “Son deberes primordiales del Estado: defender la soberanía nacional; garantizar la plena vigencia de los derechos humanos, proteger la población de las amenazas contra su seguridad; y promover el bienestar general que se fundamenta en la justicia y en desarrollo integral y equilibrado de la nación...” El cumplimiento de estos deberes, exigen la presencia de un Estado

³¹ VELÁSQUEZ VELÁSQUEZ, Fernando (1995). *Derecho Penal - Parte General*. Bogotá: Editorial Temis, p. 31.

instituido de determinadas capacidades, siendo una de ellas la de poder ejercer el control penal.

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

Felipe Villavicencio Terreros, al explicar lo que él denomina la “función punitiva estatal” argumenta que “Esta función está fundamentada por la Constitución Política, y en ella se encuentra su fundamentación política, como también en las normas internacionales. Políticamente el Estado es su único titular y pueden diferenciarse matices en el ejercicio del poder penal: función penal legislativa, judicial y ejecutiva”³².

Se debe finalizar afirmando con Bustos que “En otras palabras, el Estado social y democrático de derecho plantea el jus puniendi desde dos vertientes: desde el punto de vista socioestatal general, que dentro de una perspectiva político criminal aparece emparentado con la defensa social y, por lo tanto, se le fundamenta en la regulación de la vida social, y desde el punto de vista jurídico estatal, se lo

³² VILLAVICENCIO TERREROS, Felipe (2006). *Derecho Penal - Parte General*. Lima: Editora Jurídica Grijley, p. 105.

fundamenta en los principios consagrados en el orden jurídico estatal superior, esto es, la Constitución”³³.

2.2.2.3.2 Fundamento Material

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

Es casi lugar común en la dogmática actual afirmar que la pena se legitima por sus fines (preventivos y tutelares) y se fundamenta o justifica por su necesidad: se sanciona penalmente porque se necesita tutelar determinados bienes, prevenir futuros delitos, conseguir un orden de seguridad jurídica, etc. La pena es –como decía Hans Schultz – “una amarga necesidad en una sociedad imperfecta, como es la sociedad de los hombres”³⁴.

El fundamento material del ius puniendi no es unívoco, desde el momento que existen, en dogmática, diversas posiciones acerca del sentido de la pena y de sus fines. Por ejemplo, cuando imperaban las concepciones absolutas, el fundamento era que se puede castigar por la necesidad de realizar la justicia por medio de la pena³⁵. Bajo los postulados de la teoría de la prevención se castiga por

³³ *Ibíd.* p.24.

³⁴ POLAINO NAVARRETE, Manuel (2004). *Derecho Penal. Modernas bases dogmáticas*. Lima: Editora Grijley, p. 291.

³⁵ VELÁSQUEZ VELÁSQUEZ, Fernando. *Ob. Cit.*, p. 29.

la necesidad de proteger a la sociedad o la funcionalidad del sistema; es decir para la protección de bienes jurídicos fundamentales o para reafirmar la identidad normativa o la vigencia de la normas. En la esfera de influencia de las teorías mixtas de la pena, el fundamento material del poder punitivo, estaría tanto en la necesidad de realización de la justicia a través de la aplicación de la pena, como también de la necesidad de prevención a través de la pena.

A nuestro entender el fundamento material sería el de la necesidad de justicia y de la prevención, a través de un instrumento legal y legítimo, como lo es la pena.

2.2.2.4. Manifestaciones del ejercicio del poder punitivo estatal

La potestad del Estado, en materia penal, comprende tanto la función de creación del Derecho penal objetivo como su aplicación y ejecución; esto se entiende, como la capacidad estatal para dirigir la funcionalidad del sistema penal en sus distintas fases. Siendo así, se debe de explicar cómo se identifica y se concentran las diversas manifestaciones del ejercicio del ius puniendi; por lo que, en esa línea, exponemos lo siguiente³⁶:

2.2.2.4.1 Potestad única y exclusiva para criminalizar

Se materializa cuando el Estado conduce el proceso de criminalización primaria, es decir cuando realiza el proceso de selección de nuevas infracciones punibles. Esta función es legislativa y la asumen el órgano legislativo y el órgano

³⁶ POLAINO NAVARRETE, Manuel. Ob. Cit., pp. 56 y ss.

ejecutivo, en los casos de delegación de facultades, conforme a lo que dispone nuestra Constitución Política.

Cabe recordar que, en la historia de nuestro país, se registran casos donde el Poder Ejecutivo, concentró la potestad criminalizadora, como consecuencia de la ruptura del orden constitucional; utilizando como instrumentos normativos los Decretos Leyes.

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

2.2.2.4.2 Potestad única y exclusiva para aplicar el Derecho penal objetivo

El Estado es el único que está facultado para aplicar las sanciones penales, previo al seguimiento de un debido proceso penal; siendo el que tiene el dominio del proceso de criminalización secundaria. Esta función la ejerce, dentro del control penal, a través de los operadores penales judiciales, quienes son los únicos que tienen la potestad de administrar justicia en los conflictos de naturaleza penal³⁷.

³⁷ El artículo 138° de la Carta Política, primer párrafo, establece que “*La potestad de administrar justicia emana del pueblo y se ejerce por el Poder Judicial a través de sus órganos jerárquicos con arreglo a la Constitución y a las leyes*”. El artículo 139.10, del mismo texto, prescribe “*Son principios y derechos de la función jurisdiccional: (...) El principio de no ser penado sin proceso judicial*”. En esa misma dirección el artículo V del Título Preliminar del Código Penal precisa que “*Sólo el Juez competente puede imponer penas o medidas de seguridad; y no puede hacerlo sino en la forma establecida en la ley*”.

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

2.2.2.4.3 Potestad única y exclusiva para ejecutar el Derecho penal objetivo

Esta función la ejerce a través de diversos operadores penales, siendo uno de ellos el operador penitenciario, el mismo que, cuando interviene, tiene sobre sí, además, una gran responsabilidad³⁸. Se conoce que la funcionalidad del control penal, también, se concentra en distintos ámbitos institucionales. Una de estas agencias de control punitivo es la cárcel, donde el Estado no puede renunciar a su potestad de ejecución de la pena, fundamentalmente, en lo que se refiere al ejercicio de facultades coercitivas, las mismas que por imperio de la Constitución Política, no pueden ser delegadas a privados.

2.2.3. Principio de intervención mínima

2.2.3.1. La evolución histórica

El origen del principio de intervención mínima coincide con el nacimiento del liberalismo, que es una doctrina política nacida en la segunda mitad del siglo XVIII, principalmente en Francia y el Reino Unido, caracterizada por la “reivindicación de un importante espacio de libertad en el ámbito personal,

³⁸ El artículo 139.22° de la Carta Política establece que “*Son principios y derechos de la función jurisdiccional: (...) El principio de que el régimen penitenciario tiene por objeto la reeducación, rehabilitación y reincorporación del penado a la sociedad*”.

religioso, literario, económico, etc.; un espacio mucho más amplio de lo que los filósofos del pasado (aun los más ilustrados, como Spinoza o Locke) consideraban razonable”³⁹.

Los ideales del liberalismo son totalmente explicables, en razón del momento histórico, marcado por la concentración de poderes ilimitados exclusivamente en las manos del monarca. En el campo del Derecho penal, imperaban leyes penales rígidas, que eran aplicadas en los más distintos aspectos de la vida social. Consecuentemente, las penas tenían un carácter severo, que abarcaban los destierros, fuertes penas pecuniarias y corporales, incluso la pena de muerte. Finalmente, el Derecho penal era utilizado como forma de coaccionar a las personas a la obediencia al soberano⁴⁰.

Así, el liberalismo surgió exaltando la libertad como forma de reacción a este escenario, y fue la Revolución Francesa el momento culminante de esa oposición al Estado absoluto, que tuvo como ideales los propuestos por el liberalismo. Ese movimiento de la clase burguesa inauguró una nueva concepción política y jurídica, que transformó el panorama del siglo XVIII, hoy considerado un marco histórico en la evolución del Derecho.

La ideología resultante de este cambio está, esencialmente, basada en los fundamentos de la soberanía popular, del imperio de la ley, del control y separación

³⁹ VERGARA, Francisco (1999). *Introducción a los fundamentos filosóficos del liberalismo*. Madrid: Editorial Alianza, p. 9.

⁴⁰ No sólo el Derecho penal, sino también el procedimiento penal era severo, señalado, de entre otras características, por la inquisitorialidad, presunción de culpabilidad, desigualdad entre las partes, por la utilización de un sistema de pruebas elástico, que permitía la constatación de cualquier afirmación contra el reo, con poquísimos recursos de defensa. En este sentido, BECCARIA, Cesare (1976). *De los delitos y de las penas*. Madrid: Editorial Aguilar, pp. 25-31.

de los poderes y de la defensa de la libertad⁴¹. Tales fundamentos son las estructuras del modelo de Estado originado por la Revolución: el Estado Liberal de Derecho.

La mayor expresión de los ideales del liberalismo en el Derecho penal es Cesare Beccaria, que con su obra titulada “De los delitos y de las penas”, lanza los fundamentos de un sistema penal garantista y limitador del poder punitivo, que sustentaron las proposiciones doctrinales presentadas más tarde, y que llegan hasta nuestros días⁴².

Ni siquiera Beccaria fue consciente de la dimensión que alcanzarían sus planteamientos cuando da publicación de su obra en el año de 1764, pero sabía de la necesidad de reformas del sistema penal vigente en su época. Tanto era así, que no fue el primero en cuestionar tal situación, sin embargo, lo hizo en un momento en que la sociedad ya estaba preparada para comprender los cambios propuestos⁴³.

El sistema presentado por Beccaria está constituido básicamente por un elenco de garantías que limitan la intervención punitiva del Estado, que era el reclamo de la sociedad de la época, o sea, limitar el poder del soberano a través de la libertad e igualdad del ciudadano. Este sistema responde a una nueva perspectiva, basada en la valorización de la persona, con afirmación del principio de la dignidad humana, donde está ya no es vista como cosa, sino asegurando su libertad e igualdad.

⁴¹ FLORES PRADA, Ignacio (1999). *El Ministerio Fiscal en España*. Valencia: Editorial Tirant lo Blanch, p. 103.

⁴² ASÚA BATARRITA, Adela (1990). *El pensamiento penal de Beccaria: su actualidad*. Bilbao: Fondo editorial de la Universidad de Deusto, pp. 9-10.

⁴³ *Ibíd.*

Desde la implantación del Estado Liberal de Derecho ya había contradicciones entre la teoría y la realidad, y sabía Beccaria de la dificultad de la efectividad de sus planteamientos. Esta paradoja todavía hoy continúa siendo uno de los grandes desafíos para la implementación de un sistema penal que responda a las necesidades y deseos de la actualidad, con el imperio de las garantías que desde Beccaria se trata de concretizar. El principio de intervención mínima formaba parte del rol de mecanismos propuestos por Beccaria para la institución de este sistema penal, de hecho, varias veces en su obra defiende la idea de reducción de las leyes penales a las mínimas necesarias.

Es lo que se extrae de la siguiente afirmación: Es mejor prevenir los delitos que punirlos. Este es el fin principal de toda buena legislación, que es el arte de conducir a los hombres al máximo de felicidad, o al mínimo de infelicidad posible, por hablar según todos cálculos de los bienes y de los males de la vida. [...]. Prohibir una cantidad de acciones indiferentes no es prevenir los delitos que de ellas puedan nacer, sino crear otros nuevos: es definir caprichosamente la virtud y el vicio, que nos han sido predicados como eternos e inmutables⁴⁴. Sustentaba que, si lo más importante era la prevención de los delitos, aumentar el rol de delitos era, también, elevar la probabilidad de que se cometiesen⁴⁵.

Por lo expuesto, es posible afirmar que “en Beccaria encontramos la primera expresión de lo que hoy llamamos 'principio de mínima intervención' del derecho penal”⁴⁶.

⁴⁴ BECCARIA, Cesare. *De los delitos...* Ob. Cit., p. 180.

⁴⁵ *Ibíd.*

⁴⁶ ASÚA BATARRITA, Adela. Ob. Cit., p. 24.

2.2.3.2. El principio de intervención mínima en la actualidad

En la actualidad el principio de intervención mínima se configura como una garantía frente al poder punitivo del Estado y constituye, por lo tanto, el fundamento de los ordenamientos jurídico-penales de los Estados de Derecho. Supone que “el Derecho penal sólo debe intervenir en los casos de ataques muy graves a los bienes jurídicos más importantes”⁴⁷.

Siempre que existan otros medios diferentes al Derecho penal para la defensa de los derechos individuales, estos serán preferibles, porque son menos lesivos. Es la exigencia de economía social que debe haber en el Estado social, a través de la cuál se busca el mayor bien social con el menor costo social. Es el postulado de la “máxima utilidad posible” con el “mínimo sufrimiento necesario”⁴⁸.

Del principio de intervención mínima es posible extraer los caracteres de subsidiariedad o ultima ratio y fragmentariedad del Derecho penal. Juntos, representan una garantía de limitación del ius puniendi del Estado, que justifica esta intervención estatal sólo cuando resulte necesaria para el mantenimiento de su organización política en un sistema democrático. Así, la transposición de la barrera de lo estrictamente necesario configura autoritarismo y lesión a los principios democráticos del Estado⁴⁹.

⁴⁷ MUÑOZ CONDE, Francisco y GARCÍA ARÁN, Mercedes (2002). *Derecho penal. Parte general*. Valencia: Editorial Tirant lo Blanch, p. 72.

⁴⁸ MIR PUIG, Santiago. Ob. Cit., p. 89.

⁴⁹ BUSTOS RAMÍREZ, Juan y HORMAZÁBAL MALARRÉE, Hernán (1997). *Lecciones de derecho penal*. Vol. I. Madrid: Editorial Trotta, pp. 65-66.

Por lo tanto, la intervención mínima forma parte de la herencia del liberalismo, y hasta hoy debe ser considerada como uno de los parámetros del legislador, para la elaboración y mantenimiento de un sistema penal justo y coherente con los fines del actual Estado social y democrático de Derecho.

2.2.3.3. La subsidiariedad del Derecho penal

La subsidiariedad consiste en recurrir al Derecho penal, como forma de control social, solamente en los casos en que otros controles menos gravosos son insuficientes, es decir, “cuando fracasan las demás barreras protectoras del bien jurídico que deparan otras ramas del derecho”⁵⁰.

Prittwitz⁵¹ apunta dos significados para la subsidiariedad: uno negativo, que la equipara con la última ratio, y otro positivo, que exprime de qué manera el Estado junto al derecho penal y en el Derecho penal realiza un deber de ayuda. Concluye, entonces, que “la subsidiariedad es una norma de competencia (excluye las competencias negativas del Estado y fundamenta las positivas)”⁵².

De entre todas las ramas del ordenamiento jurídico, al Derecho penal le incumbe la función de atribuir las sanciones más gravosas, porque hay un grave ataque de bienes jurídicos tutelados penalmente. Por ello, el Derecho penal debe ser considerado como la última ratio del sistema, lo que significa que, “cuando el ataque no sea muy grave o el bien jurídico no sea tan importante, o cuando el

⁵⁰ MUÑOZ CONDE, Francisco y GARCÍA ARÁN, Mercedes. Ob. Cit., p. 73.

⁵¹ ROMEO CASABONA, Carlos (2000). *La insostenible situación del derecho penal*. Granada: Editorial Comares, p. 431.

⁵² *Ibídem*.

conflicto pueda ser solucionado con soluciones menos radicales que las sanciones penales propiamente dichas, deben ser aquéllas las aplicables”⁵³.

El Derecho penal no puede ser tenido como prima o única ratio para la solución de los problemas sociales, que muchas veces son perfectamente filtrables por otras ramas del ordenamiento jurídico. De esta forma, como sustenta Bustos Ramírez⁵⁴, la norma penal debe ser considerada como “un recurso excepcionalísimo frente al conflicto social”, donde el Derecho penal no sólo es la última, sino también la extrema ratio, es decir, interviene solamente cuando hayan fracasado todos los demás controles, formales o informales.

Ahora bien, aunque el Derecho penal sea el que prevé las sanciones más gravosas (pena privativa de libertad), no es el único instrumento sancionatorio del ordenamiento jurídico. Así, para que la subsidiariedad del derecho penal sea llevada a efecto primeramente, deberá preferirse la utilización de los medios desprovistos del carácter de sanción; en seguida, las vías que atribuyen sanciones no penales, como la civil o administrativa; en el hipótesis de fallo de esos medios, sólo entonces se apela al Derecho penal para sancionar el hecho⁵⁵.

En este contexto, es posible plantear la cuestión de si la sanción penal puede coexistir con una sanción de naturaleza no penal, como la civil o administrativa. La respuesta está en definir la finalidad de la sanción. Así que, si la sanción penal y la otra no penal tuvieren fundamentos distintos, es perfectamente posible la

⁵³ MUÑOZ CONDE, Francisco y GARCÍA ARÁN, Mercedes. Ob. Cit., p. 74.

⁵⁴ BUSTOS RAMÍREZ, Juan y HORMAZÁBAL MALARRÉE, Hernán. Ob. Cit., p. 66.

⁵⁵ MIR PUIG, Santiago. Ob. Cit., p. 90.

coexistencia. Por otro lado, si el fundamento fuera el mismo, no será posible la incidencia de las dos, por quiebra del principio del ne bis in idem⁵⁶.

2.2.3.4. El carácter fragmentario del Derecho penal

Procede de Binding la afirmación de que el Derecho penal tiene carácter fragmentario, empleándolo para distinguir entre las conductas que el legislador alemán ha convertido en descripciones de delito y aquellas que no han entrado en el Código penal. Sustentaba que el legislador deja que las olas de la vida diaria (...) traigan a sus pies las conductas que luego él recoge para convertirlas en supuestos de hecho de delitos porque resultan insoportables. Originariamente sólo es abarcable la forma burda (...). Lo fino y más singular, si es que existe, no lo observa o no sabe expresarlo. Y sin embargo su contenido de injusto quizá tiene más peso que el del delito sancionado (...) el carácter fragmentario del Derecho penal es un gran defecto del StGB⁵⁷.

El carácter fragmentario consiste en limitar la actuación del Derecho penal a los ataques más violentos contra bienes jurídicos más relevantes. La protección de la sociedad justifica la actuación del Derecho penal en un Estado social. Esta protección es expresada a través de la tutela por el Derecho penal de bienes jurídicos (principio de protección de bienes jurídicos), que son los intereses sociales que merecen la protección penal en razón de su importancia⁵⁸.

⁵⁶ MUÑOZ CONDE, Francisco y GARCÍA ARÁN, Mercedes. Ob. Cit., pp. 75-78.

⁵⁷ Ibid., pp. 428-429.

⁵⁸ MIR PUIG, Santiago. Ob. Cit., p. 91.

Por lo tanto, si una ley penal no protege un bien jurídico, hay infracción del principio de intervención mínima, acarreando la nulidad de esa norma, porque resultaría arbitraria⁵⁹. Sin embargo, no toda lesión a un bien jurídico debe ser reprochada por el Derecho penal. Se impone la presencia de dos elementos para que el Derecho penal actúe: que el bien jurídico posea importancia y que la lesión a este sea violenta.

El ejemplo apuntado por Bustos Ramírez⁶⁰ es la protección penal del bien jurídico patrimonio: “el patrimonio está ampliamente protegido en el Código penal, pero no todo ataque a este bien jurídico tiene una respuesta penal. No está penalizado, por ejemplo, el incumplimiento de un contrato, el no pago de una deuda”.

Por lo tanto, para justificar la intervención penal es necesario un plus: la existencia del desvalor de acción y del desvalor de resultado, pues “... sólo una configuración doble del injusto (objetiva y subjetiva) que reconozca la importancia tanto al desvalor de acción como al de resultado puede dar una completa visión de los aspectos más relevantes del ilícito penal”⁶¹.

El desvalor de acción es, así, el límite entre una conducta delictiva y otra que no lo es, en el sentido de que constituye una especial peligrosidad para los bienes jurídicos⁶². Por ello, en el ejemplo arriba citado del bien jurídico patrimonio, hay

⁵⁹ MUÑOZ CONDE, Francisco y GARCÍA ARÁN, Mercedes. Ob. Cit., p. 81.

⁶⁰ BUSTOS RAMÍREZ, Juan y HORMAZÁBAL MALARRÉE, Hernán. Ob. Cit., p. 67.

⁶¹ ACALE SÁNCHEZ, María (2000). *El tipo de injusto en los delitos de mera actividad*. Granada: Editorial Comares, p. 159.

⁶² MUÑOZ CONDE, Francisco y GARCÍA ARÁN, Mercedes. Ob. Cit., p. 44.

conductas que, por no representar una especial peligrosidad para el bien que se trata de proteger, no se consideran delito.

Y el desvalor de resultado tiene relación con el valor de un bien jurídico y la irreparabilidad del ataque a él dirigido, lo que justifica la sanción punitiva⁶³. Así, hay bienes jurídicos que poseen indiscutiblemente más valor que otros. Es lo que ocurre con el bien jurídico vida si se compara al patrimonio. Una vez más tomando el ejemplo mencionado, en razón del valor del bien jurídico patrimonio, la conducta sólo será delictiva si es especialmente peligrosa o lesiva para el bien jurídico.

En este sentido Roxin⁶⁴ afirma que, "... la realización del tipo presupone en todo caso y sin excepción tanto un desvalor de la acción como un desvalor del resultado".

2.2.4. Derecho penal moderno

En los últimos años, 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 el Derecho acompañe la evolución de la sociedad, 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. Bienes jurídicos que antes no formaban parte del ámbito protegido por el Derecho penal, ahora la sociedad clama por su tutela, como el medio

⁶³ *Ibíd.*

⁶⁴ ROXIN, Claus (1997). *Derecho penal, parte general - fundamentos, la estructura de la teoría del delito*. Tomo I. Madrid: Editorial Civitas, p. 320.

ambiente o la economía. Son bienes jurídicos universales y no individuales, y su protección se refiere no a una lesión o un peligro concreto de lesión de estos bienes jurídicos, sino, a un peligro abstracto⁶⁵.

Así, 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. La consecuencia es que “en conjunto, el Derecho Penal de los últimos años ha aumentado significativamente su capacidad, eliminando de paso algunas garantías específicas del Estado de Derecho que se habían convertido en un obstáculo para el cumplimiento de sus nuevas tareas”⁶⁶.

Frente a las transformaciones ocurridas, parece que el Derecho penal clásico no posee elementos suficientes para el enfrentamiento de los problemas derivados de ellas. De acuerdo con Muñoz Conde⁶⁷, ese 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”.

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. Y la actuación de ese Derecho penal moderno ha generado problemas de gran

⁶⁵ HASSEMER, Winfried (1993). *Crisis y características del moderno derecho penal*. Valencia: Actualidad Penal, p. 640.

⁶⁶ *Ibíd.*

⁶⁷ MUÑOZ CONDE, Francisco (2000). “Presente y futuro de la dogmática jurídico-penal”. En: *Revista Penal*. Valencia, Nº 05, p. 48.

relevancia, que atentan directamente contra los fundamentos del Estado Social y Democrático de Derecho.

2.2.4.1. Características

Según Hassemer⁶⁸, 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 jurídicos⁶⁹.

No obstante que la función del ordenamiento jurídico globalmente considerado sea la protección de bienes jurídicos, no significa que incumba al Derecho penal en exclusiva la realización de esa tarea. Por el contrario la protección debe ser, incluso, frente al propio Derecho penal, que sólo debe intervenir cuando se hayan agotado otros medios de protección, dado que “el concepto de bien jurídico

⁶⁸ HASSEMER, Winfried. *Crisis y...* Ob. cit., p. 638.

⁶⁹ *Ibíd.*

se concibió originariamente más como límite que como legitimación de la intervención del Derecho penal”⁷⁰.

Existe, por lo tanto, una evidente infracción del principio de intervención mínima, porque el bien jurídico es directamente protegido por la última ratio del ordenamiento jurídico, el Derecho penal, sin pasar por los “filtros” de las otras ramas del Derecho, sin cuestionarse la relevancia de tal bien para el Derecho penal. Los principios de intervención mínima y de protección de bienes jurídicos deben, en realidad, coexistir, de tal forma que aquél figure como límite de este.

Así lo entiende Córdoba Roda⁷¹, 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. 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 y inevitable recurso a que acude el Estado.

Por ejemplo, es lo que ocurre con el bien jurídico medio ambiente: frente del 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

⁷⁰ MUÑOZ CONDE, Francisco (1996). “El 'moderno' derecho penal en el nuevo código penal. Principios y tendencias”. En: *La Ley*, N° 3, Lima, p. 1340.

⁷¹ CÓRDOBA RODA, Juan (1996). “Nuevas formas de delito y principio de intervención mínima”. En: *La Ley*, N° 3, Lima, p. 1333.

posibilidad de protección por otras vías menos gravosas que el Derecho penal, como el propio Derecho administrativo.

La segunda característica consiste en que el Derecho penal moderno convirtió la prevención, antes considerada como una meta secundaria del Derecho penal, en su principal finalidad. Para lograr esta nueva meta, el Derecho penal moderno utiliza herramientas contundentes frente al sistema de garantías del Derecho penal clásico, como la agravación de las penas y ampliación de medios coactivos en la fase instructora⁷². Así, como afirma Hassemer⁷³, “cada vez más el fin parece justificar los medios”.

Es cierto que la finalidad de prevención debe nortear el Derecho penal, pero no 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”⁷⁴ (prevención general), existe también la función de “apartar al que ya ha delinquido 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”⁷⁵ (prevención especial).

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

⁷² HASSEMER, Winfried. *Crisis y...* Ob. Cit., p. 638.

⁷³ *Ibíd.*

⁷⁴ MUÑOZ CONDE, Francisco y GARCÍA ARÁN, Mercedes. Ob. Cit., p. 48.

⁷⁵ *Ibíd.*

derecho a proteger sus intereses más importantes recurriendo a la pena si ello es necesario⁷⁶; 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 misma⁷⁷”.

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.

Una vez más, los delitos contra el medio ambiente son ejemplos de la preferencia del Derecho penal moderno por la prevención general, dado que tienen un carácter de intimidación o coacción psicológica dirigida a todos los ciudadanos, si bien revistiendo una apariencia de medida educativa⁷⁸.

La tercera y última característica es la conversión por el Derecho penal moderno de la orientación a las consecuencias en una meta dominante, siendo que el Derecho penal clásico 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-penal⁷⁹. Por este principio de orientación a las consecuencias en el Derecho penal, entiende Hassemer⁸⁰ que:

⁷⁶ MUÑOZ CONDE, Francisco. *El 'moderno'...* Ob. Cit., p. 1341.

⁷⁷ *Ibíd.*

⁷⁸ ROMEO CASABONA, Carlos. Ob. Cit., p. 529.

⁷⁹ HASSEMER, Winfried. *Crisis...* Ob. Cit., p. 639.

⁸⁰ HASSEMER, Winfried (1984). *Fundamentos del derecho penal*. Barcelona: Editorial Bosch, pp. 34-35.

Con ello 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.

Con esa exaltación de la orientación de las consecuencias por el Derecho penal moderno, el Derecho penal se resume en un instrumento de pedagogía social, con la finalidad de sensibilizar las personas acerca de determinados temas entonces tutelados por esa rama del Derecho⁸¹.

Así, el Derecho penal acaba por ser considerado como una valoración y un fin de si mismo, lo que lleva a su empleo como medio para la educación. Es lo que ocurre con los delitos del medio ambiente: “el Derecho penal del medio ambiente se convierte así en una especie de academia popular para educar al auditorio en los cuidados que necesita la naturaleza. Para estas teorías no plantea problema alguno que el éxito de este aprendizaje deba alcanzarse, no sólo gracias a la aplicación

⁸¹ HASSEMER, Winfried. *Crisis y...* Ob. cit., p. 639.

instrumental del Derecho penal, sino también a costa de utilizar como ejemplo a aquéllos que, por regla general, sólo han cometido delitos de bagatela”⁸².

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 hemos afirmado, 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.

Tal ofensa a este principio se da principalmente por el hecho de que hay otras vías capaces de desarrollar esta función, inclusive, con más propiedad y más satisfactoriamente que el Derecho penal, en cuanto revestido del carácter de subsidiariedad, y consecuentemente de última ratio del sistema.

Las consecuencias del uso del Derecho Penal para conseguir finalidades distintas de la protección de bienes jurídicos pueden ser desastrosas, dado que ésta es la rama del ordenamiento jurídico que prevé las sanciones más gravosas y, por ello, debe ser utilizado solamente en los ataques más violentos a los bienes jurídicos más relevantes. El Derecho penal es un medio de control social, es decir, cumple una función primordial en cuanto ordenamiento que protege la paz social y las

⁸² MÜLLER-TUCKFELD, Jens (2000). *Ensayo para la abolición del derecho penal de medio ambiente*. Granada: Editorial Comares, p. 658.

condiciones sociales indispensables para el ser humano en la convivencia en sociedad⁸³.

Sin embargo, no es el único medio de control social que existe. Hay otras formas que, incluso, deben preceder al Derecho penal, lo cual, por la gravedad de sus consecuencias, es, como ya afirmamos, la última ratio del sistema. Así que, son formas de control social extrajurídico que lo anteceden la familia, la escuela y la religión; ultrapasados estos primeros filtros, aparecen también los métodos de control jurídicos, que son las otras ramas del ordenamiento jurídico, como el Derecho civil, administrativo o mercantil. De ese modo, el Derecho penal es un subsistema más dentro del sistema de control social, que utiliza los mismos instrumentos de las otras formas de control social en la definición y corrección de la conducta desviada⁸⁴, como la norma, la sanción y el proceso, más allá de perseguir los mismos fines de aseguramiento del orden social⁸⁵. De todo lo expuesto, es posible concluir 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 jurídico⁸⁶.

2.2.4.2. Novedades

Aparte de las características propias del moderno Derecho penal, es importante destacar algunos factores que lo distingue del Derecho penal clásico, y

⁸³ GARCÍA-PABLOS DE MOLINA, Antonio (2000). *Derecho penal*. Madrid: Publicaciones Facultad de Derecho Universidad Complutense Madrid, p. 86.

⁸⁴ HASSEMER, Winfried y MUÑOZ CONDE, Francisco (1989). *Introducción a la criminología y al derecho penal*. Valencia: Editorial Tirant lo Blanch, p. 115.

⁸⁵ DÍEZ RIPOLLES, José Luis (1997). "El bien jurídico protegido en un Derecho penal garantista". En: *Jueces para la democracia*, Madrid, N° 30, p. 10.

⁸⁶ MUÑOZ CONDE, Francisco. *El 'moderno'...* Ob. Cit., p. 1340.

que constituyen las novedades de sus planteamientos. La primera novedad del Derecho penal moderno es con relación al ámbito de actuación. Como ya afirmamos, el Derecho penal en los últimos años ha adoptado una política de criminalización de hechos, lo que revela su carácter expansionista. Actúa, principalmente, en las partes especiales de los Códigos penales y de las legislaciones especiales creando nuevas figuras penales o ampliando los tipos ya existentes, principalmente en sectores antes no abarcados por el Derecho penal, o, si abarcados, no con tanto rigor; es el caso del medio ambiente, la economía, mercado exterior y criminalidad organizada⁸⁷.

También el moderno Derecho penal utiliza instrumentos que facilitan su actuación, teniendo en cuenta el carácter arriba expuesto de criminalización de hechos. Los bienes jurídicos que se propone proteger son universales y no individuales, contrariando la tendencia del Derecho penal clásico⁸⁸. Y, para llevar a efecto esta tutela de bienes jurídicos institucionales o universales, es necesaria la utilización por el legislador de los delitos de peligro abstracto y de normas penales en blanco⁸⁹.

En estos casos de protección de bienes jurídicos universales por el Derecho penal es prácticamente imposible la constatación de la existencia del daño, y es ésta la razón por la cual se recurre a la utilización de la técnica de tipificación de delitos de peligro abstracto. En este sentido señala Sánchez García de Paz⁹⁰: (...), la

⁸⁷ HASSEMER, Winfried. *Crisis y...* Ob. Cit., p. 640.

⁸⁸ *Ibidem*.

⁸⁹ MUÑOZ CONDE, Francisco. *El 'moderno'...* Ob. Cit., p. 1340.

⁹⁰ SÁNCHEZ GARCÍA DE PAZ, María Isabel (1999). *El moderno derecho penal y la anticipación de la tutela penal*. Valladolid: Publicaciones e Intercambio Científico de la Universidad de Valladolid, p. 38.

mayoría de los nuevos delitos de peligro abstracto son figuras orientadas a la tutela de bienes jurídicos de carácter supraindividual – colectivos o universales –, como la salud o la seguridad públicas, fenómeno que se sitúa también en el contexto de la denominada ‘sociedad de riesgo’.

Precisamente el carácter difuso e impreciso del objeto de tutela y la consecuente dificultad de comprobar la lesión o el peligro en estos bienes jurídicos de difícil aprehensión contribuye decididamente a la construcción de figuras de peligro abstracto.

De acuerdo con Silva Sánchez⁹¹, “la combinación de la introducción de nuevos objetos de protección con la anticipación de las fronteras de la protección penal ha propiciado una transición rápida del modelo 'delito de lesión de bienes individuales' al modelo 'delito de peligro (presunto) para bienes supraindividuales’”.

En este contexto, destacando la activa actuación del Derecho penal en sectores como el medio ambiente (bien jurídico universal), la utilización de delitos de peligro abstracto para la tutela de ese bien jurídico es inevitable.

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 relaciones de peligro entre conductas abstractamente peligrosas y fuentes sociales de peligro⁹².

⁹¹ SILVA SÁNCHEZ, Jesús María (2001). *La expansión del derecho penal. Aspectos de la política criminal en las sociedades postindustriales*. Madrid: Editorial Civitas, p. 121.

⁹² MÜLLER-TUCKFELD, Jens. Ob. Cit., p. 511.

Estos casos de peligro abstracto para un bien jurídico–penal colectivo, como el medio ambiente, sólo existirían, de hecho, se hubiera acumulación, es decir, la reiteración y generalización de conductas⁹³. Por lo tanto, la conducta aislada no debería ser sancionada por el Derecho penal, ya que es insignificante con relación al bien jurídico tutelado.

Es una afirmación errónea la de que todas las contaminaciones ilegales del medio ambiente son corresponsables de la catástrofe global. Teniendo en cuenta la amplitud del bien jurídico medio ambiente, ataques aislados, seguramente, son, irrisorios con relación a la extensión de lo que se protege. También, es importante resaltar que, muchas veces, las contaminaciones “legales”, o sea, autorizadas, pueden contribuir mucho más a destruir el bien jurídico medio ambiente que los pequeños ataques aislados.

La consecuencia de la utilización de la vía de criminalizar el peligro abstracto es que se produce una ampliación considerable en el ámbito de aplicación del Derecho penal, es decir, como el resultado lesivo no es necesario, la demostración de la causalidad tampoco lo es, siendo suficiente la prueba de la realización de la acción incriminada⁹⁴. Es decir, 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 daño⁹⁵.

⁹³ SILVA SÁNCHEZ, Jesús María. *La expansión...* Ob. Cit., p. 141

⁹⁴ HASSEMER, Winfried. *Crisis y...* Ob. Cit., p. 640.

⁹⁵ HASSEMER, Winfried (1989). “Lineamientos de una teoría personal del bien jurídico”. En: *Doctrina Penal - teoría y práctica en las ciencias penales*, N° 46/47, Buenos Aires, p. 277.

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 delito⁹⁶, reduciendo, así, los criterios legales que vinculan la interpretación judicial.

Nuevamente, se muestra pertinente el ejemplo de los delitos del medio ambiente, en los cuales la proliferación en este sector de conceptos jurídicos indeterminados es significativa. Conceptos como “composición natural del aire” o “los elementos de reservas naturales de especial importancia” son una constante en los preceptos legales⁹⁷. Sin embargo, si se propuso tutelar bienes jurídicos colectivos, como el medio ambiente, la utilización de esos conceptos carentes de determinación es una realidad que no se puede evitar.

Es lo que concluye Müller–Tuckfeld⁹⁸: “el problema en sí tiene una difícil solución. Si se quiere mantener la protección penal del medio ambiente, la dogmática no tiene otro remedio que decidir (...) entre los conceptos jurídicos indeterminados, por un lado, y la total y estricta sujeción a preceptos de Derecho administrativo, por otro”. También forma parte de las novedades del moderno Derecho penal los cambios en las funciones del Derecho penal, resultantes de la mudanza en sus ámbitos e instrumentos.

⁹⁶ MUÑOZ CONDE, Francisco. *El 'moderno'...* Ob. Cit., p. 1339.

⁹⁷ MÜLLER-TUCKFELD, Jens. Ob. Cit., p. 514.

⁹⁸ *Ibíd.*

En primer lugar, el Derecho penal moderno pierde el carácter fragmentario propio del núcleo básico del Derecho penal clásico, es decir, ya no es considerado como un instrumento de reacción frente a los ataques más violentos contra bienes jurídicos más relevantes, sino que se transforma en un instrumento de política de seguridad, lo que lo aproxima a las funciones del Derecho civil o administrativo.

Por lo tanto, nuevamente, el principio de intervención mínima es mitigado: no sólo se atenta contra su carácter fragmentario, sino también contra a su subsidiariedad, porque deja de ser la última ratio del sistema para transformar en prima, o incluso, única ratio, siempre que parezca rentable políticamente⁹⁹.

Todos estos cambios provocarán graves problemas. El principal de ellos son los llamados “déficits de realización”, es decir, algunas leyes del moderno Derecho penal no son aplicadas como deberían y, muchas veces, cuando son correctamente aplicadas acaban generando resultados injustos o arbitrarios.

La consecuencia de esto es el riesgo de que el Derecho penal se quede reducido a una función puramente simbólica, dejando de lado sus verdaderas funciones¹⁰⁰. En verdad, estos efectos simbólicos de la intervención estatal sólo son admisibles en cuanto efectos secundarios, y no como los principales. Estos efectos figurados están “conectados al fin o a la función de transmitir a la sociedad ciertos mensajes o contenidos valorativos, y su capacidad de influencia quedaría confinada a las mentes o las conciencias, en las que producirían emociones, o cuando más,

⁹⁹ HASSEMER, Winfried. *Crisis y...* Ob. Cit., p. 641.

¹⁰⁰ *Ibidem*.

representaciones mentales”¹⁰¹ y, por lo tanto, no deben prevalecer sobre la función de protección de bienes jurídicos.

2.2.4.3. Las llamadas “velocidades” del Derecho penal

Todas esas características y peculiaridades del Derecho penal moderno y los cambios de perspectivas ocurridos en las sociedades postindustriales, que se caracterizan, principalmente, por la globalización económica y por la integración supranacional, sugieren la construcción de un llamado “Derecho penal de dos velocidades”¹⁰².

Esa nueva concepción plantea la coexistencia de dos Derechos penales. El primero que consiste en una restricción de algunas de las garantías clásicas del Derecho penal y procesal, que son reflejo de conquistas tras el periodo del liberalismo, y, que mejor representan el actual Estado Social y Democrático de derecho; por otro lado, presenta sanciones menos gravosas a los hechos delictuosos, pena pecuniaria y restrictiva de derechos. Y el segundo, un Derecho penal con una postura garantista, preservando todas las garantías conquistadas tras el liberalismo; en cambio, los delitos regulados por ese “segundo Derecho penal”, tenían sanciones más gravosas, es decir, pena privativa de libertad.

En este sentido, el Derecho penal de dos velocidades estaría formado por: Lo primero, que vendría a configurar lo que de modo gráfico puede expresarse como “Derecho penal de dos velocidades” (...), significa en realidad la renuncia a la teoría

¹⁰¹ DÍEZ RIPOLLÉS, José Luis (2007). *Estudios penales y de Política Criminal*. Lima: IDEMSA, p. 55.

¹⁰² SILVA SÁNCHEZ, Jesús María. *La expansión...* Ob. Cit., p. 91.

del delito como teoría general y uniforme del ilícito penal (y, en esa medida, aparentemente un retroceso histórico); pero lo segundo, por su parte supone la desactivación garantista, a partir de la constatación de la gravedad de las consecuencias jurídico-penales, en particular por referencia al homicidio¹⁰³.

Todavía, Silva Sánchez¹⁰⁴ cuestiona la existencia de una tercera velocidad del Derecho penal, caracterizada por “una amplia relativización de garantías político-criminales, reglas de imputación y criterios procesales”, pero en los casos en que es prevista la pena privativa de libertad.

Esta tercera vía, así, guardaría relación con el llamado “Derecho penal de enemigos”, difundido por Jakobs. Sus particularidades son:

(1) amplio adelantamiento de la punibilidad, es decir, el cambio de la perspectiva del hecho producido por la del hecho que se va a producir (...); (2) falta de una reducción de la pena proporcional (...), la pena para el cabecilla de una organización terrorista es igual a la del autor de una tentativa de asesinato, por supuesto aplicando la aminoración de la tentativa (...) y sobrepasa de manera ostensible en la mayoría de los casos las penas reducidas de la tentativa previstas para los demás delitos de asociaciones terroristas; (3) paso de la legislación de Derecho penal a la legislación de la lucha para combatir la delincuencia y, en concreto, la delincuencia económica (...), el terrorismo (...), pero también – con alguna pérdida de contornos – los delitos sexuales y otras conductas penales peligrosas (...), así como – abovedando todo – la delincuencia en general (...); (4)

¹⁰³ *Ibidem*.

¹⁰⁴ *Ibidem*.

supresión de garantías procesales, donde la incomunicación del procesado constituye actualmente el ejemplo clásico¹⁰⁵.

Para Jakobs el enemigo es el individuo que se ha alejado del Derecho de manera duradera y no incidental, mediante su comportamiento, ocupación profesional o su vinculación a una organización criminal, por lo que no garantiza el mínimo de seguridad cognitiva de su comportamiento personal, lo que se manifiesta a través de su conducta¹⁰⁶.

Defiende Silva Sánchez¹⁰⁷, frente al rigor que presenta el Derecho penal de enemigo, que esta tercera velocidad sólo puede ser utilizada en algunos ámbitos excepcionales y por tiempo limitado, es decir, caracterizaría una especie de “Derecho de guerra” para los casos de emergencia.

A pesar de la propuesta de Silva Sánchez, considerar la validez del Derecho penal de velocidades es una afrenta a los fundamentos del Estado de Derecho. Principalmente, la tercera velocidad es la que más visiblemente quiebra el principio de igualdad, porque utiliza del Derecho penal para sancionar “personas”, y no “hechos”. Además, incluso teniendo en cuenta que el Derecho penal de enemigo busca la intervención más rigurosa en delitos como el terrorismo y los económicos, no se justifica la quiebra de principios que son resultado de más de doscientos años de lucha por su efectividad.

¹⁰⁵ JAKOBS, Günther (1999). *La ciencia del derecho penal ante las exigencias del presente*. Galicia: Estudios de derecho judicial, pp. 15-16.

¹⁰⁶ Ibidem.

¹⁰⁷ SILVA SÁNCHEZ, Jesús María. *La expansión...* Ob. Cit., p. 166.

Esto representaría, ciertamente, la vuelta al Derecho penal de autor, que “se basa en determinadas cualidades de la persona de las que ésta, la mayoría de las veces, no es responsable en absoluto y que, en todo caso no pueden precisarse o formularse con toda nitidez en los tipos penales”¹⁰⁸.

Así, a través del Derecho penal del autor la pena está vinculada a su personalidad, no importando que haya cometido un hecho, bastando que el autor sea lo que es para convertirse en el objeto de la sanción penal¹⁰⁹.

Eso 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 hecho, 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 mismo¹¹⁰. Finalmente, aceptar un Derecho penal de autor es tener el poder punitivo del Estado ilimitado, favoreciendo una concepción totalitaria del mismo¹¹¹.

2.2.5. El principio de proporcionalidad y de razonabilidad como límite constitucional al poder del Estado

La pregunta por la razonabilidad y proporcionalidad de una ley, de una sentencia, de un acto administrativo o de cualquier acto normativo tiene

¹⁰⁸ MUÑOZ CONDE, Francisco y GARCÍA ARÁN, Mercedes. Ob. Cit., p. 210.

¹⁰⁹ ROXIN, Claus. *Derecho Penal...* Ob. Cit., p. 177.

¹¹⁰ *Ibidem*.

¹¹¹ MUÑOZ CONDE, Francisco y GARCÍA ARÁN, Mercedes. Ob. Cit., p. 210.

implicancias que se vinculan con la noción misma del derecho y de la justicia¹¹².

¿Tiene algo de “razón” el derecho?¹¹³.

Para la comprensión de la noción de razonabilidad se debe partir de dos premisas básicas: la primera es que el derecho es una herramienta fundamental de los hombres para la ordenación de la vida social. La segunda premisa es que el derecho busca cumplir un fin que, bien puede decirse, es lograr relaciones justas entre los hombres: el logro de la justicia y el bien común. Desde que el derecho es un orden humano requiere el recurso a la razón; de aquí se deriva la idea de que el derecho es un orden racional y será orden humano en la medida que sea razonable¹¹⁴.

La idea de razonabilidad, en un sentido lato, implica un examen de las “razones” del derecho. En una primera aproximación vale decir que, ya que lo propio de la razón –como explica Santo Tomás de Aquino– es ordenar hacia el fin, por el análisis de la razonabilidad se examina la racionalidad de los medios y fines del derecho. Se vislumbra así una íntima conexión entre razón, verdad y justicia¹¹⁵.

La razonabilidad actúa como un factor justificador del ordenamiento jurídico. Cuando el legislador sanciona una norma, cuando el juez dicta una sentencia, o el

¹¹² CIANCIARDO, Juan (2006). *La interpretación en la era del neoconstitucionalismo. Una aproximación interdisciplinaria*. Buenos Aires: Ábaco de Rodolfo Depalma, p. 30.

¹¹³ OLLERO TASSARA, Andrés (1996). *¿Tiene razón el derecho? Entre método científico y voluntad política*. Madrid: Publicaciones del Congreso de Diputados, p. 434.

¹¹⁴ CIANCIARDO, Juan (2004). *El principio de razonabilidad. Del debido proceso sustantivo al moderno juicio de proporcionalidad*. Buenos Aires: Ábaco de Rodolfo Depalma, p. 115.

¹¹⁵ Esta vinculación lleva a Linares a identificar los conceptos: “en ciencia del derecho la razonabilidad se presenta cuando se busca la razón suficiente de una conducta compartida. (...) por razonabilidad en sentido estricto sólo se entiende el fundamento de verdad o justicia”. LINARES, Juan Francisco (2002). *Razonabilidad de las leyes. El “debido proceso” como garantía innominada en la Constitución Argentina*. Buenos Aires: Astrea, p. 108.

administrador emite un acto administrativo, se busca en todos los casos generar los medios necesarios para lograr una finalidad querida. En este proceso de creación normativa o de interpretación jurídica aparece generalmente más de una alternativa frente a una misma finalidad. Cuando la norma sea razonable, no sólo en sí misma, sino frente a todo el ordenamiento jurídico, sólo así podrá considerarse que es “derecho” y así, justa¹¹⁶.

El logro de los objetivos constitucionales y los fines del Estado en función de las exigencias del bien común es sólo posible mediante el ejercicio de las facultades que la misma carta constitucional otorga a los órganos creados a tales efectos.

Dentro de las más importantes se halla la potestad de establecer disposiciones legislativas con eficacia normativa. Claro está que el ejercicio de estos poderes debe, en todo supuesto, conformarse a la Constitución. En este marco, los derechos constitucionales o fundamentales fueron, desde los inicios del constitucionalismo, límites al poder del Estado.

Empero, esto no significa que sean límites absolutos –conforme los cuales el poder legislativo no puede interferir de ningún modo– sino que es necesaria la reglamentación por vía legislativa para la delimitación de la esfera de ejercicio regular, o razonable, del derecho fundamental tutelado, y para la efectiva promoción de los bienes jurídicos protegidos¹¹⁷.

¹¹⁶ *Ibidem*.

¹¹⁷ TOLLER, Fernando M. “La resolución de los conflictos entre derechos fundamentales. Una metodología de interpretación constitucional alternativa a la jerarquización y el balancing test”. En: FERRER MAC-GREGOR, Eduardo (2005). *Interpretación constitucional*. México: Editora Porrúa, pp. 1258-1259.

Frente a la dicotomía entre los derechos y la potestad del Estado de regularlos¹¹⁸, surge la necesidad de encontrar técnicas que permitan descubrir una verdadera conformidad de la ley “reglamentadora” con la Constitución, y realizar una delimitación correcta de los derechos. En primer lugar, es menester que la norma se sancione conforme a los procedimientos constitucionales y por el órgano competente; es lo que se conoce como el debido proceso legal o principio de legalidad.

En este sentido, el control de constitucionalidad¹¹⁹, en su sentido primordial, es una herramienta que permite a los tribunales¹²⁰ ejercer un examen de validez de la norma en cuanto al cumplimiento de los requisitos formales, el procedimiento para su sanción y la competencia del órgano que la pronunció¹²¹.

El análisis de la validez constitucional de una norma no puede limitarse a un mero control de conformidad con las reglas formales o adjetivas, es necesario que también la materia que efectivamente se regula sea conforme a la Constitución. Es por ello que, en segundo lugar, es necesario un control de constitucionalidad con un sesgo sustantivo. El control sobre el contenido o la sustancia de una norma se

¹¹⁸ SERNA, Pedro y TOLLER, Fernando (2001). *La interpretación constitucional de los derechos fundamentales. Una alternativa a los conflictos de derechos*. Buenos Aires: La Ley, pp. 64-74.

¹¹⁹ BIANCHI, Alberto (2002). *Control de constitucionalidad*. Buenos Aires: Ábaco de Rodolfo Depalma, p. 122

¹²⁰ El control de constitucionalidad puede ser jurisdiccionalmente difuso o concentrado. El control difuso significa que todos los jueces pueden controlar la constitucionalidad de las normas. En cambio, en el sistema concentrado, sólo un órgano, generalmente el máximo tribunal de cada país, o el tribunal “constitucional”, será el encargado de realizar este control. Por tanto, la posibilidad de control de razonabilidad de las leyes dependerá de cómo está organizado el sistema político y jurisdiccional de cada Estado.

¹²¹ Si bien este control constitucional es hoy indiscutible, ya que no se concibe la validez de una norma en el ordenamiento jurídico sancionada en forma contraria a la constitución, la posibilidad de su empleo fue fruto del hito jurisprudencial que marcó el fallo *Marbury v. Madison*, 5 U.S. 137 (1803), de la Suprema Corte estadounidense, con la corte Marshall, a partir del cual se entendió propio de los tribunales realizar un control de constitucionalidad sobre las normas con un sesgo meramente formal.

hace teniendo en consideración la finalidad o finalidades de ésta, y los medios empleados, y analizando la relación entre unos y otros, y su conformidad con la Constitución¹²². Este control se conoce como la exigencia de la razonabilidad o proporcionalidad de las leyes.

Dado que es una máxima del Derecho –el que las leyes deban guardar cierto grado de razonabilidad o proporcionalidad para ser conformes a la Constitución–, se ha elevado esta exigencia a nivel de principio constitucional; así, en los distintos países, se suele hablar del principio de razonabilidad o principio de proporcionalidad.

La preocupación de la doctrina y la jurisprudencia en torno al principio de razonabilidad se puede resumir en dos objeciones externas. La primera cuestión se refiere a la legitimación para realizar este tipo de control: ¿qué es lo que habilita que un juez o un tribunal pueda realizar un examen de razonabilidad sobre las normas?¹²³.

La segunda objeción radica sobre los alcances de este control y el peligro del subjetivismo judicial: ¿es posible un control objetivo de razonabilidad de las normas? ¿Existen criterios o juicios concretos para ejercer este tipo de control? Internamente, es decir, desde una aproximación teórica que admite las bondades del principio de razonabilidad y proporcionalidad, se pueden plantear otras inquietudes:

¹²² Como se verá más adelante, se trata de un control sobre la eficacia (adecuación o idoneidad), la eficiencia (necesidad o indispensabilidad) y la proporcionalidad (en sentido estricto) de los medios con respecto a los fines de la norma o el acto.

¹²³ El planteo se vincula a la problemática de la división de poderes: ¿hasta qué punto pueden los jueces interferir y controlar la actividad legislativa? Un control de razonabilidad implica inmiscuirse en los fundamentos de la norma, en la finalidad perseguida por el legislador, en los medios arbitrados a tales efectos, etc. ¿Es tarea de los jueces examinar la validez de las normas en cuanto a su contenido?

¿sirve este principio como criterio delimitador del contenido esencial de los derechos fundamentales? ¿De qué modo es compatible con una postura que no ve a los derechos fundamentales y a los principios jurídicos en conflicto?

2.2.6. El principio de interdicción de la arbitrariedad

Nuestro Tribunal Constitucional ha establecido que, el concepto de arbitrario apareja tres acepciones igualmente proscritas por el derecho: a) lo arbitrario entendido como decisión caprichosa, vaga e infundada desde la perspectiva jurídica; b) lo arbitrario entendido como aquella decisión despótica, tiránica y carente de toda fuente de legitimidad; y c) lo arbitrario entendido como contrario a los principios de razonabilidad y proporcionalidad jurídica (STC Exp. N° 0090-2004-AA/TC).

Fernando Sainz Moreno sostiene que, “una decisión arbitraria, contraria a la razón (entendiendo que en un sistema de derecho positivo la razonabilidad de una solución está determinada por las normas y principios que lo integran, y no sólo por principios de pura razón), es esencialmente antijurídica” (STC Exp. N° 0090-2004-AA/TC).

Concretamente toda actuación de la Administración Pública que es arbitraria se constituye en antijurídica, y como tal, debe ser expulsada de la actuación del Estatal, en un marco de Estado Constitucional de Derecho.

En ese sentido el artículo 43° de la Constitución consagra como principios de nuestro Estado constitucional y democrático el de separación de poderes, la forma republicana de gobierno y el carácter inderogable de los derechos humanos. Estos

principios, que constituyen el núcleo esencial de nuestra Constitución y fundamento político de las relaciones entre gobernantes y gobernados, inspiran también como componente obligatorio, las relaciones entre quienes según los procedimientos establecidos en la Constitución, son los llamados a gobernar. En esa perspectiva, no sólo la actuación de los órganos que ejercen función jurisdiccional debe estar ajustada a derecho, sino también las de aquellos que llevan a cabo función política como administrativa (STC Exp. N°00156-2012-PHC/TC).

De lo que entendemos que el ejercicio de cualquiera de las funciones Estatales, legislativa, jurisdiccional, gubernamental, ejecutiva o administrativa, tienen que desarrollarse respetando los principios de separación de poderes, forma republicana de gobierno y obediencia a los derechos humanos, como pilares elementales del Estado social y democrático de Derecho, que hemos asumido como forma de gobierno.

En el Estado social y democrático de Derecho, el fenómeno jurídico no puede ser concebido como una regulación de características estrictamente formales, sino como una de connotaciones sociales. El sistema jurídico derivado de esta modalidad estadual trasciende la regulación formal, y apareja la exigencia de que sus contenidos axiológicos se plasmen en la vida cotidiana. Dicha concepción presupone los valores de justicia social y de dignidad humana, los cuales propenden la realización material de la persona; esto es, el libre desenvolvimiento de la

personalidad y el despliegue más acabado de las potencialidades humanas sobre la base del principio de libertad¹²⁴.

Es decir, la actuación del Estado, por el modelo de gobierno que asumimos, siempre debe enmarcarse en el reconocimiento de los derechos y libertades de los ciudadanos y ciudadanas, mandato que exige del Estado una actuación que busque satisfacer las necesidades o incertidumbres del administrado, siendo ese el marco para la actuación de todos los funcionarios y servidores públicos.

En consecuencia, el principio de Interdicción de la Arbitrariedad significa un pilar básico del Estado Constitucional y Democrático de Derecho, por lo que no podría entenderse que el otorgamiento de una potestad administrativa a un órgano, servidor o funcionario público lo faculta para una actuación arbitraria. La proscripción de la arbitrariedad alcanza a todos los actores públicos, estableciendo la obligación que dan sustento a las decisiones adoptadas en ejercicio de las potestades conferidas, como única manera de permitir un control de razonabilidad de las mismas¹²⁵.

La prohibición de la arbitrariedad lo que condena es la falta de sustento o fundamento jurídico objetivo de una conducta administrativa y, por consiguiente, la infracción del orden material de los principios y valores propios del Estado de Derecho. En esencia, el principio de interdicción de la arbitrariedad ha venido operando como un poderoso correctivo frente a las actuaciones abusivas y

¹²⁴ CHANAME ORBE, Raúl. "Origen y ejercicio del poder estatal" En: GUTIERREZ, Walter et al (2005). *La Constitución Comentada*. Tomo I. Lima: Gaceta Jurídica, pp. 953 y ss.

¹²⁵ *Ibidem*

discriminatorias de las administraciones públicas cuando ejercen potestades discrecionales (abuso o exceso de discrecionalidad)¹²⁶.

2.3. Definición de términos

- a) **Estado.-** El Estado es un concepto político que se refiere a una forma de organización social soberana y coercitiva, formada por un conjunto de instituciones involuntarias, que tiene el poder de regular la vida nacional en un territorio determinado. El concepto de Estado difiere según los autores, pero algunos de ellos definen el Estado como el conjunto de instituciones que poseen la autoridad y potestad para establecer las normas que regulan una sociedad, teniendo soberanía interna y externa sobre un territorio determinado¹²⁷.
- b) **Ius pundiendi.-** Ius puniendi es una expresión latina utilizada para referirse a la facultad sancionadora del Estado. De forma desglosada encontramos por un lado que, la expresión “ius” equivale a decir “derecho”, mientras que la expresión “puniendi” equivale a “castigar” y por tanto se puede traducir literalmente como derecho a penar o derecho a sancionar. La expresión se utiliza siempre en referencia al Estado frente a los ciudadanos¹²⁸.
- c) **Tipo penal.-** Tipo penal o tipificación es en Derecho Penal, la descripción precisa de las acciones u omisiones que son considerados como delito y a los que se les asigna una pena o sanción. La obligación de Estado de tipificar los delitos deriva del principio de legalidad (“todo lo que no está prohibido

¹²⁶ *Ibidem*

¹²⁷ *Cfr.* CABANELLAS DE TORRE, Guillermo (2007). *Diccionario Enciclopédico de Derecho Usual*. Buenos Aires: Heliasta Editores.

¹²⁸ *Ibidem*.

está permitido”), una de las reglas fundamentales del Estado de derecho. De este modo, en cada legislación nacional o internacional, cada uno de los delitos que se pretenden castigar debe ser “tipificado”, o lo que es lo mismo, descrito con precisión. Si una conducta humana no se ajusta exactamente al tipo penal vigente, no puede considerarse delito por un juez. De este modo una norma penal está integrada por dos partes: el tipo y la pena¹²⁹.

- d) **Ley penal.**- Son normas jurídicas que regulan la potestad punitiva del estado, asociando a hechos, estrictamente determinados por la ley, como presupuesto, una pena o medida de seguridad o corrección como consecuencia, con el objetivo de asegurar los valores elementales sobre los cuales descansa la convivencia humana pacífica.
- e) **Delito.**- El delito, en sentido estricto, es definido como una conducta, acción u omisión típica (tipificada por la ley), antijurídica (contraria a Derecho), culpable y punible. Supone una conducta infraccional del Derecho penal, es decir, una acción u omisión tipificada y penada por la ley. La palabra delito deriva del verbo latino delinquere, que significa abandonar, apartarse del buen camino, alejarse del sendero señalado por la ley. La definición de delito ha diferido y difiere todavía hoy entre escuelas criminológicas. Alguna vez, especialmente en la tradición, se intentó establecer a través del concepto de Derecho natural, creando por tanto el delito natural. Hoy esa acepción se ha dejado de lado, y se acepta más una reducción a ciertos tipos de comportamiento que una sociedad, en un determinado momento, decide

¹²⁹ *Ibidem*.

punir. Así se pretende liberar de paradojas y diferencias culturales que dificultan una definición universal¹³⁰.

- f) **Derecho Penal.**- El derecho penal es el conjunto de normas jurídicas que regulan la potestad punitiva del Estado, asociando a hechos, estrictamente determinados por la ley, como presupuesto, una pena, medida de seguridad o corrección como consecuencia, con el objetivo de asegurar los valores elementales sobre los cuales descansa la convivencia humana pacífica.
- g) **Derecho Penal Mínimo.**- El Derecho Penal Mínimo se orienta hacia la reducción de la pena con intención de abolirla. Plantea que las “clases subalternas” son las más criminalizadas y las más victimizadas; parte de una crítica al sistema penal y plantean su abolición para unos de la cárcel y para otros del sistema penal total, pero deberá transitar por un período en el que paulatinamente vaya reduciéndose al mínimo. Según el principio de intervención mínima, el Derecho Penal debe ser la última ratio de la política social del Estado para la protección de los bienes jurídicos más importantes frente a los ataques más graves que puedan sufrir. La intervención del Derecho Penal en la vida social debe reducirse a lo mínimo posible (minimización de la respuesta jurídica violenta frente al delito)¹³¹.
- h) **Punibilidad.**- La punibilidad, cualidad de punible, es decir aquella conducta a la que se tiene la posibilidad de aplicar una pena (dependiendo de ciertas circunstancias), en el terreno de la coerción materialmente penal no es una

¹³⁰ *Ibidem*.

¹³¹ *Ibidem*.

característica del delito sino el resultado de la existencia de una conducta típica, antijurídica y culpable que cumple determinadas condiciones¹³².

- i) **Culpabilidad.-** La culpabilidad, en Derecho penal, es la conciencia de la antijuridicidad de la conducta, es decir supone la reprochabilidad del hecho ya calificado como típico y antijurídico, fundada en que su autor, pudiendo someterse a los mandatos del Derecho en la situación concreta, no lo hizo ejecutándolo. El problema de la culpabilidad es central en el Derecho penal, por cuanto determina finalmente la posibilidad de ejercicio del ius puniendi. Bajo la categoría de la culpabilidad, como último elemento de la teoría del delito, se agrupan todas aquellas cuestiones relacionadas con las circunstancias específicas que concurrieron en la persona del autor en el momento de la comisión del hecho típico y antijurídico¹³³.

¹³² *Ibidem.*

¹³³ *Ibidem.*

CAPÍTULO III

RESULTADOS Y ANÁLISIS DE LA INFORMACIÓN

3.1. Consideraciones generales sobre el fin de protección del derecho penal: El bien jurídico

3.1.1. Fin del Derecho Penal. Entre las teorías más representativas

En principio, consideramos pertinente expresar en este apartado la postura de la que parto acerca del fin de protección del derecho penal. Al respecto, es bastante conocido en doctrina el debate entre las teorías más representativas sobre el tema. Sin embargo, creo importante recordar parte de sus postulados a fin de sentar posición y continuar posteriormente –en base a esa primera consideración– con las reflexiones centrales sobre el tema que aquí me ocupa.

Una primera consideración, es recordar la diferencia que encierra el referirnos al “fin del derecho penal” y al “fin de la pena”. La confusión que se pueda generar entre ambos puede parecer una cuestión de mera terminología; sin embargo, sentar postura sobre el fin de la pena en los argumentos desarrollados –por ejemplo– en las teorías absolutas, relativas y/o mixtas de la pena¹³⁴, tiene sentido (porque,

¹³⁴ Las teorías referidas plantean diversos fundamentos sobre la naturaleza y la finalidad que cumple la sanción penal respecto del sujeto al que se le aplica –esto es, al que ha delinquido- o frente a la sociedad a la que la norma comunica. Según la postura que se adopte, la aplicación de una sanción muy severa puede estar en mayor o en menor medida justificada –o, incluso, rechazada de plano-. No obstante ello, mientras que la intervención del derecho penal debe encontrar legitimidad en la protección de un fin esencial, la finalidad de la aplicación de las penas –incluyendo su duración y su intensidad-, encuentran fundamento en otros aspectos adicionales –por ejemplo, una influencia importante en relación con la ejecución de la sanción ejercen principios tales como el de humanidad de las penas-. Cabe recalcar, sin embargo, que al formar parte de un mismo sistema, las teorías adoptadas respecto de la función de la pena pueden ser influenciadas por la concepción que se tenga sobre el objeto de protección del derecho penal.

además, dicho fin se encuentra vinculado propiamente a la rama del derecho penitenciario o de ejecución penal –entre cuyos principios se encuentra, por cierto, el principio de humanidad de las penas–); pero cuando nos referimos al fin del derecho penal, el discurso no se limita al discurso sobre la sanción que se pueda imponer sino a la existencia y razón de ser del derecho penal como ejercicio del ius puniendi estatal.

Si se aplica una pena es porque se contradice una norma penal y esa norma penal existe porque tiene la finalidad de proteger y preservar determinados intereses. La pena es la respuesta del Estado a una conducta que atenta contra el ordenamiento jurídico y que debe estar limitada en la norma – principio de legalidad– por una razón que es, justamente, el fin del derecho penal.

Ahora bien, el ejercicio del ius puniendi en el ámbito penal debe estar legitimado en el logro de fines esenciales y respecto de conductas que revisten especial gravedad. Incluso criterios de simple lógica nos llevan a esa conclusión: tratándose del ámbito del derecho que impone las sanciones más estrictas, éstas sólo pueden ser impuestas frente a conductas muy graves.

Por supuesto, no es poco común leer o escuchar críticas respecto de conductas que se encuentran tipificadas en nuestra legislación, pero que carecerían de relevancia penal o cuya evitación podría regularse por otras áreas del derecho –o sencillamente por ninguna, al ser cuestiones puramente éticas o relacionadas con la moral (lo que, como se sabe, tiene mucho de carga subjetiva)–.

En no pocas ocasiones se afirma que el incremento de las penas o la inclusión de nuevos tipos penales obedecen a razones de política criminal. Ello no implica ningún problema salvo que se tenga una errada concepción de aquella y, por lo tanto, esto nos lleve a una incorrecta aplicación de la misma. La política criminal no se limita al estudio estadístico sobre el incremento o disminución de las tasas de delincuencia. En nuestro país, esa mal entendida “política criminal” ha tenido influencia en materia normativo-penal y, en no pocas ocasiones, el legislador ha tipificado conductas o agravado penas sin la diligencia de considerar si realmente lo que se tipifica merece intervención penal¹³⁵.

Así, aunque sin pretender abundar al respecto, es importante recordar que la política criminal incluye una serie de estrategias –no necesariamente de índole penal– para vencer el delito¹³⁶, que incluyen: el estudio de las tasas de criminalidad; el enfoque de la criminología (que se basa en el estudio del delito, el delincuente,

¹³⁵ Como bien apunta DÍEZ RIPOLLÉS al respecto: “(...) no es seguro que la Política Criminal esté en condiciones adecuadas para enfrentarse a la tarea que se le está demandando por parte de la sociedad. Arrastra una serie de lastres, un par de los cuales me gustaría señalar a continuación. 4. Ante todo se carece de una teoría de la legislación penal que marque los pasos y las comprobaciones que deben llevarse a cabo antes de tomar una decisión sobre la penalización o la despenalización de un comportamiento. Una sociedad compleja como la nuestra no puede legislar penalmente a partir de iniciativas gubernamentales o parlamentarias coyunturales, condicionadas cada vez más por la rentabilidad electoral de determinados estados de opinión con frecuencia pasajeros. (...). 5. La carencia acabada de señalar se ve potenciada por el progresivo asentamiento de prácticas legislativas de naturaleza puramente simbólica en el marco de la Política Criminal. (...). Hablamos peyorativamente de un ‘derecho penal simbólico’ o de decisiones legislativas penales de naturaleza meramente simbólica y por eso mismo carentes de legitimación, cuando estemos ante intervenciones penales en la que los efectos simbólicos ligados al efecto instrumental de protección de bienes jurídicos quedan en un segundo plano frente a la primacía otorgada a la obtención de otros efectos simbólicos ajenos al fin primordial de protección de bienes jurídicos y de contención de la delincuencia”. DÍEZ RIPOLLÉS, José Luis. Ob. Cit., pp. pp. 44-46.

¹³⁶ BINDER, Alberto M (1997). *Política Criminal de la formulación a la praxis*. Buenos Aires: Ad-Hoc. Como referencia también, BUSTOS RAMÍREZ, Juan y HORMAZÁBAL MALARÉE, Hernán (2004). *Nuevo Sistema de Derecho Penal*. Madrid: Trotta; BLANCO LOZANO, Carlos (2007). *Tratado de Política Criminal*. Tomo II. Barcelona: Editora Boch.

la víctima y el control social¹³⁷); el enfoque sociológico y otras disciplinas que buscan identificar si la comisión de determinados comportamientos “antisociales” son supuestos que pueden evitarse a través de estrategias menos represivas o si, efectivamente, se requiere de la intervención penal –en cuyo caso, interesa cómo debe realizarse ésta considerando los límites impuestos al ejercicio punitivo del Estado–.

En suma, en el ámbito de la política criminal también son principios que se toman en cuenta aquellos que rigen el derecho penal. El fin del derecho penal –cualquiera que sea la teoría que se adopte al respecto– no es un tema ajeno –sino todo lo contrario– a los estudiosos del fenómeno delictivo –y mucho menos debería serlo para el legislador–.

Entonces, como manifesté inicialmente, la intervención penal encuentra su presupuesto básico en la protección y/o preservación de un fin legítimo y esencial. Algunos autores sostienen que ese fin se encuentra en la protección de bienes jurídicos; otros, desde una perspectiva crítica a la posición antes señalada, postulan que el fin del derecho penal se encuentra en la protección de las expectativas normativas o en la reafirmación de la vigencia de la norma penal. Ambas posiciones son las más representativas –aunque no las únicas¹³⁸–; no obstante ello, en las siguientes líneas también realizaré algunos comentarios a la doctrina anglosajona para referirme a una teoría que ha servido de argumento en dicho sistema para

¹³⁷ Cfr.: GARCÍA-PABLOS DE MOLINA, Antonio (2008): *Criminología: Fundamentos y principios para el estudio científico del delito, la prevención de la criminalidad y el tratamiento del delincuente*. Lima: Fondo Editorial INPECCP.

¹³⁸ Existen posiciones ecléticas que no niegan el valor de los aportes de los propulsores funcionalistas pero, desde una perspectiva distinta, critican el punto de partida de éstos. Al sentar posición personal sobre el tema, haré referencia a ellas.

legitimar la intervención del criminal law: el llamado Harm Principle o “principio del daño”.

Siendo punto de partida relevante, a continuación repasaré brevemente las teorías esbozadas y luego sentaré posición al respecto.

3.1.1.1. Teoría de la vigencia de la norma o de las expectativas normativas

Si bien una posición importante de la doctrina sostiene que el fin de protección del derecho penal son los bienes jurídicos, otro sector afirma que por su difícil delimitación como concepto –entre otras críticas–, no podemos referirnos al “bien jurídico” como el objetivo al que se dirige dicha tutela. En esa línea, autores entre los que se encuentra Günther Jakobs – principal propulsor–, sostienen que es la vigencia de la norma la finalidad última del derecho penal.

Desde su concepción –y la de quienes se acogen a su teoría–, el derecho penal responde – con una sanción– ante una “desautorización de la norma”. Así, al respecto, Jakobs, manifiesta expresamente: “(...) la pena no asegura bienes jurídicos, y mucho menos aún los repara, sino que asegura la vigencia de la norma. La protección de bienes jurídicos en todo caso se obtendrá como resultado mediato”¹³⁹.

Dicho autor defiende su crítica con la afirmación de que los bienes jurídicos pueden verse vulnerados o menoscabados por acciones que no necesariamente provienen de la intervención humana. En dicho sentido, pone de ejemplo, el caso

¹³⁹ JAKOBS, Günther (2003). *Sobre la normativización de la dogmática jurídico-penal*. Barcelona: Civitas Ediciones, p. 59.

de los desastres naturales que, por efecto de su agresividad, generan la consecuencia de menoscabar bienes jurídicos tales como la vida o la salud. Sin embargo, dentro de su propio planteamiento, el autor aclara que el derecho penal, en todo caso –esto es, sin dejar de relegarlos a un segundo plano–, no protegería “bienes” sino “bienes jurídicos” lesionados por ataques determinados: “Por lo tanto, el Derecho Penal no sirve para la protección genérica de bienes que han sido proclamados como bienes jurídicos, sino a la protección de bienes contra ciertos ataques, y sólo en lo que se refiere a esta protección los bienes aparecen en la lente del Derecho, y son porconsiguiente, bienes jurídicos”¹⁴⁰.

En otras palabras, Jakobs afirma en el trabajo citado que para los partidarios de la teoría del bien jurídico no existe diferencia entre la afectación fortuita o derivada de fenómenos de la naturaleza y la afectación de los bienes producto de la intervención de las personas. Según indica, entonces, solo es factible hablar de “bienes jurídicos” en el último de los casos –algo que, por cierto, no se niega acá–. No obstante ello, si bien, el citado autor hace una referencia a los bienes jurídicos, aclara inmediatamente que lo que en realidad el derecho debe garantizar es que éstos no sean atacados por obra de una acción humana. El enfoque de la premisa no se encuentra en la afectación realizada sino en quien la realiza, incumpliendo así su deber.

¹⁴⁰ JAKBOS, Günther (2001). *¿Qué protege el Derecho Penal: bienes jurídicos o la vigencia de la norma*. Mendoza: Ediciones Jurídicas Cuyo, p. 15. Aunque la terminología utilizada aquí por el autor pueda llevar a confusiones, no es un cambio en su postura, sin embargo, es una muestra de que al margen de sus puntos de partida, no niega la existencia de los llamados “bienes jurídicos” sino que re dirige su significado a una equivalencia desde la teoría que postula y, claro está, no lo considera la finalidad de protección del derecho.

Comparto que, ciertamente, la norma penal comunica y sólo es razonable pretender la recepción de dicha comunicación por parte de quienes tienen la capacidad de hacerlo y actuar en tal sentido. Ni la naturaleza o sus fenómenos, ni las ocurrencias fortuitas son destinatarios de la norma penal. De hecho, en el ámbito general del derecho, no podemos pretender una protección –y, menos aún, una sanción– frente a hechos cuya ocurrencia no depende de nosotros como miembros de la sociedad.

Por lo tanto, en realidad, la “aclaración” realizada por Jakobs, es innecesaria si es que con ella se pretende criticar la teoría de los bienes jurídicos –que como más adelante desarrollaré, no pretende una protección penal respecto de cualquier hecho: ¿a quién se le podría imputar la muerte de una persona debido a la caída fortuita de un viejo árbol sembrado al lado de la carretera sobre el auto que iba conduciendo?–. La teoría de los bienes jurídicos afirma la protección de éstos frente a ataques determinados y ello parte de entender que la respuesta penal frente a dichos ataques va dirigida a quien los ha producido y no frente a situaciones que no están ni al alcance del control penal ni de las personas.

Pero, ¿cuál es el punto de partida de la postura de Jakobs? Sin pretender abundar al respecto, considero que para comprender su planteamiento es importante partir del pensamiento de Hegel –quien, en todo caso, también sería el propulsor de estas ideas–. Este filósofo alemán parte de una noción de Estado en el que el principio esencial es el interés del todo social y no los intereses de los individuos. En su noción de Estado, la finalidad de éste es el de exigir de parte de los ciudadanos

una “actitud” de identidad con los intereses comunitarios. La esencia de esa identidad sería la moral –con lo que unificaría al Derecho con la moral–.

Sin embargo, Jakobs y sus seguidores académicos interpretan a Hegel desde una visión epistemológica colocando énfasis en los aspectos formales de sus postulados –sin tomar en cuenta las repercusiones de índole política o los aspectos valorativos de éstos–. Desde esa perspectiva, toman de Hegel su consideración sobre el delito –al cual define como la “negación del derecho”– y de la pena –a la que considera como “la negación de la negación” (o, lo que equivale decir: la reafirmación del derecho)–.

Si para Hegel, lo que interesa al Estado –y es su esencia– es el interés y la moral de la comunidad, la relevancia del delito no es el daño producido a un determinado bien sino el hecho de ir contra el Estado mismo, poniendo en duda la validez del derecho que lo rige. Desde dicha línea, la libertad de las personas no tiene origen en el contrato social en donde los individuos –en condiciones de igualdad– verían representados sus intereses particulares de tal manera que se haga posible la convivencia pacífica entre ellos.

En la concepción de Estado de Hegel, la subordinación del individuo al Estado es un deber para que aquél sea considerado como miembro de éste. Ello se ve plasmado en Jakobs cuando manifiesta lo siguiente: “La prestación que realiza el Derecho penal consiste en contradecir a su vez la contradicción de las normas

determinantes de la identidad de la sociedad. El Derecho penal confirma, por tanto, la identidad social. (...)”¹⁴¹.

En esa misma línea se orienta, Gallas quien, citado por Alcácer Guirao, afirma: “Desde esta perspectiva, la esencia del delito no consistirá en el ataque ilícito a los intereses jurídicamente protegidos, sino en su carácter destructor de la comunidad. Con ello, cobra protagonismo la parte personal del delito y son los conceptos de ‘deber’ y ‘actitud’, y no, o no en primer lugar, los de ‘bien jurídico’ e ‘interés’ los que pasan a ocupar el centro de la construcción conceptual jurídico–penal”¹⁴².

Considero preciso comentar que dentro de las corrientes anti liberales se encuentran otros autores que consideran como prius axiológico una concepción de Estado comunitarista. Los seguidores de la escuela nacionalsocialista, por ejemplo, sí consideraban que los teóricos del bien jurídico sentaban su base en una corriente liberalista y, precisamente por oponerse a dicha corriente se oponían a la teoría del bien jurídico a través de la postulación de la teoría de la lesión del deber.

Como ejemplo de ello, Alcácer Guirao cita a Dahm: “Según nuestra concepción la esencia del delito no es la lesión de intereses y bienes jurídicos, sino la rebelión contra la comunidad y su ley interna”¹⁴³. El extremo de la visión comunitarista del Estado llegó con el nacionalsocialismo al postular de manera radical una fusión tal entre el derecho y la moral que abarcaba no solo la propia

¹⁴¹ GÜNTHER, Jakobs (1996). *Sociedad, norma y persona en una teoría de un Derecho penal funcional*. Madrid: Editora Civitas, p. 18.

¹⁴² ALCÁCER GUIRAO, Rafael (2004). *¿Lesión de bien jurídico o lesión de deber? Apuntes sobre el concepto material del delito*. Lima: Grijley, p. 48.

¹⁴³ *Ibíd.*, p. 47.

creación de las normas sino los fundamentos para desvalorar la conducta –en otras palabras, la moral comunitaria era la que se imponía, y ésta, era la que determinaba el Estado mismo pero no en función de los intereses individuales–.

Por otro lado, postulando también la teoría de la lesión de los deberes (por tanto, alineado a la teoría de la vigencia de la norma como el fin del derecho penal) y aunque no de la escuela nacionalsocialista, Mayer, ha sido más moderado en sus postulados respecto del bien jurídico. Si bien, negando rotundamente que el objeto de protección penal sea la afectación a bienes jurídicos, considera que su función es menor. Para este autor, en palabras de Alcácer Guirao: “El fin del derecho no es proteger esferas individuales de libertad, sino, en primer lugar, mantener vigentes las convicciones morales de la comunidad; sólo dentro de este fin superior cabe la protección de bienes jurídicos”¹⁴⁴. La premisa sostenida, no niega que pueda atenderse a la protección de los bienes jurídicos; aunque, claro, no como un fin primordial sino relegado (si se quiere, como una consecuencia)–.

Para finalizar este breve repaso por los puntos de partida de la teoría en comentario, me interesa hacer referencia a lo sostenido por Hardwig –también de postura antiliberal–. Según comenta Alcácer Guirao, Hardwig considera que existen dos modos de comprender el derecho penal: un derecho penal de la sociedad y un derecho penal de la comunidad. Mientras que en el primero se atiende a la lesividad social y no se valoran (o desvaloran) las cuestiones éticas; en el segundo, el delito implica lesionar valores de la comunidad y, por lo tanto, supraindividuales

¹⁴⁴ *Ibíd.*, p. 53.

asentados en deberes de índole moral– El delito en este último caso, no es más que la infracción o incumplimiento al deber moral o ético y jurídico.

En resumen, Hardwig identifica cada una de sus concepciones del derecho penal del siguiente modo: [Derecho penal de la sociedad/ lesividad/ desvalor del resultado/ lesión del bien jurídico] y [Derecho penal de la comunidad/ desvalor del acto/ lesión del deber]¹⁴⁵. De ambas concepciones, él se orienta categóricamente por la perspectiva comunitaria en razón de la relevancia superior que tiene la “disposición general de una persona hacia los valores esenciales de la comunidad”¹⁴⁶

Por otra parte, en el marco de su teoría, Jakobs hace una diferencia entre “individuo” y “persona” –o, ciudadano–. En el caso de las personas o ciudadanos, éstos, siendo sujetos de derechos y deberes, se someten al ordenamiento que los rige, mientras que en el caso de, los llamados por él, “individuos”, al haber delinquido (contradicho la norma), pierden –por tanto– su condición de ciudadanos –sin perjuicio a que lo vuelvan a recuperar (lo que implicará que, para ello, tendrán que ajustarse a derecho) –¹⁴⁷.

Lo último, por cierto, le ha servido como base para formular su propuesta denominada “derecho penal del enemigo” –la que ha sido fuertemente criticada por un importante sector de la doctrina–. En todo caso, lo que me interesa aquí es rescatar concepto normativo de persona que también postula Jakobs y que en

¹⁴⁵ *Ibíd.*, pp. 66-67.

¹⁴⁶ HARDWIG Citado por ALCÁCER GUIRAO, Rafael. *Ibíd.*

¹⁴⁷ *Cfr.*: JAKOBS, Günther (2003). *Derecho penal del ciudadano y derecho penal del enemigo*. Madrid: Editora Civitas.

palabras de García Caverero implica lo siguiente: “(...) quiere decir que ser persona implica poder actuar socialmente de forma libre y responsable. Esta libertad y responsabilidad no es ilimitada, sino que se ordena con base a criterios sociales”¹⁴⁸.

La persona entonces es definida no como un centro fisio–biológico sino como un ente en constante interacción social. En el marco de dichas interacciones, cada persona asume o cumple un rol –dependiendo, claro está, de cada contexto–.

En consecuencia y desde la perspectiva comentada en este apartado, se trata de un sistema –o, si se quiere, en términos luhmanianos, un subsistema (el subsistema penal) – compuesto por personas que tienen asignados distintos roles. Los límites –penales– al ejercicio de los roles se encuentran tipificados en las normas penales. Por lo tanto, lo que interesa para los partidarios de esta teoría es que la persona no se extralimite en el ejercicio de sus roles –pues hacerlo sería lesionar su deber (el deber, al tener el status de persona, es mantenerse enderecho) –. Así, el *ius puniendi* actuaría en razón a la lesión de deberes (los deberes de las personas de no infringir su rol) y no en estricto de afectación de bienes jurídicos.

Entonces, de la construcción de los primeros planteamientos parte la teoría de los roles. Así, como comenté previamente, los destinatarios de la norma penal no son individuos considerados desde una perspectiva biológica, anatómica o psíquica individual sino desde una perspectiva normativa. Lo penalmente relevante es la afectación o vulneración producida a través de los contactos sociales entre las personas pues es en el marco de dichos contactos sociales en el que cada persona

¹⁴⁸ GARCÍA CAVERO, Percy (2012). *Derecho Penal. Parte General*. Lima: Jurista Editores, p. 101.

asume un rol específico y, consiguientemente, una serie de deberes derivados del mismo.

Este planteamiento no pretende afirmar –cabe aclararlo– que las interacciones o contactos sociales acaecen de manera “fácticamente simultánea”: no quiere decir, entonces, que tenga que existir en el ámbito de lo fenomenológico una presencia física simultánea de por lo menos dos personas en un determinado contexto espacio-temporal¹⁴⁹.

Respecto de la distinción realizada por Jakobs entre “individuo” y “persona”, Polaino Navarrete sostiene lo siguiente: “En el sistema de Jakobs los conceptos de Individuo y de Persona marcan el límite entre la mera naturaleza (“Natur”) o medio ambiente (“Umwelt”), de un lado, y la Sociedad (“Gesellschaft”) o comunicación (“Kommunikation”), de otro (...)”¹⁵⁰. En todo caso, cada persona ocupa un rol –por lo menos, “negativo”– en la sociedad.

Los roles son genéricamente diferenciados en dos grupos: los roles negativos y los roles positivos. Respecto al primer grupo denominado también “rol general de persona”, hacen referencia al deber que toda persona tiene de no lesionar a terceros. Este rol nos corresponde a todos como miembros de una sociedad que nos vincula a través de normas que limitan nuestros marcos de libre actuación, para posibilitar que todos gocemos del ejercicio de nuestros derechos no obstante la innegable colisión de diversos intereses particulares.

¹⁴⁹ De hecho, tal como se sostiene, los contactos –interacciones– pueden ser de carácter anónimo. Por lo tanto, nuevamente, no se trata de una interacción meramente fenomenológica lo que interesa –aunque ello, fácticamente pueda suceder–, sino desde un punto de vista normativo–.

¹⁵⁰ POLAINO NAVARRETE, Miguel. Ob. Cit., p. 42.

Cuando se habla de roles positivos se hace referencia a roles que solo le competen a determinados sujetos y que los obligan, de cara a las específicas competencias que se le asignan según el concreto rol positivo que ejerzan, a cautelar que las condiciones de seguridad de un determinado bien jurídico se mantengan incluso bajo el imperativo de no permitir que terceros ajenos a ese rol, lesionen o disminuyan esas condiciones de seguridad¹⁵¹. Estos deberes especiales no incumben a cualquier persona y, además, colocan a quien los posee, en posición de garante del bien jurídico a su cargo.

Pero, ¿cómo conectan sus propulsores la teoría de los roles con la posición de que la vigencia de la norma es el fin del derecho penal? Pues bien, Jakobs explica ello a partir de su concepción de una sociedad construida en base a un sistema de comunicación cuya identificación está dada por determinadas reglas –las normas–. Si la sociedad está conformada por personas, éstas deberán respetar dichas reglas para no contradecir el sistema que los rige. En consecuencia, lo que le interesa al derecho penal es el cumplimiento del deber –del rol– pues solo así se garantiza que el sistema se mantenga.

Si bien no es materia de este trabajo hacer una extensa y minuciosa referencia sobre los diversos roles positivos, creo importante recordar referencialmente que estos tienen su origen en las relaciones paterno–filiales, institucionales e incluso en la injerencia. Como un ejemplo y ya en el marco que desarrollo a lo largo de este trabajo, el rol que le corresponde –desde esta construcción– a un funcionario público es, evidentemente, positivo. Desde la perspectiva de la vigencia de la norma

¹⁵¹ JAKOBS, Günther. Ob. Cit., p. 391.

como fin del derecho penal, si un funcionario público no cumple su rol –y, por lo tanto, lesiona su deber–, es esa infracción al rol lo que se castigaría en la medida en que con dicho actuar, el funcionario está desconociendo la norma –que forma parte del sistema– que lo rige. Con su actuar estaría negando la norma no “sintiéndose” vinculado por ésta –lo que resultaría exteriorizado a través de su conducta–.

Por otra parte, los roles se encuentran limitados a través de las normas –o, en el caso de prácticas profesionales u oficios no regulados normativamente, a través de la *lex artis*, por ejemplo–, pero además de ello, están regulados por éstas –en el sentido de que también les asignan las competencias específicas que les corresponden ejercer (sobre todo en el caso de los roles positivos)–.

Así, en el caso del funcionario público, serán las normas aquellas que determinen los límites de su actuación así como la esfera de competencia concreta que, debido a su calidad de tal, debe ejercer para hacer posible el logro de los fines que a la Administración Pública le corresponden¹⁵². Sin embargo, la perspectiva funcionalista comentada, dirige la aplicación del derecho penal directamente hacia la norma que se infringe con el fin de reivindicar o reconfirmar su vigencia a través –precisamente– de su aplicación –la sanción–. El rol de funcionario público que está limitado por la norma, también determina jurídicamente hasta qué punto su actuar puede implicar la lesión de los deberes que aquél tiene¹⁵³.

¹⁵² Concretamente, la esfera de actuación de un funcionario público están regulados y/o ilimitados a través de la Constitución, las normas generales que lo vinculen, los reglamentos del sector respectivo e incluso –y no menos importante– por los Tratados Internacionales que el Perú ha ratificado –por ejemplo, la Convención Interamericana contra la Corrupción (CICC) –.

¹⁵³ Más allá de estar de acuerdo o no con esta particular postura sobre el fin del derecho penal, lo comentado en este párrafo cobra importancia en cuanto a la diferenciación –más adelante desarrollada– sobre la diferencia existente entre clasificar a los delitos cometidos por funcionarios públicos como delitos especiales (propios o impropios) y los delitos de infracción de deber.

En consecuencia, si el portador del rol no cumple con éste, u organiza deficientemente su esfera de actuación, habría defraudado las expectativas de que cada persona cumpla fielmente con las normas que limitan su esfera de actuación—. Por lo tanto, la aplicación de la sanción penal correspondiente sería “la negación de la negación de la norma” reafirmando su vigencia y con ello “reparando” la lesión de las referidas expectativas.

En esa misma línea, García Caveró sostiene: “La labor de normativización debe estar orientada a la función social del Derecho penal, la cual, según Jakobs, está constituida por el mantenimiento de la norma como modelo de orientación de los contactos sociales”¹⁵⁴. Ello quiere decir que lo que interesa, según dicha postura, es el mantenimiento de un sistema que rige una sociedad compuesta de personas que interaccionan constantemente. Los límites a la esfera de libre actuación de las personas están conformadas por las normas —éstas, por cierto, estarían facilitando los contactos sociales— las cuales deben permanecer vigentes y ser respetadas para que el sistema se mantenga.

Si bien se le ha criticado a Jakobs y los propulsores de esta teoría el apoyar bajo sus postulados sistemas que puedan carecer de legitimación, ciertamente, el autor no analiza el problema de la legitimación de las normas cuya vigencia considera de primordial y fundamental relevancia para el derecho penal. Al respecto, haré algunas breves referencias al sentar postura personal al respecto.

¹⁵⁴ GARCÍA CAVERO, Percy (2007). *Derecho Penal Económico. Parte General*. Lima: Grijley, p. 96.

3.1.1.2. Teoría de los bienes jurídicos

Un sector importante de la doctrina sostiene que el derecho penal tiene como finalidad proteger bienes jurídicos. Generalmente, seguida a dicha afirmación, se sostiene – en concordancia con el principio de subsidiariedad del derecho penal– que dicha protección va dirigida a bienes jurídicos esenciales para la convivencia social y que la misma se justifica en casos de su más gravosa vulneración.

Al margen de la discusión en torno al concepto de bien jurídico, en lo que aquí interesa, la relevancia de considerar como fin de la tutela penal a los bienes jurídicos ha sido remarcado por la doctrina, distanciándose así de la postura de la vigencia de las expectativas normativas – que los coloca en un segundo plano–. De dicho modo, para los partidarios de esta teoría, el derecho penal tiene como fin la protección de la vida, la salud, el medio ambiente, la administración de justicia, el patrimonio, etc. Más allá de las distintas posturas sobre su definición, al bien jurídico se le ha asignado una importante utilidad para determinar la finalidad que tiene asignado el derecho penal como expresión del *ius puniendi* estatal.

Así, por ejemplo, Mir Puig habla de una concepción de bien jurídico “político–criminal”, por un lado; y de una concepción “dogmática”, por el otro: “El concepto de bien jurídico se utiliza por la doctrina penal en dos sentidos distintos: a) en el sentido político–criminal (de *lege ferenda*) de lo único que merece ser protegido por el Derecho penal (en contraposición , sobre todo, a los valores

meramente morales); b) en el sentido dogmático (de lege lata) de objeto efectivamente protegido por la norma penal vulnerada de que se trate”¹⁵⁵.

Sostiene el mencionado autor que la idea de la cercanía entre ambos conceptos puede apreciarse en la medida de que cada código penal tiene, ciertamente, un programa político–criminal. Sin embargo, le otorga mayor relevancia a la visión dogmática del concepto. Si partimos de la demarcación realizada por el autor, es preciso acotar que no debería dársele importancia solamente a la visión dogmática, sino también a la visión que Mir Puig llama “político– criminal”.

Es decir, considero preciso no prescindir de la consideración de que no se puede proteger cualquier bien jurídico, sino aquellos que –en base a los principios que rigen el derecho penal– merecen ser protegidos a través de la aplicación de las sanciones más graves. Probablemente, el autor le otorga mayor relevancia al sentido dogmático bajo la consideración de que el legislador tipifica conductas siempre bajo la lupa de un adecuado análisis en base a los principios –límites del poder sancionador del estado; ello, por ejemplo, en nuestro ordenamiento, no sucede con mínima frecuencia. Todo lo contrario.

Resulta ingenuo, lamentablemente, asegurar y confiar ciegamente en que el legislador realiza un juicio exhaustivo de proporcionalidad al momento de decidir tanto la “norma de conducta” como la “norma de sanción” e identificar el bien jurídico concreto en base al cual debe regular la conducta sancionada. La

¹⁵⁵ MIR PUIG, Santiago. Ob. Cit., p. 137.

legitimación de la intervención penal a través de normas que tipifican conductas debería obedecer un juicio exhaustivo y cumplir los principios que rigen el derecho penal: última ratio, subsidiariedad o proporcionalidad; sin embargo, el legislador no pocas veces comete excesos o no ejerce responsablemente el análisis que corresponde. En otras palabras: no siempre lo que “es” protegido, “debe” ser protegido.

Desde la teoría del bien jurídico, se entiende genéricamente que los bienes jurídicos que el derecho penal protege son – o deberían ser – los “valores” o “intereses” más relevantes dentro de un sistema, y su protección penal sólo puede llevarse a cabo si no existen otros medios intensamente menos coactivos para otorgarles adecuada protección¹⁵⁶. La aplicación del principio de proporcionalidad no sólo ha de tenerse en cuenta al momento de determinar judicialmente la sanción concreta que le corresponde al responsable del delito; antes bien, la norma penal debe reflejar el respeto por dicho principio no sólo en cuanto al supuesto de hecho, sino también en cuanto al margen abstracto de pena con que se debe sancionar dicho supuesto.

Sobre la relevancia del concepto de bien jurídico y a propósito de sus interesantes comentarios acerca del principio de lesividad, Terradillos Basoco sostiene que, para poder identificar si se cumple con el mencionado principio, habría que identificar cuál es el bien jurídico protegido con un concreto tipo penal. El autor manifiesta, entonces, lo siguiente: “Reivindicar la identificación legal de un bien jurídico afectado no se confunde con reivindicar la creación de ese bien

¹⁵⁶ LOPERA MESA, Gloria (2005). *El principio de proporcionalidad en derecho penal*. México: Porrúa, p. 23.

jurídico por parte de la ley penal, sino del acotamiento legal de un sector de la realidad previo a la norma que se estima acreedor de especial tutela. Dicho de otro modo, el proceso de identificación normativa presupone la existencia de un sector de la realidad valorado”¹⁵⁷.

A partir de sus comentarios, me interesa recordar que el bien jurídico como objeto merecedor de tutela penal, es una noción previa a la existencia de la norma que lo protege –o debería serlo–, y que al enfrentarnos a un tipo penal de cara a afirmar su legitimidad –supuesto que implica que cumpla con los principios penales–, es relevante partir por identificar cuál es el fin que busca protegerse con éste. Desde la postura analizada, ese fin sería el bien jurídico. En tal sentido, el bien jurídico nos sirve también como criterio de interpretación de la norma penal.

Sin perjuicio de desarrollar más adelante cuál es el concepto de bien jurídico, considero pertinente manifestar –por ahora, genéricamente – que lo que postula esta teoría es que existen “valores” o “intereses” esenciales para la sociedad en su conjunto y que proporcionan las herramientas para que la persona humana ejerza el libre desarrollo de su personalidad. Sin embargo, y como menciona Terradillos – citado líneas antes –, para su configuración normativa debe existir una valoración: ¿cuán relevante es la mantener la incolumidad de “esto” –bien jurídico– para la sociedad en su conjunto? Por supuesto, no se trata de adoptar criterios subjetivos o individualmente considerados, sino de valorar todo aquello que nos

¹⁵⁷ TERRADILLOS BASOCO, Juan (2010). *Sistema penal y Estado de Derecho. Ensayos de Derecho penal*. Lima: Ara Editores, p. 125.

proporcione, de manera esencial, la posibilidad de vivir en sociedad en el marco de un Estado Constitucional y Democrático de Derecho.

Ahora bien, no toda conducta tiene la capacidad de lesionar un bien jurídico en su contenido más esencial y, siendo así, no necesariamente tenga que aplicarse una consecuencia tan grave como las aplicadas en el ámbito penal. Por ello, si bien el derecho penal protege los bienes jurídicos más importantes, solo actúa frente a conductas que los lesionen más gravemente.

Así, por ejemplo, la Administración Pública es un bien jurídico cuya funcionalidad se protege por el derecho penal bajo la consideración de que es imprescindible para la sociedad en su conjunto, ya sea para el acceso a los servicios que le brinda –y que el Estado está obligado a otorgar–, como para hacer posible el ejercicio de otros derechos en un ordenamiento que promueve la participación activa de los ciudadanos en los diversos sectores de la realidad; así como para hacer posible instituciones elementales como la justicia. Otro ejemplo, son la vida y la salud; sin embargo, su consideración como bienes jurídicos protegidos no parte de valorar la importancia que tiene para la persona –individualmente considerada–, sino de su condición indispensable para que las personas en general puedan desarrollarse en la sociedad e interactuar en ella.

El derecho penal, desde esta teoría, encuentra su razón de ser, su finalidad y la justificación de su existencia –como marco punitivo más intenso– en la protección de estos “valores” o “intereses”¹⁵⁸. Allí y no a la norma, apunta su

¹⁵⁸ Los términos “valores” e “intereses” utilizados en esta explicación, son expresados de manera genérica, es decir, sin pretender aún conceptualizar o definir -en base a ellos- al bien jurídico.

protección. La norma penal en todo caso, y en base al principio rector de la legalidad, es el medio por el cual se plasma y efectiviza la intención estatal de proteger dichos fines.

Por lo tanto, para proteger los bienes jurídicos debemos recurrir a la norma y ésta es creación –en principio– del legislador; éste tiene la tarea de crear la norma en base a la valoración que se le ha otorgado a dichos intereses elementales. La labor de valoración es, entonces, previa a la creación de la norma penal. Luego de ubicado el fin legítimo –penalmente relevante–, el legislador debe realizar el juicio de ponderación correspondiente¹⁵⁹: el bien jurídico y la forma “más efectiva”¹⁶⁰ de protegerlo. Dicho juicio será su pauta primordial y no podrá crear la norma penal prescindiendo de ella.

Por otro lado, cabe aclararlo, los bienes jurídicos no deben identificarse con valores morales –a pesar de las críticas de un sector de la doctrina en dicho sentido–. Si bien, no se puede dejar de reconocer la tarea relativamente compleja que implica su definición –sobre todo en el caso de bienes jurídicos supraindividuales o colectivos–, cabe aclarar que actualmente entre los partidarios de esta teoría un casi unánime sector descarta la identificación de los bienes jurídicos con valores éticos o morales.

¹⁵⁹ Entendiendo que aunque ya se haya reconocido un fin legítimo digno de protección penal, la determinación de las conductas objeto de sanción –al limitar la libertad de actuación de los ciudadanos–, así como la sanción misma, deben obedecer a criterios de idoneidad y necesidad respecto de la protección de dicho fin.

¹⁶⁰ Aunque tomando en cuenta que no necesariamente se cumple en la realidad, me refiero a criterios eficacia o eficiencia sin obviar el obligatorio análisis respecto a la necesidad de la aplicación de sanciones suficientes y no excesivas –o más allá de lo razonable–, sino, lo más proporcionales posibles a la importancia del fin protegido y a la gravedad de las formas de conducta tipificadas.

Sin embargo, cabe aclarar que las conductas tipificadas como delitos pueden a su vez merecer reproche desde el plano ético –aunque dicho reproche no sea el que justifica la intervención penal, claro está–. Lo sostenido anteriormente también es manifestado por Luigi Ferrajoli en los siguientes términos: “(...) El principio liberal de la separación derecho–moral, si bien en el plano teórico–descriptivo excluye del concepto de delito cualquier connotación de tipo moral o natural, no impide que las prohibiciones legales sean susceptibles de prescripción y/o valoración en el plano ético–político.”¹⁶¹

De otro lado, la teoría del bien jurídico ha sido confrontada con el criterio utilizado en la tradición jurídica inglesa para establecer lo que es o debe ser objeto de protección penal: el Harm Principle o principio del daño. En las líneas que siguen, me interesa desarrollar el contenido de este principio respecto del cual un sector de la doctrina ha encontrado similitud con la teoría de los bienes jurídicos; mientras que otro, su diferenciación con la misma.

Para explicar de qué trata el Harm Principle o principio del daño, Von Hirsch comenta la postura del filósofo John Stuart Mill en los siguientes términos: “Bajo los presupuestos de la concepción de Mill, no pueden castigarse legítimamente conductas que únicamente conllevan una lesión para uno mismo, ni tampoco puede justificarse el castigo de una conducta únicamente en virtud de su inmoralidad. Así concebido, el ‘principio del daño’ ha sido utilizado en la discusión angloamericana como argumento frente a la prohibición penal del consumo de alcohol, de la

¹⁶¹ FERRAJOLI, Luigi. *Derecho y Razón...* Ob. Cit., p. 460.

prostitución o de la homosexualidad”¹⁶². En tal sentido, Von Hirsch sostiene que para Mill¹⁶³ el único criterio para la penalización de los comportamientos era el Harm Principle.

Al respecto, considero que lo que Mill estaría sosteniendo con sus premisas no es incorrecto pero tampoco es suficiente. Si bien es cierto no deben penalizarse conductas en base a su mera ‘inmoralidad’, también lo es que existen muchas de ellas que –lejanas a los criterios de la moralidad/inmoralidad– pueden traer como consecuencia efectos indeseables por diversas ramas del ordenamiento además del ámbito penal – administrativo y/o civil, por ejemplo¹⁶⁴– o, incluso, fuera de éste y de manera exclusiva. Mill delimita, entonces, en clave negativa, lo que no debe penalizarse; sin embargo, no se pronuncia sobre aquello que sí debe serlo.

Por otra parte, Von Hirsch analiza la obra de Feinberg¹⁶⁵, quien –a decir de aquél– reformula en clave positiva la postura de Mill, sosteniendo que dicho principio debe estar orientado a potenciar la convivencia social y que para ello deben protegerse los intereses de las personas frente a injerencias externas lo más posible, de tal manera que se optimice la esfera de libertad de actuación de todos los ciudadanos.

Tomando como base el análisis propuesto, Mill orientaría el Harm Principle también a las conductas dañosas y serían susceptibles de protección penal aquellas

¹⁶² VON HIRSCH, Andrew (2007). *El concepto de bien jurídico y el ‘principio del daño’*. Madrid: Marcial Pons, p. 39.

¹⁶³ MILL, John Stuart (1997). *En Libertad*. Barcelona: Editorial Alianza, p. 92.

¹⁶⁴ Como ejemplos bastante conocidos se encuentran aquellas conductas que configuran infracciones graves de carácter administrativo pero no revisten relevancia penal, o aquellos casos en donde la conducta es relevante tanto penalmente como administrativamente –circunstancia ésta última, por cierto, en donde se plantea la problemática del principio Ne Bis In Idem–.

¹⁶⁵ FEINBERG, Joel. Citado por VON HIRSCH, Andrew. Ob. Cit., p. 54.

conductas que, si bien no generan un daño efectivo, tienen la potencialidad de hacerlo. Según la postura analizada –la de Feinberg– el criterio para determinar la potencialidad dañosa de la conducta se encontraría en la probabilidad de que ese daño pueda efectivizarse en el futuro. Por lo tanto, acota Von Hirsch, para Feinberg, no existen mayores problemas con la tipificación de las conductas de peligro abstracto –bastarían la existencia de dolo y/o culpa–. Von Hirsch comenta la posición de Feinberg en los siguientes términos:

Feinberg pone de manifiesto que el harm principle debe configurarse como un principio limitador, promoviendo que no sean criminalizadas conductas que, aun siendo indeseables, no causen daño o un riesgo de lesión (...). Pero no toda conducta lesiva ha de ser prohibida penalmente, ya que Feinberg introduce toda una serie de mediating principles, que han de ser tenidos en consideración antes que intervenga el derecho penal. Dichos mediating principles se refieren a la intensidad y probabilidad del daño, la relevancia de los intereses a proteger, el grado de limitación de la libertad personal del autor y el valor social del comportamiento. Y también deberá tenerse en cuenta si la conducta ha de ser regulada mediante sanciones sociales informales o por el Derecho civil¹⁶⁶.

En buena cuenta, los mediating principles a los que se hace referencia, equivalen a los principios limitadores del derecho penal, tales como: la proporcionalidad –respecto a la intensidad de la sanción penal y a la restricción de la libertad de actuación de las personas– y última ratio –en tanto que no todas las conductas merecen la intervención penal–. Asimismo, se hace referencia al valor

¹⁶⁶ VON HIRSCH, Andrew. Ob. Cit., p. 41.

social del comportamiento, premisa que me invita a aprovechar para acotar, nuevamente, de que los bienes jurídicos no se valorizan según tengan connotación “moral” o “ética”; es decir, que el adherirnos a esta teoría —la de los bienes jurídicos—, no implica, como un sector crítico sostiene, afirmar que el derecho penal protege valores morales.

Realizando una comparación entre lo que en el derecho eurocontinental denomina como bienes jurídicos y el Harm Principle anglosajón, Von Hirsch, manifiesta que el concepto del daño como elemento central de la tesis del Harm Principle debe ser entendido a partir de la noción de “interés”. Sostiene el autor que se debe entender el “interés” como “un ‘recurso’ sobre cuya integridad tiene una pretensión la persona involucrada”¹⁶⁷.

Para definir qué es un “recurso”, el autor sostiene que dicha noción no debe equipararse a la vulneración de una prohibición y que más bien debe entenderse como la capacidad que tiene cierto valor para lograr la finalidad del mantenimiento de una calidad de vida estándar. Una vez construido ese planteamiento en cuanto a la tesis del principio del daño, Von Hirsch sostiene lo siguiente: “Si el concepto de daño, central para el harm principle, se define como el menoscabo de un recurso con respecto al que una persona tiene una pretensión o un derecho, se están incluyendo en esa definición, si no me equivoco, los distintos aspectos de la discusión alemana acerca del concepto fundamental ‘bien jurídico’.

¹⁶⁷ *Ibíd.*, p. 42.

En consecuencia, podría afirmarse que a partir del harm principle puede construirse algo parecido a un bien jurídico”¹⁶⁸. El autor encuentra así, similitudes entre ambas teorías. Sin embargo, cabría preguntarse si el criterio del daño – o menoscabo de un “recurso”, en los términos de Von Hirsch– es suficiente para definir aquello que debe ser objeto de protección penal: nuevamente, cualquier daño no es relevante para la aplicación de sanciones penales. Por lo tanto, desde mi postura, si lo que intentamos es definir el bien jurídico, no podemos hacerlo bajo el exclusivo criterio del daño.

Sin embargo, es importante reconocer que mucho dependerá el concepto de bien jurídico que se tenga para determinar si hay una equivalencia, intensa o no, entre el Harm Principle y el bien jurídico¹⁶⁹.

En esa línea, la tesis del principio del daño o Harm Principle, ha sido criticada por Michael Kahlo quien afirma una radical identificación clara entre el concepto del daño de éste y el concepto de bien jurídico. Así, Kahlo manifiesta: Según ese principio limitador de la libertad, el comportamiento humano sólo debería ser punible cuando conlleve a un daño para terceros (harm to persons other than the actor). Ello no constituye una razón ni necesaria ni suficiente para la prohibición bajo pena de una conducta, pero con su aplicación pueden quedar excluidas del Derecho penal aquellas conductas que o bien sólo conllevan daño para el agente o

¹⁶⁸ *Ibíd.*, p. 43.

¹⁶⁹ *Ibíd.*, p. 45.

bien sólo vulneran representaciones morales, por cuanto su incriminación atentará contra el presupuesto de la libertad¹⁷⁰.

Así, Kahlo rescata del principio en comentario su aporte como criterio para establecer lo que no puede ser objeto de protección penal, sin embargo, no es un criterio que oriente con precisa claridad hacia lo que sí debe ser incluido dentro de la esfera de protección penal. Entonces, mientras Von Hirsch encuentra similitudes entre el bien jurídico y el principio del daño como criterio de objeto de protección del derecho penal, Kahlo –por el contrario– encuentra diferencias sosteniendo que en el caso del principio del daño o Harm Principle, el centro de atención se encuentra en la lesión del interés o en el daño mismo, mientras que los bienes jurídicos –desde su punto de vista– son elementos básicos constitutivos de la libertad personal.

Según entiendo, el autor haría referencia a lo que se puede expresar como la diferencia que existe en afirmar “cuándo actúa el derecho penal” –principio del daño y lesión de interés o probabilidad de que ello suceda (en los términos de Feinberg) –, respecto del “porqué actúa el derecho penal” –en tanto elemento configurador del objeto de protección que es lo que aquí centralmente interesa definir–. Michael Kahlo no niega que en la concepción de Feinberg – cuya obra también analiza–, existe un aspecto positivo evidenciado en el uso del término “interés”, sosteniendo que es ésta la noción que sí tiene correspondencia con el bien jurídico aunque acotando que para que el harm principle pueda hallar equivalencia

¹⁷⁰ KAHLO, Michael (2007). *Sobre la relación entre el concepto de bien jurídico y la imputación objetiva en derecho penal*. Madrid: Marcial Pons, pp. 59-60.

conceptual al bien jurídico en dicho término, tendría que definirse qué es lo que se entiende por “interés”.

Si bien, por parte de Feinberg se hace referencia al “interés” de los otros, dicha definición peca de difusa, sostiene Kahlo. Agrega, además: (...) con la mera distinción entre conductas relevantes para terceros y relevantes para uno mismo y su relación con un concepto de interés carente de mayor profundización en el ensayo sobre libertad no puede trazarse una delimitación entre la ética, el Derecho y el Derecho penal. Y la dificultad inherente a esa diferenciación se ve incrementada con una concepción de ese ‘interés’ basada en el presupuesto de una individualidad entendida como barrera de separación ante los demás, la cual prácticamente cierra el paso a una protección de la libertad por medio del Derecho (penal), en tanto el Derecho es expresión de una forma comunitaria, cuyo fundamento y configuración no puede estar apoyado exclusivamente en la salvaguarda de la más amplia esfera posible de la libertad de arbitrio del individuo entendido como ente aislado¹⁷¹.

Considero correcta la apreciación de Kahlo. Sin embargo, respecto a la comparación realizada entre el Harm Principle y la teoría del bien jurídico, considero preciso acotar que dentro de los partidarios de la teoría del bien jurídico no existe unanimidad respecto a la definición de éste sino todo lo contrario. Por lo tanto, quizás algunas explicaciones en doctrina puedan identificarse de manera más cercana al principio del daño –y otras distanciarse en un gran margen–. Más allá de ello, definitivamente, el criterio delimitador del fin que busca proteger el derecho penal –a contraparte a lo que no es su objeto de protección– no puede definirse en

¹⁷¹ *Ibíd.*, pp. 63-64.

clave negativa –no basta, no es suficiente para establecer qué es lo que sí debe proteger y porqué–.

Asimismo, y aunque más adelante desarrollaré acerca del concepto del bien jurídico, debemos partir siempre de la idea de una persona en tanto miembro de una sociedad determinada en donde interactúa a través de los distintos roles que le corresponde ejercer en determinados contextos –o, en los términos de Terradillos Basoco, en determinados sectores de la realidad–. Un bien jurídico no se protege porque sea un derecho individual –aun cuando a su vez también se configure como uno–, la valoración que mencionaba párrafos antes no es individual sino social¹⁷².

En conclusión, se pueden encontrar –desde el punto de vista aquí adoptado– mayores diferencias que semejanzas entre la teoría del principio del daño y la de los bienes jurídicos aunque, ciertamente, existen puntos de confluencia interesantes. No ocurre así con la teoría de la vigencia de la norma por lo que el breve análisis comparativo no ha sido realizado con respecto a ésta.

En el punto de partida del Harm Principle, la finalidad del derecho penal no se enlaza directamente con la norma que posibilita legalmente ello –tal como ocurre con la teoría de los bienes jurídicos–, sino, con determinados “intereses”. Si algo queda claro, es que el principio del daño se aleja de manera importante de la teoría de la vigencia de las expectativas normativas y, en todo caso, es más cercana –aunque no equivalente– a la de los bienes jurídicos. La definición de lo que es un

¹⁷² TERRADILLOS BASOCO, Juan. *Sistema penal...* Ob. Cit., p. 45.

bien jurídico es un tema que abordaré más adelante, por ahora –y a continuación– me interesa sentar posición sobre la teoría aquí adoptada.

3.1.2. Bienes jurídicos individuales y bienes jurídicos supraindividuales y/o colectivos

No existe mayor problema en distinguir cuáles son bienes jurídicos de naturaleza individual –vida, salud, patrimonio, etc. – y cuáles lo son de naturaleza colectiva o supraindividual –medio ambiente, administración pública, entre otros–. Sin embargo, respecto a cómo se puede llegar a la conclusión de que, gracias a determinada acción, han sido efectivamente vulnerados y por lo tanto han cumplido con la exigencia del principio de lesividad, el discurso se complica, ya no es tan sencillo.

Cabe aclararlo, en el caso de los bienes jurídicos individuales, su protección penal no lo es solo en tanto derecho subjetivo de una persona –individualmente considerada–, sino por la relevancia social de su conservación para toda la sociedad. Más allá de ello, en donde parece existir tan solo relativo consenso es en cuanto a la distinción entre bienes jurídicos supraindividuales y bienes jurídicos colectivos. Así, como contraparte a aquellos bienes jurídicos “tradicionales” de naturaleza individual se denomina indistintamente supraindividuales o colectivos a los que no obedecen a la naturaleza descrita¹⁷³.

¹⁷³ En la doctrina, además, se pueden encontrar el uso de términos como bienes jurídicos difusos o bienes jurídicos universales, genéricamente.

Por su parte, Soto Navarro prefiere utilizar el término “bienes jurídicos colectivos” y en su interesante trabajo al respecto, justifica su preferencia de manera breve pero suficiente – más allá que compartamos o no su posición—. Así, la autora se acoge a la postura del autor italiano Sgubbi quien, según comenta en su trabajo, considera que el atributo de “colectivos” a un bien jurídico debe reservarse para aquellos que tienen reconocimiento normativo. En palabras de la autora: “Comparto esta última propuesta del autor por una razón y es que el adjetivo ‘colectivos’ denota la cualidad de ser ‘perteneiente o relativo a cualquier agrupación de individuos’. Como veremos a continuación, éste es el único rasgo que permite caracterizar de entrada a todos los bienes jurídicos de los que me ocupo”¹⁷⁴.

Respecto a las características generales que se les asigna a los bienes jurídicos colectivos –básicamente, tres: titularidad compartida, indisponibilidad e indivisibilidad–, la citada autora afirma que la llamada “titularidad colectiva” no es una característica o fundamento de estos bienes sino más bien una “consecuencia”.

Así, sostiene que “(...) la atribución de la titularidad de un bien jurídico a un grupo social más o menos amplio, en vez de al individuo aisladamente considerado, no comporta automáticamente su clasificación de bien jurídico colectivo, sino que ello depende (...) de un elemento previo fundamental, cual es la distinta función o utilidad (...) que cumplen los bienes jurídicos colectivos con respecto a los individuales”¹⁷⁵.

¹⁷⁴ SOTO NAVARRO, Susana (2003). *La protección penal de los bienes colectivos en la sociedad moderna*. Granada: Editorial Comares, p. 194.

¹⁷⁵ *Ibíd.*, p. 195.

Considerando muy ligada a la característica previamente comentada, Soto Navarro parte primero de su definición de bien jurídico colectivo como aquellos bienes que no son de titularidad individual pero tampoco de un determinado titular colectivo, para luego referirse a la asignada característica de la indisponibilidad bajo la cual se entendería que sólo en el caso de los bienes jurídicos de titularidad individual cabría el consentimiento para la disposición de éstos.

Desde ese punto de partida, aunque en el caso de los bienes jurídicos colectivos, no cabría la posibilidad de disposición y, por lo tanto, la indisponibilidad sí sería una característica de los bienes colectivos al no poder verificarse el consentimiento de todos los cotitulares del bien¹⁷⁶, no sería, sin embargo, un rasgo que los fundamente.

En palabras de Soto Navarro: “(...) la disponibilidad de un bien jurídico no depende, en última instancia, de quién sea su titular, sino de la naturaleza y, sobre todo, de la función que aquél desempeñe. Ello no hace sino reforzar mi planteamiento inicial de que la titularidad compartida no es el rasgo que fundamenta los bienes jurídicos colectivos. Tampoco lo sería su carácter indisponible, por cuanto este rasgo se predica también de algunos, y no pocos, bienes jurídicos individuales.”¹⁷⁷.

Finalmente, refiriéndose sobre la característica de la indivisibilidad, Soto Navarro afirma que aunque ésta se encuentra muy vinculada a la indisponibilidad,

¹⁷⁶ Respecto de los bienes jurídicos de titularidad de un determinado colectivo –esto es, de aquellos respecto de los cuales no cabría, a su parecer, hablar de bienes jurídicos “colectivos”-, la autora sostiene que sí existe relevancia respecto del consentimiento de los cotitulares de dicho grupo colectivo.

¹⁷⁷ SOTO NAVARRO, Susana. Ob. Cit., p. 198.

aquella sí sería una característica que poseen sólo los bienes jurídicos colectivos. Esta última consideración haría de la indivisibilidad una característica que explicaría la naturaleza de un bien jurídico colectivo: “(...) Dicho en otros términos, los bienes que pertenecen de forma indivisa a un colectivo de personas son, por naturaleza, indisponibles de forma unilateral; en cambio, no todos los bienes divisibles en intereses individuales son por ello de libre disposición”¹⁷⁸.

Por otro lado, Martínez-Buján –a propósito de sus comentarios sobre los delitos socio- económicos– utiliza el término “supraindividuales” para referirse a aquellos bienes que no son de titularidad individual: “(...) he empleado el vocablo ‘supraindividual’ referido a un bien jurídico en el sentido más genérico y elemental, descrito en el Diccionario de la Lengua española, a saber, para denotar un bien jurídico que no es de naturaleza meramente individual. Se trata, por ende, de una noción puramente negativa”¹⁷⁹. Aclara sin embargo, lo poco adecuado del término si éste fuera interpretado desde el significado del prefijo latino “supra” que significa, según nos lo recuerda, “arriba” o “encima de algo”.

Desde su parecer, para evitar la imprecisión del término, considera que debería ser utilizado el término “bienes jurídicos colectivos”. Sin embargo, también afirma el reparo que se presenta al respecto: “(...) en puridad terminológica, conforme al Diccionario de la RAE, el adjetivo ‘colectivo’ no autoriza a efectuar dicha identificación. Antes al contrario, en su primera acepción este adjetivo denota

¹⁷⁸ Es importante recordar que la autora, además, coloca de ejemplo aquellos bienes jurídicos de titularidad de un grupo colectivo determinado que están ligados con derechos personales y que, por lo tanto, su naturaleza de individuales no se perdería. Se trataría, en dichos casos, de bienes jurídicos de naturaleza individual cuya libre disponibilidad se encontraría condicionada. *Ibíd.*, p. 199.

¹⁷⁹ MARTÍNEZ-BUJÁN PÉREZ, Carlos (2007). *Derecho Penal Económico y de la Empresa. Parte general*. Valencia: Tirant Lo Blanch, p. 165.

la cualidad de ser ‘perteneiente o relativo a cualquier agrupación de individuos’, en atención a lo cual nada obliga a circunscribir su significado al supuesto de la agrupación general de todos los individuos en sociedad, sino a cualquier grupo sectorial”¹⁸⁰.

En consecuencia, el autor indica que debe apuntarse a una distinción entre lo que él denomina bienes jurídicos supraindividuales y bienes jurídicos colectivos. Respecto de los primeros, para referirse a aquellos que son de interés y pertenencia de la sociedad en general. Respecto de los segundos –y a los que también denomina “difusos”–, para referirse a aquellos intereses que no afectan a la totalidad de las personas –serían, pues, intereses sectoriales–.

Por lo tanto, Martínez–Buján, esboza una clasificación de los bienes jurídicos que no son individuales de la siguiente manera: para él, así como existen bienes jurídicos individuales, también existen bienes jurídicos denominados de manera amplia supraindividuales –que en su concepción serían todos aquellos que no son individuales–.

Ahora bien, luego y ya más en concreto, el autor divide esta última categoría en dos clases: por un lado, los bienes jurídicos supraindividuales en un sentido estricto (ya no en clave negativa), para referirse –como se apuntó previamente– a aquellos intereses de la sociedad en todo su conjunto; y, por otro lado, los bienes jurídicos colectivos –o difusos–, para referirse a intereses sectoriales.

¹⁸⁰ *Ibidem*.

La propuesta de Martínez–Buján se opone, por lo menos en este punto, con la de Soto Navarro. Así, el autor, luego de sentar su posición, sostiene lo siguiente: (...) conviene tener en cuenta que un sector doctrinal rechaza esta agrupación común, sobre la base de argumentar que los bienes jurídicos tutelados en los delitos contra intereses sectoriales o difusos son en realidad bienes de naturaleza individual¹⁸¹.

Ahora bien, con relación a esta opinión es menester aclarar que con dicha argumentación se están mezclando dos planos (...): una cosa es que se acepte que los delitos contra intereses sectoriales o difusos se hallen dirigidos en última instancia a preservar bienes jurídicos de naturaleza individual (algo que, según expondré posteriormente con amplitud, aquí se comparte, aunque ciertamente un importante sector doctrinal considere, en cambio, que el bien jurídico técnicamente protegido es de naturaleza colectiva) y otra cosa diferente es que la titularidad de dicho bien jurídico se atribuya a un solo individuo (...)¹⁸².

Por su parte, Roland Hefendehl, refiriéndose a los bienes colectivos, sostiene lo siguiente: Los bienes jurídicos colectivos son omnipresentes tanto en el Derecho penal nuclear como en el accesorio (Nebenstrafrecht). Comprenden la seguridad del Estado o del tráfico monetario así como, por ejemplo, la potestad estatal sobre cosas. El dato de que siempre deban servir a la generalidad no basta como criterio exclusivo para determinar su estructura y sistematización. Semejante objeto de examen sería demasiado heterogéneo para poder comprobarse como tal de forma

¹⁸¹ SOTO NAVARRO, Susana. Ob. Cit., pp. 194-195.

¹⁸² *Ibid.*, pp. 167-168.

unitaria; o –dicho de forma más drástica–: simplemente no cabría designar ningún bien jurídico colectivo que no presentara una relación con la generalidad¹⁸³.

Por lo tanto, según la afirmación de este autor, los bienes que Hefendehl llama colectivos atienden al criterio de la generalidad pero no por ello su sistematización se agota en la misma. Tampoco el criterio de la titularidad general serviría como fundamento para su mayor o menor protección. Parecería haber cierta coincidencia entre su postura y la postura de Soto Navarro respecto de este punto.

Una cosa sería lo que describe al tipo de bien jurídico de que se trate y otra es que dicha descripción –adjudicándole determinadas características– fundamente la protección o explique la naturaleza de éstos. Según entiendo, para definir lo esencial y exclusivo –aquello que lo diferencia del resto– no bastaría con una característica que pueda presentarse en otra clase de bienes jurídicos.

Desde la perspectiva de Hefendehl, los bienes jurídicos colectivos se caracterizan por que nadie puede ser excluido de su uso –lo que implica la importancia de su existencia para todos los individuos– y que su disfrute por una persona no implica el no disfrute para otra. Así, según el autor: (...) Para delimitar los derechos individuales de los bienes colectivos se destaca, además el concepto de no–distributividad (Nicht–Distributivität). Conforme a él, un bien será colectivo si es conceptual, real y jurídicamente imposible dividir este bien en partes y asignárselas a los individuos como porciones. (...) el bien jurídico colectivo es vulnerable frente a un consumo contrario al ordenamiento y, por tanto, puede ser

¹⁸³ HEFENDEHL, Roland (2007). *El bien jurídico como eje material de la norma penal. La teoría del bien jurídico*. Madrid: Marcial Pons, p. 182.

reducido o destruido. En cambio, es posible que el consumo conforme al ordenamiento deje intacto al bien jurídico colectivo¹⁸⁴.

Esta definición en clave económica describe –a mi parecer– la esencia de los bienes colectivos. Luego, siguiendo esta postura, no están prohibidos los “consumos” legales –se entiende, permitidos en base a una ponderación entre los derechos asignados a todos los ciudadanos con respecto a su libertad de actuación–, por el contrario, aquellos que son ilegales y están prohibidos, tienen la capacidad de lesionar los bienes colectivos –precisamente por eso no son permitidos–.

Si bien, dichos bienes pertenecen a todos, no se puede pretender el disfrute exclusivo de “uno sólo de los propietarios”, su naturaleza exige que exista siempre un disfrute general. También, esto nos lleva a la el criterio de cómo usamos el bien, de tal forma que no se trata sólo de no impedir que otros disfruten del mismo –lo cual significaría interferir en la libertad de actuación de los otros y configuraría una lesión a los derechos de terceros–, sino también, que en los actos de “consumo” no deterioremos el bien de tal manera que luego no sea posible su disfrute por los demás. Es decir, el uso infructuoso que no sólo se sirve del bien sino que lo daña, no está permitido.

Con referencia a la sub clasificación de los bienes jurídicos que Hefendehl denomina colectivos, arriba a una conclusión a partir de sus premisas previamente expuestas: Del criterio del no–desgaste surgen tres grupos de bienes colectivos. Los bienes jurídicos relativos a la organización del Estado y su desarrollo no se disfrutan

¹⁸⁴ *Ibíd.*, p. 189.

en sentido estricto por los miembros de la sociedad, sólo se aseguran para ellos, con lo que no se cumple más que el criterio de la no – distributividad.

En cambio, los bienes jurídicos que sirven de base a los delitos contra el medio ambiente se disfrutan por los ciudadanos; pero, dado que en el fondo recurren a realidades naturales y, por lo tanto, esos bienes jurídicos están descriptivamente configurados, el Estado no tiene la posibilidad de poner este bien jurídico colectivo a disposición de la generalidad de forma ilimitada. Por último, los bienes jurídicos a los que tiene que poder recurrir un ciudadano en un determinado orden social (por ejemplo, la seguridad de la moneda) han de construirse libres de desgaste, porque, si no, no estaría garantizada la premisa de que cualquiera puede utilizar un bien jurídico colectivo.¹⁸⁵.

Sobre dicha clasificación, me interesa hacer algunos comentarios respecto a los dos primeros grupos. Respecto al primer grupo de bienes mencionados por Hefendehl, coincido en que se busca su aseguramiento, pero dicha consideración no se contradice con que pueda existir un disfrute por parte de los ciudadanos respecto de ellos. Creo que lo que debe bastar para el ordenamiento penal y la tutela que éste otorga es que se aseguren como un estado de cosas que permita a los ciudadanos ejercer sus libertades relacionadas con estos sectores de organización estatal.

Por ejemplo, en casos concretos como, por ejemplo, el de la administración de justicia, su aseguramiento consiste en que el ciudadano tenga acceso a la misma

¹⁸⁵ *Ibíd.*, p. 190.

en las condiciones más óptimas para llevar a cabo sus fines a los que atiende –y que, por cierto, justifican su existencia–, sin embargo, no por ello, se puede negar que quien recurre al aparato de justicia y logra obtener una respuesta justa a su pretensión, disfruta también del bien jurídico administración de justicia.

Claro está, no porque un ciudadano no externalice sus pretensiones de justicia a través, por ejemplo, de una denuncia o apersonamiento a un proceso, no quiere decir que no deba el Estado mantener un estado de cosas en donde se asegure la posibilidad de recurrir a la justicia cada vez que el ciudadano así lo considere. Esto último, como más adelante comentaré, es parte del fundamento que aboga por la tutela de los bienes jurídicos colectivos –o supraindividuales (según la postura que se adopte)– por sí mismos y no en función exclusiva de la lesión mediata a uno de naturaleza individual.

Respecto al segundo grupo mencionado por Hefendehl, colocando de ejemplo al medio ambiente, coincido que por depender de la propia naturaleza, lo que puede hacerse en esos casos es asegurar su disfrute pero no de manera ilimitada. Creo que en estos casos se ve con más claridad la diferencia entre quienes proponen tesis más personalista sobre los bienes jurídicos de los que tienen una visión menos individualista.

Me explico: el medio ambiente se protege para permitir a las personas desarrollarse en sociedad sin que se vean perjudicados bienes individuales como la vida o la salud. Un daño al medio ambiente puede traer como consecuencia la vulneración o lesión de la vida o la salud. Sin embargo, sí considero que sea posible hablar de una protección al medio ambiente en cuanto tal, en cuanto estado de cosas

que impliquen un estándar mínimo de calidad de “espacio” para que el ser humano se desenvuelva.

La lesión al medio ambiente así considerado, no necesita implicar una lesión a la vida para que exclusivamente en base a ello se le otorgue protección, o, en todo caso, no es solamente a partir de la preservación de la vida la salud de las personas que se debe legitimar dicha protección. Es factible otorgar protección a bienes colectivos en base a la necesidad de que su permanencia otorga al individuo un contexto mediante el cual se potencia de la manera más eficaz posible su desarrollo y el libre ejercicio de sus derechos.

3.1.3. Bienes jurídicos supraindividuales y/o colectivos y principio de lesividad

Como primera consideración de este apartado, creo importante acotar que los bienes jurídicos supraindividuales, como es el caso de la Administración Pública, por su complejidad pueden obtener protección de acuerdo a las distintas dimensiones que los componen. Es decir, en el ejemplo de la Administración Pública –y como parte del desarrollo central de este trabajo– la tipificación no está contenida en un solo precepto o a través de la sanción de una sola conducta; sino que –obedeciendo a los diferentes fines concretos que cumple como institución– su protección a través de diversos tipos penales obedece a las distintas dimensiones y tipos de relaciones de la administración pública como institución con distintos fines –además, destinada a satisfacer distintas necesidades que no necesariamente requieren todos en toda circunstancia pero que deben garantizarse a la sociedad en su conjunto–.

Por otro lado, el principio de lesividad –que, por cierto, está contemplado en el artículo IV del Título Preliminar de nuestro Código penal: “La pena, necesariamente, precisa de la lesión o puesta en peligro, de bienes jurídicos tutelados por la ley”–. Sin pretender extenderme en el tema, lo que dicta este principio penal es que un hecho es punible en la medida que el hecho haya producido una efectiva lesión al bien jurídico protegido en la norma penal. Así, cuando el precepto del Título Preliminar habla de “peligro”, estaría refiriéndose al peligro concreto –descartando así, al parecer, a los casos de hechos que configuran un peligro abstracto.

En lo que aquí interesa, cabe recordar que los delitos supraindividuales o colectivos están formulados –se sostiene– en clave de peligro abstracto y en virtud de ello, se critica que no se cumpla, en su caso, con el respeto por el principio aludido. Entonces las preguntas que surgen (por ejemplo en el caso de los delitos contra la Administración Pública) son las siguientes: ¿Cómo podría lesionarse el correcto funcionamiento de la Administración Pública con un acto de cohecho o de peculado? ¿Cómo un acto de vertidos tóxicos puede generar una lesión a todo el medio ambiente?. Para responder estas preguntas se han propuesto soluciones no exentas de críticas. Antes de realizar algunos breves comentarios a algunas propuestas, me interesa establecer el concepto de peligro que aquí se adopta.

En tal sentido, como resalta Terradillos Basoco, el recurso a los tipos penales de peligro no tiene porqué concitar mayores problemas si se define al peligro como la “probabilidad de un mal”. En tal sentido, el autor indica: “(...) el peligro como probabilidad, exige una prueba de afectación negativa a la seguridad

de un bien jurídico en el caso concreto que se está juzgando: no hay peligro cuando se constata la sola probabilidad estadística, pero no la idoneidad lesiva del hecho concreto”¹⁸⁶.

Para el autor, entonces, el peligro presunto –cuando no existe la probabilidad de un mal sino sólo la presunción de dicha probabilidad– sería una técnica que tornaría inconstitucional un tipo penal positivizado bajo esa fórmula. Terradillos, además considera que el concepto de peligro es el mismo tanto para el caso del peligro abstracto como el del peligro concreto. Para él –y me adhiero a su posición al respecto–, lo “abstracto” o lo “concreto” como peligro, son sólo formas en que se manifiesta este último¹⁸⁷.

Luego, lo que representaría una problemática para cierto sector de la doctrina respecto de los delitos que no son de naturaleza individual, no lo serían tanto si se define el peligro como la vulneración o afectación a las condiciones de seguridad del bien jurídico. O se produce una lesión o se afectan las condiciones de seguridad de intereses –bienes jurídicos– esenciales para el desarrollo de la persona en la sociedad y para la existencia misma de la sociedad en el marco de un Estado Constitucional de Derecho, en cualquiera de los casos, la protección de estos intereses es legítima y dependerá del bien concreto de que se trate para determinar la técnica legislativa más adecuada para su protección.

Por lo tanto, desde la postura que aquí se adopta, recurrir a las técnicas de peligro para la tipificación en el caso de delitos supraindividuales, no tendría por

¹⁸⁶ TERRADILLOS BASOCO, Juan (2010). *Cuestiones actuales de Derecho Penal Económico y la Empresa*. Lima: Ara Editores, pp. 32-33.

¹⁸⁷ *Ibíd.*

qué implicar mayor problema si se entiende el peligro en el sentido definido. De postura distinta al respecto es Soto Navarro para quien “es erróneo el recurso a estructuras típicas de peligro abstracto sobre la base de que no es determinable la lesión de los bienes jurídicos colectivos, por tratarse de objetos ideales”¹⁸⁸, sin embargo, el punto de partida de la autora es que en esos casos habría un adelantamiento de las barreras de protección respecto de bienes sobre los que –por su inmaterialidad– no se puede determinar su efectiva puesta en peligro.

Al respecto, considero que en realidad no existe un adelantamiento de la barrera sino que habría que considerar dos criterios: a) el concepto de peligro como una probabilidad de mal y como la afectación de las condiciones de seguridad del bien jurídico supraindividual y, b) La consideración –que más adelante se trata en concreto para el delito de enriquecimiento ilícito– de que los bienes jurídicos supraindividuales vinculados a instituciones, tal como ocurre con la administración pública, el bien jurídico supraindividual es genérico y es necesaria siempre la determinación de los bienes jurídicos concretos o específicos protegidos respecto de los cuáles no necesariamente se recurriría a técnicas de peligro abstracto –o incluso concreto–, sino, de lesión.

Ahora bien, al margen de haber adoptado previamente posición respecto a lo que se debe entender por “peligro”, me interesa destacar las propuestas en torno a la aludida problemática planteada entre la técnica legislativa del peligro abstracto en los delitos supraindividuales y el principio de lesividad. Un sector de la doctrina ha respondido a la crítica realizada al empleo de la técnica del peligro abstracto

¹⁸⁸ SOTO NAVARRO, Susana. Ob. Cit., p. 178.

proponiendo la “teoría de la acumulación” propuesta por Kuhlen –según comenta Soto Navarro¹⁸⁹– y que básicamente propone considerar que si bien con una sola conducta no podría lesionar o poner en concreto peligro al bien jurídico individual, habría que considerar que dicha conducta de ser repetitiva o reiterativa –una sumatoria de conductas dirigidas contra el bien jurídico– provocaría la efectiva lesión.

Es decir, la tesis propuesta por dicho autor propone asumir –antes que efectivamente suceda– que si todos realizaran –a futuro– la misma conducta –inofensiva per sé para el bien jurídico supraindividual– se efectivizaría una lesión. Lo que estaría sancionándose es una conducta en base a supuesta conductas que en el futuro podría probablemente suceder pero que aún no ha sucedido –y que, además, no serían realizadas por el mismo autor de la conducta ya realizada, sino por otros sujetos de indeterminada individualización–. Esto significaría una afectación a principios tales como el de culpabilidad o de proporcionalidad. No abundaré más al respecto.

Por otro lado, se encuentra la teoría de los “bienes jurídicos intermedios o con función representativa”. Generalmente propuesta para delitos medio ambientales pero difundido como una propuesta de solución ante la problemática comentada en este apartado. Propulsada por Schünemann y difundida por autores como Jakobs¹⁹⁰, dicha teoría consistiría en lo siguiente según comenta Soto Navarro: “Se parte de que los citados bienes jurídicos colectivos son inmateriales, por lo que es preciso

¹⁸⁹ *Ibíd.*, p. 184.

¹⁹⁰ *Cfr.*: JAKOBS, Günther (1997). *Derecho Penal: Parte general. Fundamentos y teoría de la imputación*. Madrid: Marcial Pons.

recurrir a otro bien jurídico que los represente en un plano menor abstracto. Ese bien jurídico intermedio o inmediato resultaría lesionado con la mera realización de la conducta subsumible en el tipo, lo que fundamentaría por sí solo un injusto específico merecedor de pena”¹⁹¹.

En base a la propuesta de concepto de peligro, a la naturaleza de los bienes jurídicos supraindividuales y a la consideración –aquí adoptada– de la protección de éstos de manera autónoma; considero la propuesta de los bienes jurídicos intermedios o con función representativa, innecesaria. Para ser más gráfica, propongo dos ejemplos: el caso de los delitos medio ambientales y el caso –materia principal de este trabajo– de los delitos contra la administración pública.

En el caso de los delitos medio ambientales, si se considerara necesaria la técnica de los bienes intermedios o con función representativa se estaría negando la protección autónoma de los bienes jurídicos supraindividuales –o, para quienes prefieran usar el término, colectivos– al exigir la lesión necesaria de los bienes jurídicos inmediatos: los bienes jurídicos individuales, tales como la vida, la salud, etc. Es decir, en el ejemplo propuesto, la técnica de los bienes intermedios sería la siguiente: el bien jurídico tipificado en clave de peligro abstracto sería el medio ambiente –o la ecología– el cuál se configuraría como el bien jurídico mediato que no podría lesionarse con una sola acción –por ejemplo, de vertidos tóxicos–.

Por lo tanto, se exigiría la lesión o puesta en peligro concreto del bien jurídico inmediato que subyace a esta clase de delitos y que sería, entonces, la vida, la salud

¹⁹¹ SOTO NAVARRO, Susana. Ob. Cit., p. 181.

u otros. Según esta lógica: con la lesión o puesta en peligro concreto del bien jurídico inmediato se estaría poniendo en peligro abstracto al bien jurídico mediato (avalando con ello la técnica legislativa del peligro abstracto) pero no se vulneraría el principio de lesividad en la medida en que sería suficiente la lesión del bien jurídico inmediato que lo estaría representando.

Como sostuve, no considero necesaria esta propuesta en base a la definición de peligro de la que parto y de la protección autónoma de los bienes jurídicos no individuales. En el caso del medio ambiente, el reproche estaría configurado al realizar una acción que vulnere o afecte las condiciones de seguridad del medio ambiente. Es decir, si bien no puede comprobarse la lesión efectiva si puede afirmarse que las condiciones de seguridad se alteran al violar las normas que tiene con fin protegerlo. En otras palabras, en el caso de esta clase de delitos la relevancia de su protección autónoma radica en la importancia que tiene el asegurar su existencia como marco óptimo para ejercicio de una serie de intereses de la persona actuante en la sociedad.

En el ejemplo de la Administración Pública como bien jurídico supraindividual habría que partir recordando que como institución tiene asignada una serie de fines o funciones que se cumplen a través de distintos órganos o subsistemas con competencias específicas. Debido a lo último, su afectación puede suceder desde distintas dimensiones y, por lo tanto, la técnica legislativa empleada obedece a considerar una serie de intereses específicamente protegidos por cada tipo penal.

En otras palabras: en el caso de la Administración Pública, existe un bien jurídico genérico –además supraindividual– y, además, bienes jurídicos específicos que son protegidos de manera autónoma. Recurrir a la técnica de los bienes jurídicos intermedios carecería de mayor relevancia si se considera –nuevamente– el concepto de peligro aquí adoptado y la lesión o puesta en peligro concreto de los bienes jurídicos específicos –estos últimos, por cierto, no serían tampoco bienes jurídicos de naturaleza individual–.

3.2. El tipo penal como límite a la actuación arbitraria en el Estado Constitucional

Ante el inmenso poder del Estado para intervenir en la vida de los gobernados, so pretexto de buscar la pacificación de conflictos sociales, el tipo penal se constituye en un límite significativamente útil para moderar y limitar las imposiciones de ese omnímodo poder del Estado que es el *ius puniendi*, considerando que la tipicidad realiza una función prejurídica de suma importancia, pues constituye la garantía jurídico–política y social de la propia libertad.

Además, se trata de una garantía fundamental establecida claramente en el artículo 2.24.d. de nuestra carta magna, precepto que señala: “Nadie será procesado ni condenado por acto u omisión que al tiempo de cometerse no esté previamente calificado en la ley, de manera expresa e inequívoca, como infracción punible; ni sancionado con pena no prevista en la ley.”, y correlativamente con ese principio de legalidad que recoge la tipicidad penal, el artículo 139.3 de la propia Constitución que agrega: “Ninguna persona puede ser desviada de la jurisdicción predeterminada por la ley, ni sometida a procedimiento distinto de los previamente

establecidos, ni juzgada por órganos jurisdiccionales de excepción ni por comisiones especiales creadas al efecto, cualquiera sea su denominación”.¹⁹²

Del contenido de estos dos artículos se desprende todo un sistema de política criminal que permite garantizar la libertad y seguridad individuales; allí se establecen los principios y se imponen los diques que han de servir de defensa al individuo contra los ímpetus de la autoridad, para no dejar al individuo a merced del juzgador.

En estas condiciones, la tipicidad protege la seguridad jurídica de los gobernados, entendiendo que dicha seguridad se refiere al “conjunto de condiciones que atañen a la esencia misma del derecho, y por medio de las cuales los integrantes de un grupo social determinado conocen los carriles en que deben encausar sus conductas y las consecuencias que el apartamiento de ellos puede acarrearles”.¹⁹³ Ya Radbruch¹⁹⁴ había dicho que la seguridad jurídica es uno de los elementos de la idea del derecho, junto con la justicia y la adecuación a un fin.

El principio del *nullum crimen nulla poena sine lege*, conquista liberal que adquirió carta de naturaleza jurídica con la Revolución francesa, encuentra su necesaria concreción en la doctrina de la tipicidad donde impera el principio *nulla poena sine lege*. El principio citado no pasa de ser un mero enunciado, que solo a través de la tipicidad se hace realidad tangible. Los códigos penales, con su catálogo de tipos, desarrollan, actualizan y concretan el apotegma tantas veces citado,

¹⁹² Constitución Política del Perú de 1993.

¹⁹³ REYES ECHANDÍA, Alfonso (1997). *Tipicidad penal*. Bogotá: Editora Temis, p. 27.

¹⁹⁴ RADBRUCH, Gustavo (1951). *Introducción a la filosofía del derecho*. México: FCE, p. 40.

garantizado así el postulado democrático en virtud del cual es lícito todo comportamiento humano que no esté legalmente prohibido¹⁹⁵.

Así pues, dice acertadamente Folchi que la tipicidad es...una función por la cual se adecuan los hechos de la vida real a los preceptos penales, teniendo estos últimos los caracteres impostergables de taxatividad en su formulación, proporcionalidad en la relación daño–castigo y rigidez en cuanto a la apreciación judicial, no permitiéndose el libre arbitrio del intérprete, fácil resulta colegir que por intermedio de aquella se practican los fines de seguridad jurídica que toda colectividad requiere de manera impostergable¹⁹⁶.

Autores más cercanos a nuestro tiempo, como Hassemer, afirman que la función de garantía del tipo cumple una misión específica al caracterizar el relieve de la protección penal; en otras palabras, “la tipicidad tiene una función seleccionadora de los comportamientos prohibidos”¹⁹⁷.

Una forma sintética de explicar la función garantizadora que el tipo penal supone, se traduce en materializar el principio de legalidad dando cumplimiento a la garantía de taxatividad en la conformación de los tipos penales, exigencia que por cierto claramente es desatendida por nuestra legislación punitiva del Distrito Federal, según habrá de verse adelante, cuando analicemos el ejemplo de los delitos ambientales.

¹⁹⁵ REYES ECHANDÍA, Alfonso. Ob. Cit., p. 38.

¹⁹⁶ FOLCHI, Mario (1960). *La importancia de la tipicidad en derecho penal*. Buenos Aires: Roque Depalma, p. 178.

¹⁹⁷ HASSEMER, Winfried (1995). “Derecho penal simbólico y protección de bienes jurídicos”. En: *Pena y Estado*. Santiago: Editorial Jurídica Conosur, p. 265.

Sin embargo, la versión iluminista del principio de legalidad carece de capacidad para evitar los excesos legislativos relativos a la “superproducción” de nuevos tipos y leyes penales, así como al aumento de penas de los delitos considerados tradicionales, puesto que el límite al ejercicio de la actividad legislativa es la propia voluntad de quien crea la ley, y en este sentido, si lo legítimo está determinado por la legalidad (positivizada) y el legislador es, a fin de cuentas, voluntarismo idealista, nada entonces nos garantiza que en el trabajo del legislador secundario esté presente lo atinente a los criterios que limitan a priori el derecho penal, a través de rectos postulados, respetuosos de la dignidad y la naturaleza humanas, de tal forma que verdaderamente el tipo penal se constituya en un límite al poder (frecuentemente arbitrario) del Estado¹⁹⁸.

El legislador, al seleccionar las conductas humanas que reciben protección del derecho penal, debe limitarse al mínimo indispensable para garantizar los derechos de los ciudadanos sobre la base del principio general: “...las libertades de los ciudadanos terminan allí donde se afecta la libertad de todos los demás ciudadanos...”¹⁹⁹, por lo que la potestad punitiva del Estado queda limitada a proteger solo a aquellos bienes jurídicos que teniendo relevancia constitucional afectan a las libertades de los demás, y los que no alcancen esa connotación, deben ser considerados como intrascendentes para dichas libertades.

En este orden de ideas, cabe preguntarse si a poco más de diez años de su entrada en vigor, el Código Penal para el Distrito Federal (CPDF) en sus múltiples

¹⁹⁸ QUINTERO OLIVARES, Gonzalo (2006). *Derecho penal. Parte general*. Madrid: Marcial Pons, p. 313.

¹⁹⁹ *Ibíd.*, p. 315.

reformas ha sido consecuente con los límites de un derecho penal justo, que pese aquello que por naturaleza deba ser penado, deslegitimando aquella intervención estatal que por necesidades político–criminales, configure un arbitrario ejercicio del ius puniendi. La respuesta a esta interrogante aparecerá implícita en el desarrollo de esta exposición.

3.3. La política criminal y los principios político criminales limitadores de la intervención punitiva del Estado

Nos parece oportuno abordar estas reflexiones a partir de la definición propuesta por Jescheck sobre política criminal, la cual es englobante y desde nuestro punto de vista muy completa, al afirmar que como disciplina: que se ocupa de cómo deba conformarse el Derecho penal para cumplir mejor su misión de proteger a la Sociedad. La Política criminal conecta con las causas del delito, se ocupa de cómo hayan de recogerse correctamente los elementos de los tipos penales para responder a la realidad de aquel, intenta determinar los efectos de las sanciones empleadas en el Derecho penal, considera hasta qué límite puede extender el legislador el Derecho penal para no restringir la esfera de libertad del ciudadano más allá de lo absolutamente indispensable, y examina si el Derecho penal material se encuentra configurado de manera que pueda realizarse en el proceso penal.

Aunque la Política criminal sea también, como toda ciencia, libre en su investigación, y se halle sometida tan sólo a la verdad, hay que contar con ciertos límites para el logro de las metas legislativas que propone. No todo lo que parece conveniente es asimismo justo. Como criterios de la Justicia en la Política Criminal destacan sobre todo el principio de culpabilidad, el principio del Estado de Derecho,

y el principio de humanidad²⁰⁰. Afirma después que para asegurar la vigencia del Estado de derecho, deben limitarse las intervenciones del aparato sancionador a las que sean estrictamente necesarias, y particularmente con respeto al principio de proporcionalidad.

Hablemos ahora de las limitaciones al poder punitivo del Estado, a través de los principios de política criminal que abordan en sus monografías y tratados de derecho penal la gran mayoría de autores y que generalmente tienen una base constitucional, conformando así un sistema penal garantista²⁰¹ que otorga seguridad jurídica a cada uno de los miembros de la sociedad. En apretada síntesis podemos enumerar los siguientes:

A) Principio de necesidad y utilidad de la intervención penal

La concepción moderna de Estado juega un rol intervencionista, ya que debe crear y asegurar las condiciones de una existencia que satisfaga las necesidades vitales del individuo, salvaguardando totalmente su libertad para conformar su propia vida. Para la consecución de tal fin debe proteger los bienes jurídicos que hagan eso posible y, al mismo tiempo, asegurar el cumplimiento de las prestaciones públicas necesarias mediante la creación de normas o conminaciones penales y buscando incidir en la generalidad de los individuos. Con ello cumple una clara función preventiva general, que sin embargo no es única.

²⁰⁰ JESCHECK, Hans Heinrich (2010). *Tratado de derecho penal. Parte general*. Granada: Comares, p. 18.

²⁰¹ BUSTOS RAMÍREZ, Juan (1984). *Manual de derecho penal. Parte general*. Barcelona: Ariel, p. 65.

B) Principio de intervención mínima o ultima ratio

También conocido como de extrema ratio, este principio reviste una gran importancia, debido a que el Estado, al ejercer su potestad punitiva, puede lesionar gravemente bienes jurídicos fundamentales de la persona a la que se le aplica la pena, de ahí la importancia de recurrir en última instancia “al ámbito de regulación penal”²⁰², pues como sabemos el derecho penal es la expresión más gravosa con la que cuenta el Estado.

En la actualidad este principio es constantemente violado, pues el derecho penal aparece como la solución por excelencia a la que recurren los políticos de todos los signos partidarios, y por ende el mecanismo de expansión penal (aumento de penalidades e incorporación de nuevos ámbitos de protección) es la medida legislativa más frecuentemente implementada en contra de la criminalidad, como ha ocurrido en el caso del Distrito Federal, según habrá de ilustrarse más adelante.

La tensión habida entre Estado democrático (que aspira a la reducción paulatina de la intervención punitiva) y Estado social (que sugiere la intervención penal ante las nuevas realidades dañinas para la convivencia), no debería implicar contradicción alguna, dado que la admisión de un Estado social, que interviene procurando el bienestar de los ciudadanos, no obliga a postular como deseable un intervencionismo penal que restrinja la libertad del ciudadano más allá de lo imprescindible para su propia protección. Más allá de nuestra actividad profesional, como operadores del sistema penal, nosotros somos de la idea que debemos operar

²⁰² MALO CAMACHO, Gustavo (2005). *Derecho penal mexicano*. México: Porrúa, p. 100.

en todo momento con la lógica de la descriminalización, o al menos con una lógica reticente a la maximización penal ante las continuas iniciativas que demandan nuevas intervenciones punitivas en la búsqueda de proteger bienes jurídicos de reciente cuño; sin embargo, tenemos claro que se trata, en definitiva, de garantizar la legitimidad y eficacia de la intervención punitiva. O lo que es lo mismo, que esta se lleve a cabo cuando sea absolutamente necesaria para la protección de los ciudadanos.

El principio de intervención mínima no solo contribuye a limitar al ius puniendi, sino que, además, sitúa al derecho penal en el lugar que le corresponde dentro de todo el andamiaje jurídico con que cuenta el Estado; esto es, la última instancia a la que se puede acudir para la solución de los conflictos entre los ciudadanos²⁰³. Así pues, hay dos perspectivas del principio de intervención mínima que se corresponden con los dos principios en que se subdivide: el de fragmentariedad y el de subsidiariedad. Uno configurado a partir del principio de protección, y el otro inspirado —en palabras de Polaino Navarrete— “en la significación del principio de oportunidad que configura el Derecho penal como ultima ratio del ordenamiento jurídico”²⁰⁴.

a) Carácter fragmentario del derecho penal. Las continuas modificaciones habidas en la justicia criminal en cada momento histórico nos impiden hablar de un carácter absoluto del derecho penal; o lo que es lo mismo, de que su acción protectora se amplíe a todos los ámbitos de la vida social donde se quebrante el

²⁰³ POLAINO NAVARRETE, Miguel (1984). *Derecho penal. Parte general*. Tomo I. Barcelona: Bosch, pp. 103 y ss.

²⁰⁴ MUÑOZ CONDE, Francisco (1975). *Introducción al derecho penal*. Barcelona: Temis, p. 89.

ordenamiento. En realidad, dentro de todo el elenco que suponen las acciones prohibidas y bienes jurídicos protegidos, el derecho penal solo se ocupa de una parte, de unos fragmentos, si bien esos fragmentos verdaderamente deben ser los de mayor importancia para la vida en libertad de las personas.²⁰⁵

El ordenamiento jurídico penal debe limitarse a castigar los ataques más intolerables a los bienes jurídicos más importantes para la sociedad, seleccionando rigurosamente las conductas que deben ser prohibidas y tipificadas, por lo que ello significa restricción de libertad.²⁰⁶ Esta es la característica propia de un Estado de derecho respetuoso de la libertad del ciudadano y uno de los fundamentos político-criminales más importantes de un Estado social y democrático, cuyo olvido genera una perniciosa inflación punitiva que degrada la verdadera función de la pena.

Por otro lado, este principio encuentra su esencia en que el Estado solo puede reaccionar en contra de aquellas conductas consideradas como delitos y no por simple analogía o mayoría de razón. Al respecto, encontramos su fundamento constitucional en el artículo 2.24.d de la Constitución Peruana de 1993, el cual prohíbe imponer por simple analogía y aun por mayoría de razón, pena alguna que no esté decretada por una ley exactamente aplicable al delito de que se trate.

b) Naturaleza subsidiaria y de última ratio del derecho penal

De igual modo, el derecho penal, como parte del ordenamiento jurídico, con una relación de interdependencia con las otras ramas jurídicas, y en base a la

²⁰⁵ CARBONELL MATEU, Juan (1996). *Derecho penal: concepto y principios constitucionales*. Valencia: Tirant lo Blanch Alternativa, p. 197.

²⁰⁶ *Ibíd.*

gravosidad de sus consecuencias, debe utilizarse solo cuando la tutela buscada no se alcance de modo suficiente con la utilización de medidas organizativas, también jurídicas pero no represivas, tales como las laborales, las civiles, las administrativas o las tributarias²⁰⁷.

Como ya lo afirmaba Binding (en cuya teoría de las normas se sitúa el origen de este principio), sería completamente desproporcionado e inadecuado para promover una protección eficaz comenzar con el derecho penal. En definitiva y de acuerdo con lo señalado por García Pablos,²⁰⁸ el derecho penal es la última ratio, no la solución al problema criminal. La intervención punitiva debe ser, por tanto, el último de los recursos utilizados por el Estado en su función protectora de bienes, de tal modo que cuando sea verdaderamente indispensable acudir a ella, se haga de la forma menos gravosa posible para los derechos individuales afectados por ella.²⁰⁹

Consideramos que la subsidiariedad debe jugar también un papel preponderante en la dosimetría de las penas, para que el legislador prevea no imponer las más graves, si es suficiente con otras más leves²¹⁰. Es este un principio que conecta directamente con la propia justificación en su dramática necesidad²¹¹ y jamás debería ser menospreciado, anteponiendo razones de inseguridad pública, defensa social o necesidades de proteger bienes jurídicos supraindividuales de

²⁰⁷ GARCÍA PABLOS DE MOLINA, Antonio (1996). *Sobre el principio de intervención mínima del derecho penal como límite del Ius Puniendi*. Córdoba: Estudios Penales y Jurídicos, p. 250.

²⁰⁸ *Ibidem*.

²⁰⁹ LUZÓN PEÑA, Diego Manuel (1999). *Curso de derecho penal. Parte general I*. Madrid: Universitas, p. 97.

²¹⁰ BERDUGO GÓMEZ DE LA TORRE, Ignacio (1993). *El Proyecto de Código Penal de 1992. Cuestiones de parte general*. Barcelona: Revista del Foro Canario, p. 63.

²¹¹ MENDOZA BUERGO, Blanca (2001). *El derecho penal en la sociedad del riesgo*. Madrid: Civitas, p. 116.

difícil asidero, como ha sucedido en el caso de algunas reformas introducidas al Código penal que nos ocupa (véase por ejemplo, el caso de los delitos ambientales).

C) Principio de lesividad o de exclusiva protección de bienes jurídicos

Propone que la potestad punitiva del Estado únicamente debe alcanzar aquellas conductas lesivas que dañen exclusivamente bienes jurídicos, ya que si no hay lesión a dicho bien, por no existir la descripción de la conducta como delito, no se podrá ejercer el *ius puniendi*. Al respecto, la expresión *Nullum crimen sine injuria* expresa el contenido de este principio limitador, pues nos determina que no hay delito sin lesión.

Conforme al espíritu del Estado social y democrático de derecho, la protección penal de los bienes jurídico-penales es solo fragmentaria (carácter fragmentario del derecho penal), puesto que no se castigan todos los ataques que producen una determinada lesión en dichos bienes jurídicos, sino solo las modalidades más peligrosas para los mismos. Así, por ejemplo, la falta de pago de una deuda civil, por muy importante que resulte la afectación al patrimonio de una persona, no debe constituir delito alguno (aunque habrá que tener cuidado con algunas pretensiones expansionistas de legisladores poco escrupulosos de los principios de una política criminal garantista).

D) Principio de la dignidad de la persona

La dignidad humana toma especial relevancia para el derecho penal, en la medida que se constituye como un límite a la intervención penal del Estado, pues las decisiones que tome en materia de política criminal para resolver conflictos

sociales, siempre debe considerar que al hombre se le debe dar el trato de “persona”, como “un fin en sí mismo”, como un “ser capaz”, como un “ser libre”, al cual le son inherentes una serie de derechos, una serie de libertades, y no como una cosa o instrumento. El Estado, por lo tanto, debe reconocer y respetar esos derechos o criterios que debe tener presentes a la hora de formular los criterios orientadores de la política criminal²¹².

Este principio significa que toda aplicación de una pena debe hacerse respetando la dignidad humana, es decir, “no se debe aplicar una pena sino es con el cabal respeto a los derechos humanos”.²¹³ En esta tesitura, en la concepción de un Estado democrático de derecho, la dignidad de la persona no se pierde por la simple comisión de un delito, por consiguiente, la reacción del derecho penal debe partir de esta premisa²¹⁴.

Así tenemos que Morillas Cuevas, en su obra²¹⁵, afirma que el principio de humanidad obliga a que todas las relaciones humanas que el derecho penal tipifica se regulen sobre la base de una vinculación recíproca, de una responsabilidad social hacia el ciudadano que delinque. Actúa, por tanto, sobre la base de una comprensión humanitaria y social de la persona del delincuente, a partir de la cual la potestad punitiva humanitaria deja de entenderse como simple caridad o benevolencia, para manifestarse como lo que realmente es: manifestación del respeto a la persona

²¹² MESÍAS RAMÍREZ, Carlos (2004). *Derechos de la Persona /Dogmática constitucional*. Lima: Fondo Editorial del Confreso de la Republica, p. 18.

²¹³ BACIGALUPO, Enrique (1989). *Estudios de derecho penal y política criminal*. México: Cárdenas Editor y Distribuidor, pp. 67 y ss.

²¹⁴ *Ibíd.*

²¹⁵ MORILLAS CUEVAS, Lorenzo (1996). *Curso de derecho penal español*. Madrid: Marcial Pons, p. 89.

humana y a la necesidad social del castigo, por encima de cualquier otra consideración científico–teórica²¹⁶.

Respecto del principio de dignidad de la persona, Luigi Ferrajoli considera que se debe preservar a toda costa no solo la autonomía ética del ser humano (lo cual impide la tutela del Estado sobre el ciudadano), sino la indemnidad personal, con miras a que los medios utilizados por el legislador no atenten contra la dignidad concreta del hombre. Así las cosas, el ejercicio del ius puniendi ha de estar sometido a unos controles tales, que está absolutamente prohibido cualquier atentado contra la persona en todos los órdenes.

Por ello, están prohibidas las sanciones penales que impliquen tratos crueles, inhumanos y degradantes, la desaparición forzada, los apremios y la tortura. El valor de la persona humana, entonces, se erige en un límite fundamental al poder punitivo gracias al cual se busca impedir que el Estado pisotee al ciudadano, perdiendo su legitimidad y poniéndose al mismo nivel de las delincuencias que busca erradicar²¹⁷.

Efectivamente, el sentido de la ejecución de la pena, en un Estado social y democrático de derecho, no solo puede basarse en la imposición de un mal al delincuente, pues no puede reducir su función a ser un simple carcelero del delincuente sin importarle cuál es su destino. En esta tesitura, la ejecución de la pena debe coincidir con el principio de humanidad, pues debe responder al deseo de adaptar las penas privativas de libertad a las exigencias actuales de las ciencias

²¹⁶ QUINTERO OLIVARES, Gonzalo (2004). *A dónde va el derecho penal. Reflexiones sobre las leyes penales y los penalistas españoles*. Madrid: Bosch, p. 87.

²¹⁷ FERRAJOLI, Luigi. *Derecho y Razón...* Ob. Cit., p. 396.

criminológica y penal; esto es, a las exigencias de prevención especial positiva o resocializadora²¹⁸.

E) Principio de legalidad

Al referirse a este principio en su Manual de derecho penal, Juan Bustos afirma: “para que pueda existir un delito o para que pueda ser impuesta una pena, es indispensable la existencia de la ley penal previa...”²¹⁹. Consiste en limitar y establecer con precisión los alcances de la facultad punitiva del Estado, ya que no puede exceder lo que está taxativamente señalado en la ley. Resulta esencial que a través del Poder Legislativo y con base en la voluntad de la sociedad, se describa con exactitud las facultades y límites que tiene el Estado para llevar a cabo la función encomendada por el sentir social, lo que cumple no solo con el principio de legalidad, sino con el de división de poderes cuya conjunción es vital.

Para comprender mejor este principio político–criminal, es necesario referirnos al origen y sentido político. Así podemos decir que el principio de legalidad se expresa, en su aspecto formal, con el aforismo latino *nullum crimen, nulla poena sine lege*, que vino a reflejarse como una de las conquistas centrales de la Revolución francesa (artículo 80. de la Declaración de Derechos del Hombre del 26 de agosto de 1789).

Ya Beccaria, quien de manera impoluta trasladó el espíritu de la Ilustración al derecho penal, escribía: “...sólo las leyes pueden decretar las penas de los delitos

²¹⁸ GARCÍA ARÁN, Mercedes (1981). *Los criterios de determinación de la pena en el derecho español*. Barcelona: Ediciones de la Universidad de Barcelona, p. 189.

²¹⁹ BUSTOS RAMÍREZ, Juan. *Manual de...* Ob. Cit., p. 87.

y esa autoridad debe residir en el legislador que representa toda la sociedad unida por el contrato social. Ningún magistrado (que es parte de ella) puede con justicia decretar a su voluntad penas contra otro individuo de la misma sociedad”. Los jueces no pueden consiguientemente “aumentar la pena establecida” por las leyes, ni siquiera “bajo pretexto de celo o de bien público”²²⁰.

En su sentido actual, Mezger³⁰ afirma que el principio de legalidad se derivó en un principio de la teoría ilustrada del contrato social y suponía una organización política basada en la división de poderes, en la que la ley fuese competencia exclusiva de los representantes del pueblo. El ciudadano solo admite el paso del estado de naturaleza al estado civil en virtud de un pacto (contrato social) en el que asegura su participación y control de la vida política de la comunidad. Tal participación tiene lugar por medio del Poder Legislativo que representa al pueblo. Solo de él puede emanar la ley que constituye la expresión de la voluntad popular.

El principio de legalidad no es entonces solo una exigencia de seguridad jurídica que permita la posibilidad de conocimiento previo de los delitos y las penas, sino además la garantía política de que el ciudadano no podrá verse sometido por parte del Estado ni de los jueces a penas que no admita el pueblo. Sin embargo, como veremos al analizar algunos casos específicos de la legislación penal del Distrito Federal, este principio de legalidad está en crisis, la tan citada “crisis del derecho penal actual”.

²²⁰ BECCARIA, Cesare. *De los delitos...* Ob. Cit., pp. 29 y ss.

CAPITULO IV

VALIDACIÓN DE LA HIPÓTESIS

La hipótesis formulada ha quedado validada, en base a los argumentos provenientes de la doctrina y jurisprudencia que justifican que existe una relación negativa y contradictoria entre el poder punitivo del Estado y la creación de los tipos penales en el ordenamiento jurídico peruano, toda vez que el legislador al crear los tipos penales y tipificar una conducta como punible viene inobservado los límites del carácter punitivo del Estado, así como los principios de la dogmática penal; en consecuencia esta postura del legislador, se vuelve peligrosa, ya que no responde a un análisis exhaustivo de las situaciones conflictivas, sino que lo hace ante una opinión pública deseosa de punir; y ante esta situación el legislador bajo el término “criminal” crea delitos y no lo hace de la manera más conveniente, lo que implica una justificación del endurecimiento del derecho penal y la ampliación del ámbito de arbitrariedad selectiva; siendo los argumentos que justifican la hipótesis las siguientes:

4.1. Concepto Jurídico–Constitucional del Bien Jurídico

Estas teorías entienden que es la Constitución la que fija la orientación básica para limitar la función punitiva estatal. Existen dos posiciones: aquellas que otorgan a la Constitución un carácter genérico y las que toman a la Constitución en sentido estricto en relación a las disposiciones específicas que la integran.

Si bien estas teorías encuentran a los bienes jurídicos contenidos en la Constitución, sin embargo, evitan precisar el concepto del bien jurídico,

estableciendo relaciones y consecuencias entre bienes jurídicos y valores que consagra la Carta política.

Pero la identificación de bien jurídico y derecho fundamental puede desconocer las diferentes funciones que ambos conceptos tienen en el ordenamiento jurídico, además no todos los valores constitucionales necesariamente deben ser protegidos por el Derecho Penal, y a la inversa, no todos los bienes que el Derecho Penal protege deben estar necesariamente registrados en las normas constitucionales, ello en función a la evolución de las necesidades de protección penal que la comunidad requiera.

Rudolphi y Bricola defienden el criterio de recurrir a los textos constitucionales para la protección de los bienes jurídicos. Ya que el conjunto de principios constitucionales determina el marco de referencia en el que el legislador debe actuar para la selección y protección de los bienes jurídicos.

Roxin considera también todo concepto de bien jurídico debe partir de los principios fundamentales basados en la Constitución a través de los cuales se le marcan sus límites a la potestad punitiva del Estado (). Por ello, conceptúa a los bienes jurídicos como aquellas “circunstancias dadas o finalidades que son útiles para el individuo y su libre desarrollo en el marco de un sistema social global estructurado sobre la base de esa concepción de los fines o para el funcionamiento del propio sistema”.

En este concepto, Roxin reemplaza el término “intereses” por “circunstancias dadas y finalidades”; y con ello, busca abarcar tanto aquellos estados previamente

hallados por el derecho, como también los deberes de cumplimiento de normas creadas sólo por el mismo. Afirma que el concepto de bien jurídico es de tipo normativo y no estático debido a que se haya abierta a los cambios sociales y a los progresos científicos; y propone las siguientes tesis:

- a. Son inadmisibles aquellas conminaciones penales arbitrarias ya que no protegen bienes jurídicos.
- b. Las finalidades puramente ideológicas no protegen bienes jurídicos: por la misma razón estaría prohibido proteger finalidades ideológicas mediante normas jurídico – penales.
- c. Las meras inmoralidades no lesionan bienes jurídicos.
- d. Del concepto de bien jurídico no se desprende nada que no se pudiera derivar ya de los cometidos del Estado y de los derechos fundamentales aun sin tal concepto; pero el mismo anuda los múltiples resultados de aquellos y obliga a someter de antemano todo precepto penal a la ley de las limitaciones constitucionales.
- e. No es posible delimitar delitos y contravenciones según el criterio de si una acción lesiona bienes jurídicos, puesto que causan daño al individuo o son perjudiciales para el bien común.

4.2. El poder punitivo del Estado y sus limitaciones

Estamos en una nueva realidad, –Sociedad del Riesgo– y en una nueva configuración socio–política del Estado – Estado Constitucional–. En el derecho penal, el Estado como depositario del poder de sancionar, de castigar de punir, analizará la posibilidad de crear nuevos tipos penales, ampliar o endurecer

sanciones en determinados casos, suprimir tipos, etc.

El Perú, en este caso, está tomando medidas de este carácter en diversas áreas del derecho, como es el caso de varias leyes y normas que se van sancionando en este último tiempo. En ese sentido, como ya se dijo el derecho penal debiera enmarcarse, en su accionar, en dos principios básicos, que como limitadores del poder punitivo del Estado evitarían los excesos o que los gobernantes de turno dicten leyes a su medida, o con sólo un carácter populista o en el afán de dar ciertos valores simbólicos a las normas penales. El derecho penal no sólo tiene un afán simbólico como pudiera entenderse en razón de la prevención general, pues por algo también se tiene la prevención especial²²¹.

4.2.1. Derecho penal como instrumento de defensa de los valores de la comunidad

“El Derecho, y el Derecho penal como una parte del Derecho, no es más que un instrumento puesto al servicio de los fines de la comunidad. Si se quiere comprender su esencia, es necesario tener en cuenta esos fines y construir el sistema jurídico no hacia dentro, sino hacia afuera, abierto a los problemas y fines sociales. Claro es que con ello el edificio sistemático perderá en belleza, pero ganará en funcionalidad y eficacia. Y esto último es lo que debe mostrar un instrumento, si se quiere ser apto para el cumplimiento de los fines para los que ha sido creado”²²².

La convivencia social entendida en un marco de un orden establecido, sólo

²²¹ VANOSSI, Jorge Reynaldo (2002). *Estudios de teoría Constitucional*. México: Universidad nacional Autónoma de México, p. 103.

²²² ROXIN, Claus (2000). *Política criminal y sistema del derecho penal*. Vol. 2. Buenos Aires: Hammurabi, p. 21.

puede ser entendida desde una perspectiva ideológica²²³. Ahora bien, según esta perspectiva puede hablarse de un sistema social ideal de convivencia, que bien podría ser socialista, comunista, capitalista, anarquista, etc. Es en este sentido que una norma “funcional” para un sistema, puede ser “disfuncional” para otro. La norma no puede transponerse de un sistema a otro como si de un objeto se tratase, pues sobre todo la norma está plagada de subjetividades.

Y es más, el problema no sólo está referido a la norma, sino a el fin de la misma, que como instrumento ideológico, si bien no puede transformar completamente realidades sociales, sí puede llegar a utilizar este objeto(norma), como un instrumento más de continuación del poder.

“Reconocer la realidad y tratar de usar del poder que tenemos para hacer algo que reduzca su increíble violencia. En este sentido, creo que el poder jurídico existe, que será todo lo limitado que se quiera, pero que es poder y que, como tal, tenemos el deber de operar con él conforme a cierta ética humanista, o mejor, para no usar palabras que a muchos suenan huecas y ser más concretos, diría que tenemos el poder de operar con él en la forma que salve el mayor número de vidas humanas posible”²²⁴.

Claro, que si se actúa como plantea Roxin, el poder puede tener un buen final, pues la elaboración de leyes, de normas, además de traer consigo un trabajo ideológico, también trae la posibilidad de poder participar y modificar

²²³ MUÑOZ CONDE, Francisco. *Introducción...* Ob. Cit., p. 89. Entiéndase el término ideología en la concepción peyorativa que suele otorgarle materialismo histórico y el marxismo, entendiéndola como un instrumento de dominación de las clases superiores sobre las inferiores

²²⁴ ZAFFARONI, Eugenio Raúl (1993). *Hacia un realismo jurídico penal marginal*. Caracas: Monte Ávila Latinoamericana, p. 51.

relativamente algunas de las conductas sociales. Claro está, que no se podrá llegar a aquello sin un nivel ético y moral que entienda a la sociedad como un ente en constante cambio y transformación, y no sólo como un instrumento más del poder.

“Podrá disentirse con todo lo que ha dicho y escrito Foucault, pero resultará de irreversible valor su contribución al análisis del poder al revalorar adecuadamente el poder del discurso: el discurso es parte del poder, es poder. Con toda razón y gracia dice otro filósofo francés contemporáneo, André Glucksmann, que el poder no se ejerce con un ejército y un poco de salchichón, sino que también es necesario el discurso; sin discurso no hay poder o el poder se derrumba. El poder no sólo genera su discurso, sino que aún más, genera al propio sujeto que conoce, al propio sujeto cognoscente”²²⁵.

El discurso en este caso, planteado en el contenido de la norma, y en su espíritu mismo, generará en el tiempo algún cambio, no se puede afirmar si positivo o negativo, pero se puede tener por seguro que llegará, pues los sistemas de dominación están sufriendo transformaciones desde lo político social, y más aún con un instrumento legislativo, como es el D. Leg. 1194 y la creación de nuevos tipos penales, están llegando a generar una crisis, y como tal, el final depende de cómo se desarrolle el proceso de ejecución de las nuevas normas.

4.2.2. ¿Qué protege la norma penal?

Al igual que todas las normas jurídicas, la norma penal tiene como principal función proteger algo. Ese algo está expresado en los bienes jurídicos. Ahora bien,

²²⁵ *Ibíd.*, p. 52.

el sólo mencionar este concepto hace necesario definirlo, tal cual se pudo realizar en el marco teórico²²⁶.

Pero, dado que la ley penal limita al particular en su libertad de acción, no está permitido prohibir más de lo necesario para conseguir la coexistencia pacífica y libre. El que con ello tenga que respetarse la dignidad humana y la igualdad de todos los seres humanos también constituye un resultado del pensamiento ilustrado, según el cual la dignidad humana y la igualdad son condiciones esenciales de la libertad individual²²⁷.

Sin embargo, la tarea penal de asegurar la pacífica coexistencia en la sociedad está vinculada a un presupuesto limitador: solamente puede conminarse con pena cuando es imposible conseguir este resultado a través de otras medidas menos incisivas. Allí donde puede organizarse la seguridad y la paz jurídica mediante tribunales civiles, una prohibición de derecho público o también como medidas preventivas extrajurídicas, no existe necesidad de derecho penal.

“La excesiva intromisión del poder estatal en la esfera privada es un hecho corriente, repetidas veces denunciado. En derecho penal se ha entrado, además, en un círculo vicioso en el que el aumento de la criminalidad corre parejo con un aumento de la dureza en la represión punitiva, que parece volver a los tiempos de una política penal autoritaria de donde parecía se había salido ya definitivamente”²²⁸.

²²⁶ *Ibidem*.

²²⁷ ROXIN, Claus (2005). *El legislador no lo puede todo*. México: Iter Críminis, p. 322.

²²⁸ MUÑOZ CONDE, Francisco. *Introducción...* Ob. Cit., p. 106.

Y es que si analizamos la pena, esta debe servir, o bien, en una prevención especial o una prevención general: (...) la pena sirve a finalidades de prevención especial y general. Es limitada en su monto mediante la medida de la culpabilidad, pero puede no alcanzar esta medida, en tanto esto sea necesario para las necesidades de prevención especial y no se opongan a ello los requisitos mínimos de prevención general. Tal concepción en modo alguno tiene significación preponderantemente teórica; más allá de lo señalado, tiene también numerosas e importantes consecuencias prácticas²²⁹.

Ante la intromisión del poder punitivo del Estado, y el expansionismo del derecho penal, en el ámbito de los derechos individuales más sagrados, no está de más, plantearse siquiera el problema de los límites al poder punitivo estatal, límites que se basan, “en la dignidad humana y en la idea de la justicia misma”²³⁰. Estos límites pueden reducirse a la vigencia, no sólo formal, sino material también, de dos principios fundamentales: el principio de intervención mínima y el principio de intervención legalizada del poder punitivo del Estado.

4.2.3. Principio de Intervención mínima: consecuencias

a) Precisiones sobre la subsidiariedad del derecho penal

Esta denominada subsidiariedad o accesoriedad del derecho penal viene a ser una consecuencia del principio de intervención mínima, el cual como ya se explicó, dice que el Estado no debería inmiscuirse en todos los problemas de la sociedad,

²²⁹ ROXIN, Claus (1993). *Fin y justificación de la pena y de las medidas de seguridad*. Buenos Aires: Editores Del Puerto, p. 42.

²³⁰ *Ibíd.*, p. 107.

pues existen mecanismos mucho más rápidos, eficientes y con menos consecuencias a largo plazo que lo que el derecho penal deja como consecuencia.

b) Precisiones sobre las Consecuencias del principio de intervención mínima

El principio de intervención mínima se convierte en un principio político criminal limitador del poder punitivo del Estado derivado de la propia naturaleza del derecho penal. Sus consecuencias son tanto de orden cuantitativo como cualitativo. En lo cuantitativo está referido a la cantidad, número de conductas punibles que debiera crear el legislador. Como no todo debe ser protegido por el derecho penal, está vigente la guía que planteó Mayer, donde explica que: “el bien ha de tener una triple cualidad: ha de ser “merecedor de protección”, “necesitado de protección” y “capaz de protección”²³¹.

4.2.4. Principio de Intervención Legalizada

Este principio, tradicionalmente designado con el nombre de “principio de legalidad”, establece que la intervención punitiva estatal, tanto al configurar el delito como al determinar, aplicar y ejecutar sus consecuencias, debe estar regida por el “imperio de la ley”, entendida ésta como expresión de la “voluntad general”. Y puesto que se refiere a la intervención del poder punitivo estatal se le puede llamar principio de intervención legalizada²³².

En este principio se tienen contenidos, sobre todo, los elementos básicos para

²³¹ *Ibíd.*, p. 125.

²³² *Ibíd.*, p. 135.

decir que se vive en un estado de derecho, en una organización social, donde la ley da las pautas básicas para una convivencia pacífica y ordenada, pero no llega a poder analizar la justicia o injusticia de la ley. Al contrario, y de manera muy dogmática, lo que debe preponderar es la legalidad: siempre y cuando la norma hay cumplido los requisitos básicos para su formación y los pasos legislativos correspondientes, no habrá más que decir al respecto, justa o injusta, pero será norma a fin de cuentas.

Sin embargo, y siendo justos con la importancia del derecho en la sociedad: “(...) el Derecho Penal tiene límites y campos vedados. Primero, los derechos humanos y el uso legítimo y respetuoso de los mismos. El derecho penal, por el contrario, debe protegerlos cuando fuere necesario. Se penalizan sólo aquellas conductas que, independientemente de concepciones morales o religiosas, causan un daño social que se opone a la convivencia pacífica, segura y libre. Segundo, la penalización de las ilegalidades solamente debe darse cuando no es posible otra solución extrapenal y el caso lo amerite. No existe función más exquisita y peligrosa que penalizar. Son muchos los intereses y derechos en juego: la víctima, el victimario, la sociedad, la libertad, el honor, la vida e integridad de la persona, la propiedad, la seguridad y la paz social”²³³.

4.2.4.1. Fundamento del principio de intervención legalizada

a) Fundamento político: principio de intervención legalizada y Estado de

²³³ ESCOBAR FORNOS, Iván (1988). *Manual de Derecho Constitucional*, Managua: Hispamer, p. 330.

Derecho

El principio de intervención legalizada es producto del espíritu liberal que creó el Estado liberal de derecho, lo cual trae a colación cuatro características: a) imperio de la ley; b) división de poderes; c) legalidad en la actuación administrativa, y d) garantía de derechos y libertades fundamentales.

El imperio de la ley está referido a que no puede tenerse como norma penal o ley penal ninguna que no haya seguido los pasos y procedimientos necesarios para su aprobación en un Parlamento, Asamblea Legislativa Plurinacional en la nomenclatura boliviana. Todas las leyes penales que no se crean por este procedimiento infringen el espíritu del principio de legalidad.

b) Fundamento jurídico

La base jurídica es dada por Feuerbach, quien le creó su formulación latina: nullum crimen, nulla poena sine lege.

4.2.5. Expansionismo penal, un fenómeno mundial presente en nuestro Estado

“Allí donde llueven leyes penales continuamente, donde entre el público a la menor ocasión se eleva un clamor general de que las cosas se remedien con nuevas leyes penales o agravando las existentes, ahí no se viven los mejores tiempos para la libertad —pues toda ley penal es una sensible intromisión en la libertad, cuyas consecuencias serán perceptibles también para los que la han exigido de modo más ruidoso—, allí puede pensarse en la frase de Tácito: Pessima respublica, plurimae

leges”²³⁴.

Los denominados delitos contra la dignidad humana, en el marco de este expansionismo penal que vive nuestro estado, tienden a querer formar una nueva realidad simbólica, donde se dé lugar a una inclusión social en un nivel tan elevado que se pueda llegar a una “igualdad real”. Que desde lo teórico e incluso desde lo práctico no deja de ser una mera utopía.

Se está utilizando al derecho penal como un instrumento de represión que en lo simbólico intenta cambiar y generar conductas sociales nuevas, a través de la sanción de acciones como las prescritas en las últimas leyes.

“No es infrecuente que la expansión del Derecho penal se presente como producto de una especie de perversidad del aparato estatal, que buscaría en el permanente recurso a la legislación penal una (aparente) solución fácil a los problemas sociales, desplazando al plano simbólico (esto es, al de la declaración de principios, que tranquilizan a la opinión pública) lo que debería resolverse en el nivel de lo instrumental (de la protección efectiva). Sin negar que a tal explicación pueda asistirle parte de razón, creo que sería ingenuo ubicar las causas del fenómeno de modo exclusivo en la superestructura jurídico-política, en la instancia ‘estatal’”²³⁵

Ahora bien, uno de los problemas que se presenta en los delitos de discriminación punible, es el de la pena (...) la pena sirve a finalidades de

²³⁴ VON BAR. Citado en SILVA SÁNCHEZ, Jesús María. *La expansión...* Ob. Cit., p. 17.

²³⁵ *Ibíd.*, p. 21.

prevención especial y general. Es limitada en su monto mediante la medida de la culpabilidad, pero puede no alcanzar esta medida, en tanto esto sea necesario para las necesidades de prevención especial y no se opongan a ello los requisitos mínimos de prevención general. Tal concepción en modo alguno tiene significación preponderantemente teórica; más allá de lo señalado, tiene también numerosas e importantes consecuencias prácticas²³⁶.

4.3. Expansionismo penal en la legislación penal peruana

Si analizamos la legislación penal peruana actualmente vigente podremos constatar fácilmente que en determinados ámbitos de regulación de las conductas punibles se ha asumido de manera clara las características constitutivas del Derecho penal del enemigo. En nuestra opinión, esta constatación se aprecia en los delitos de terrorismo, la criminalidad organizada (especialmente, tráfico ilícito de drogas y bandas de secuestradores), los abusos sexuales de menores de edad y los delitos de corrupción. Veamos brevemente las razones más importantes que nos llevan a realizar esta afirmación.

4.3.1. El terrorismo

En los delitos de terrorismo, por ejemplo, los retazos de un Derecho penal de excepción pueden verse con mucha claridad. Se castiga severamente la sola pertenencia a dicha organización terrorista con pena privativa de libertad no menor de 20 años (artículo 5 del Decreto Ley 25475) o la apología del terrorismo con pena privativa de libertad de hasta 12 años (artículo 316 tercer párrafo del CP), lo cual

²³⁶ ROXIN, Claus. *Fin y justificación...* Ob. Cit., p. 42.

implica no sólo un adelantamiento considerable de las barreras de protección, sino también una cierta desproporcionalidad de las penas en atención al adelantamiento de la punibilidad. Las penas previstas alcanzan, en general, grados elevados de severidad, sobre todo si se le compara con otros delitos como el homicidio o las lesiones. Por ejemplo, los actos terroristas del artículo 1 del Decreto Ley 25475 tienen un marco penal mínimo de 20 años, siendo esta cuantía el marco penal máximo en el delito de homicidio doloso.

De igual forma, el recurso a cláusulas indeterminadas puede verse con suma facilidad en la Ley de terrorismo, como es el caso del delito de colaboración con banda armada previsto en el inciso f del artículo 4 que define como actos de colaboración “cualquier forma de ayuda económica, ayuda o mediación hecha voluntariamente con finalidad de financiar las actividades de elementos o grupos terroristas”. Los espacios de discrecionalidad judicial son evidentes.

En el plano de las garantías, la legislación especial de lucha contra el terrorismo afecta o restringe también de forma patente diversas garantías individuales, como, por ejemplo, el plazo máximo de detención preliminar que puede llegar hasta los 15 días naturales o el precepto que obliga al juez a abrir investigación con mandato de detención.

Esta misma línea restrictiva se repite en el plano sustantivo, en donde se excluye a los responsables por delitos de terrorismo del beneficio de la imputabilidad restringida para mayores entre 18 y 21 años y para mayores de 65 años contemplada en el artículo 22 del Código penal que permite una reducción prudencial de la pena. La situación no es distinta en el plano penitenciario con la

limitación y el endurecimiento de las condiciones necesarias para obtener los diferentes beneficios penitenciarios previstos en el Código de Ejecución penal (Decreto Legislativo 927). Como puede verse, la legislación penal antiterrorista presenta un endurecimiento de las condiciones procesales y penitenciarias que están claramente orientadas a la neutralización del terrorista.

4.3.2. La criminalidad organizada

En la “lucha” contra la criminalidad organizada se puede apreciar también los rasgos característicos de un Derecho penal del enemigo. A este tipo de criminalidad no solamente se le castiga penalmente por los hechos delictivos que puedan realizar organizadamente, sino que se les castiga, por un lado, al momento de su gestación (delito de asociación ilícita para delinquir del artículo 317 del Código penal) y, por el otro, cuando intentan introducir al mercado sus ganancias como legales (Ley contra el lavado de activos). La represión penal contra este tipo de criminalidad presenta las características de un Derecho penal del enemigo especialmente en dos tipos de actividades de criminalidad organizada: el tráfico ilícito de drogas y las bandas de secuestradores.

A. El tráfico ilícito de drogas

La misma política de represión penal que hemos destacado en el terrorismo, puede apreciarse en el ámbito de los delitos de tráfico ilícito de drogas. Como primera cuestión cabe resaltar la severidad de las penas previstas para estos delitos. El tipo penal básico castiga la posesión de drogas con fines de comercialización con una pena privativa de libertad no menor de ocho ni mayor de quince años, a la cual

se le suman además las penas conjuntas de multa e inhabilitación. En cuanto a la técnica de tipificación, el legislador penal ha procedido igualmente a adelantar de forma considerable las barreras de protección, castigando con penas elevadas conductas como la comercialización de materias primas e insumos destinados a la elaboración ilegal de drogas.

En esta misma línea, se castigan los actos de promoción, favorecimiento, financiación, facilitación o ejecución de actos de siembra o cultivo de plantas como la amapola (*papaver somniferum*) o la marihuana, así como la comercialización de sus semillas. En este último caso puede verse cómo el adelantamiento de la protección penal llega incluso hasta criminalizar actos de preparación de la preparación del tráfico de drogas, eliminando, por otra parte, la clásica distinción entre autoría y participación. Finalmente, la legislación de lucha contra el narcotráfico destaca también por la porosidad de los elementos del tipo penal como “promover” o “favorecer”, en la medida que cualquier aporte causal al acto de tráfico podría considerarse típico por parte de nuestros tribunales, tan propensos a interpretaciones empíricas del delito.

En cuanto a las normas procesales y de ejecución de la pena puede apreciarse igualmente una política de restricción o exclusión de diversas garantías individuales o beneficios procesales y penitenciarios para las personas procesadas o condenadas por delitos de tráfico de drogas. Por ejemplo, el plazo de detención policial se amplía como en el terrorismo a 15 días naturales, a los responsables del delito de tráfico ilícito de drogas se les excluye también del beneficio de la imputabilidad restringida antes mencionado y a los dirigentes, cabecillas o jefes de las bandas o

cárteles se les restringe la concesión de ciertos beneficios procesales y penitenciarios. Se trata, en definitiva, de la materialización del mensaje propio del Derecho penal del enemigo que comunica a la sociedad no sólo la extrema gravedad de los hechos delictivos, sino el aligeramiento de las garantías penales en pro de la efectiva persecución, condena y ejecución de la pena impuesta a estos delincuentes (aseguramiento cognitivo).

B. El secuestro

En los últimos tiempos la legislación penal ha intensificado sus mecanismos de represión contra los delitos de secuestro cometidos por bandas organizadas que han hecho de estos delitos su forma habitual de ganarse la vida. Se ha llegado a determinar incluso que estas bandas siguen operando desde la cárcel, de forma tal que dirigen desde este lugar la realización de nuevos secuestros contra ciudadanos. En la medida que estas asociaciones ilícitas viven del secuestro, este delito ha dejado de ser un peligro para aquellas personas que gozan de una posición económica de privilegio y se ha convertido en un riesgo para cualquier persona a la que se le puede “sacar algo de dinero”.

De esta manera, la población en general exige mayor seguridad frente a estos delincuentes que no tienen otra forma de vivir en sociedad distinta al secuestro y la extorsión. El cumplimiento de la expectativa de conducta de que estos delincuentes respeten el derecho al patrimonio, la libertad, la integridad física e incluso la vida, no se encuentra asegurada con la amenaza penal propia de los ciudadanos, por lo que resulta necesario un aseguramiento cognitivo que se alcanza con la intensificación de la represión penal y el aligeramiento de ciertas garantías penales.

En concreto, puede decirse que el adelantamiento de la represión en los delitos de secuestros cometidos por bandas no solamente tiene lugar con la criminalización de la figura de la asociación ilícita para delinquir, sino también con la fuerte represión que tiene lugar en la fase preparatoria con el delito de tenencia ilegal de armas previsto en el artículo 279 del Código penal con una pena de 6 a 15 años (el marco penal mínimo es el mismo que el delito de homicidio doloso). Por otra parte, en el ámbito propiamente ejecutivo, la severidad de la pena por el delito de secuestro se ha incrementado sustancialmente. El tipo básico contempla una pena de 20 a 30 años, mientras que en los casos agravados la pena es no menor de 30 años.

La pena llega a ser de cadena perpetua si el agraviado es un menor de edad, mayor de sesenta y cinco años o discapacitado, así como cuando la víctima resulte con daños en el cuerpo o en su salud física o mental o muera durante el secuestro o a consecuencia de dicho acto. Como puede verse, la extrema severidad con la que se castiga el secuestro, incluso en su forma básica, contrasta con la pena prevista para el delito de asesinato, cuyo marco penal mínimo es de 15 años.

La restricción de garantías penales en el ámbito de los delitos de secuestro se pone de manifiesto de forma clara en la reciente modificación realizada por la ley 28760. En primer lugar, en el artículo 1 de esta ley se hace una modificación al artículo 136 del Código de procedimientos penales, con del que se les priva a los secuestradores del beneficio de la confesión sincera que permitía una sustancial reducción de la pena. Pero además de ello, en esta misma ley se establece la improcedencia para los secuestradores del indulto y conmutación de pena, así como

del derecho de gracia. En cuanto a los beneficios penitenciarios, la ley remite el tratamiento de los mismos a las rígidas condiciones establecidas para los delitos de terrorismo en el Decreto legislativo 927. Como puede verse, hay un retorno a la inocuización del delincuente teniéndolo en la cárcel el mayor tiempo posible.

4.3.3. Los delitos sexuales

La actual legislación penal es también especialmente represiva con los delitos sexuales que afectan a menores de edad. En el caso del llamado delito de violación de menor de edad, el cual se configura aunque exista consentimiento de la víctima, las penas son tremendamente severas. El artículo 173 del Código penal peruano castiga la violación sexual de menor de edad con cadena perpetua si se trata de un menor de menos de diez años, con pena privativa de la libertad no menor de 30 años ni mayor de 35 si la víctima tiene entre diez y catorce años, y con pena privativa de libertad no menor de 25 ni mayor de 30 años si se trata de un menor entre diez y menos de 18 años.

La severidad de las penas también puede apreciarse en el delito de actos contra el pudor de un menor de edad, en el que no existe el acceso carnal que configura la violación sexual de menor de edad. Por otra parte, se ha iniciado una fuerte línea de represión penal contra los actos de favorecimiento de la prostitución de menores de catorce a dieciocho años, llegando a castigarse incluso al usuario–cliente con una pena privativa de libertad no menor de cuatro ni mayor de seis, es decir, con una pena mayor que la del homicidio imprudente.

Los tipos penales de los delitos de abusos de menores de edad recurren también a elementos típicos de carácter general e indeterminado. Basta con revisar la reciente modificación a la conducta típica de la violación sexual para comprobar la excesiva amplitud de la descripción típica, necesitada indudablemente de una interpretación restrictiva de los tribunales penales para evitar una sobrecriminalización a partir de este tipo penal (sobre todo en la parte referida a la introducción de objetos o partes del cuerpo).

Del mismo modo, en los delitos contra el pudor de menores de edad pueden apreciarse elementos típicos con un alto grado de indeterminación como es el caso de “tocamientos indebidos” o “contrario al pudor”. La porosidad y amplitud de estos términos muestran sin duda que estamos ante una legislación penal que se enmarca en la línea materializar la efectiva represión penal con cláusulas generales o indeterminadas.

La afectación o limitación de diversos beneficios o garantías de carácter material, procesal y penitenciario es igualmente apreciable en la llamada criminalidad sexual. Por ejemplo, en el plano material se excluye del beneficio de la imputabilidad restringida a los autores de delitos contra la libertad sexual, del mismo modo que en los delitos de terrorismo y narcotráfico. De igual forma, en el plano procesal se han excluido el perdón del ofendido y el matrimonio subsiguiente con la víctima como causa de exclusión de la pena en delitos como la seducción, de manera tal que la pena tiene que imponerse aun cuando el autor y la víctima vivan juntos e incluso hayan regularizado su convivencia. Por otra parte, se ha establecido en el plano probatorio que el examen médico legal de la víctima no puede

practicarse sin consentimiento de la víctima, de manera que el proceso penal podría instaurarse sin la mencionada prueba médica, es decir, con la sola afirmación del agraviado.

Esta situación procesal resulta especialmente peligrosa, en la medida que reina en los tribunales nacionales una línea jurisprudencial que permite el aligeramiento de la base probatoria en los delitos sexuales. En cuanto la ejecución penal, la concesión de los beneficios penitenciarios está supeditado al informe médico y psicológico que se pronuncie sobre la evolución del tratamiento terapéutico. Y recientemente se ha establecido que a los violadores de menores de edad se les niega los beneficios penitenciarios de redención de penas por el trabajo y educación, la semilibertad y la liberación condicionales, así como el indulto, la conmutación de pena y el derecho de gracia.

4.3.4. Los delitos de corrupción

Los rasgos del Derecho penal del enemigo pueden apreciarse finalmente también en los delitos de corrupción de funcionarios. En octubre de 2004 se expidió en el Perú la Ley 28355 que reformó los diversos artículos del Código penal que regulan figuras delictivas vinculadas a la corrupción de funcionarios. Una revisión de los aspectos reformados, muestra claramente que esta reforma ha estado orientada no sólo a mejorar la configuración de los elementos típicos de los delitos vinculados a la corrupción de funcionarios, sino sobre todo a ampliar sustancialmente las penas para estos delitos.

El cohecho pasivo propio de respuesta se castiga con una pena privativa de libertad no menor de cinco ni mayor de ocho años, así como con pena de inhabilitación. El cohecho pasivo propio de propuesta aumenta el marco penal mínimo de la pena privativa de libertad a seis años. El cohecho pasivo impropio de respuesta tiene, junto a la pena de inhabilitación, una pena privativa de libertad no menor de cuatro de mayor de seis años, mientras que el cohecho pasivo impropio de propuesta la pena privativa de libertad es no menor de cinco ni mayor de ocho años. Las figuras agravadas del cohecho pueden alcanzar una pena privativa de libertad de hasta quince años. Penas igualmente elevadas se han establecido para los delitos de cohecho activo, las cuales pueden llegar, en el caso de supuestos agravados, a ocho años de pena privativa de la libertad.

De igual forma que los grupos de delitos antes vistos, los delitos de corrupción de funcionarios presentan también un adelantamiento de las barreras de protección penal. En efecto, se castiga penalmente no sólo el acto de corrupción, sino el solo tráfico de influencias con una pena privativa de libertad no menor de cuatro ni mayor de seis años, aun cuando la influencia ofrecida sea solamente simulada. La actividad procesal resulta también afectada en términos de rigurosidad con la existencia del delito de enriquecimiento ilícito, pues en estos casos la carga de la prueba se invierte en contra del procesado con la existencia objetiva de un desbalance patrimonial.

Por otra parte, el hecho de que este delito se castigue con una pena privativa de libertad no menor de cinco ni mayor de ocho años y que en los casos agravados la pena pueda llegar hasta dieciocho años de pena privativa de libertad, ponen en

evidencia que existe una forma encubierta de obligar al procesado a declarar contra sí mismo, pues la pena por el delito de peculado o cohecho pasivo le resultará mucho menor que la prevista por el solo enriquecimiento indebido.

Finalmente, los diversos beneficios penales y penitenciarios en el caso de los delitos de corrupción también se han endurecido considerablemente, Por ejemplo, la Ley 27770 estableció un régimen especial para los beneficios penales y penitenciarios por delitos graves contra la Administración Pública, en donde no sólo se excluyen beneficios penales como la conversión de pena y la reserva del fallo condenatorio a los procesados por delitos graves de corrupción de funcionarios, sino que se endurecen los requisitos para acceder a los beneficios penitenciarios. En este sentido, también en los delitos de corrupción puede constatarse esa política restrictiva en el plano de la ejecución penal que caracteriza al Derecho penal del enemigo que busca asegurar cognitivamente la inocuización del delincuente.

En conclusión podemos advertir que existe una clara expansión punitiva como una constante en la evolución del Código Penal Peruano. Debido a que hasta ahora el Código Penal constituye la principal herramienta con que cuenta el gobierno para afrontar los conflictos sociales derivados de un modelo de delincuencia que se presenta con mayor complejidad en el nivel económico, tecnológico y ambiental.

Es preciso abonar a la discusión en torno a la evolución de ese catálogo punitivo, poniendo desde ahora en entredicho las políticas legislativas que se han adoptado en el último decenio en el Distrito Federal, pues dichas políticas se han caracterizado por la creación de tipos penales cuyo objeto de protección es de

naturaleza supraindividual y cuyo contenido material es difuso, por recurrir indiscriminadamente a tipos penales de peligro abstracto, y por la tendencia a flexibilizar las reglas de imputación de la responsabilidad penal y las de naturaleza procesal.

4.4. Criterios de legitimidad en el ejercicio del ius puniendi en base a los principios garantísticos

4.4.1. Derecho penal como medio de control social

Como es sabido y sin entrar en mayores detalles, la misión fundamental del Derecho penal es la protección de aquellos intereses que son estimados esenciales para la sociedad y que permiten mantener la paz social²³⁷. Sin embargo, la cuestión es de qué forma el Estado orienta dicha misión, de manera que pueda sostenerse en pilares que le brinden legitimidad a su actuación.

Generalmente se afirma que el fin del Derecho penal se identifica con el fin de la pena, es decir, que los fines del Derecho penal deben vincularse con sus consecuencias jurídicas, a saber, las penas y las medidas de seguridad²³⁸. Aquello es discutible, pues, como se verá a continuación, el Derecho penal también interviene cuando no se imponen ni penas ni medidas de seguridad²³⁹. En efecto, también le corresponde al Derecho penal resolver en qué casos no debe intervenir

²³⁷ CERESO MIR, José (1996). *Curso de Derecho penal español*. Tomo I. Madrid: Tecnos, p. 13.

²³⁸ SILVA SÁNCHEZ, Jesús María (1992). *Aproximación al Derecho penal contemporáneo*. Barcelona: J.M. Bosch, p. 187.

²³⁹ CURY URZÚA, Enrique (2005). *Derecho Penal - Parte General*. Santiago: Ediciones Universidad Católica de Chile, pp. 37-38.

“así, no imponer una pena”, como también, precisar cuándo debe reducir la violencia estatal que va implícita en su ejercicio²⁴⁰.

La propia naturaleza del sistema procesal acusatorio, que introduce mecanismos de solución de conflictos que no suponen la imposición de una pena “así, acuerdos reparatorios, suspensión condicional del procedimiento”, lo pone de manifiesto. Mientras el sistema inquisitivo se dirige esencialmente a la búsqueda de la verdad histórica, cierta y por tanto, a cumplir a ultranza el principio de legalidad “al menos formalmente, pues la práctica dice otra cosa”, sancionando si el hecho se subsume en algún tipo penal²⁴¹, el sistema acusatorio en cambio, apunta más bien a la solución del conflicto, procurando la verdad procesal y no tanto descubrir la verdad histórica²⁴².

Lo que no quiere decir que el sistema acusatorio no se dirija en ese sentido “se exige una verdad que permita verificar la imputación a fin de destruir la presunción de inocencia”, lo que se pretende significar es que no es su único objetivo²⁴³. Es decir, el sistema acusatorio alcanza su pretensión, aun cuando no logre dilucidar la verdad absoluta, si se soluciona el conflicto y de esta forma se mantiene la paz social. Solución que, incluso, puede pasar por la no imposición de una pena, aunque el hecho históricamente sí sea un delito.

²⁴⁰ Citado por SILVA SÁNCHEZ, Jesús María (1992). *Aproximación al...* Ob. Cit., p. 188.

²⁴¹ La confesión del imputado tenía extrema importancia en un orden en el que la búsqueda de la verdad histórica, principalmente en los orígenes del sistema inquisitivo, no sólo tenía como propósito la reconstrucción de hechos que se hallaban ocultos porque así lo quería el autor “obviamente no se reconocía la presunción de inocencia” y es que además, se identificaba el delito con el pecado.

²⁴² HORVITZ LENNON, María Inés y LÓPEZ MASLE, Julián (2002). *Derecho procesal penal chileno*. Santiago: Editorial Jurídica de Chile, p. 27.

²⁴³ BOVINO, Alberto (2005). *Principios políticos del procedimiento penal*. Buenos Aires: Editores del Puerto, pp. 60-63.

Pues bien, el fin esencial, primario que justifica la presencia del Derecho penal dentro de una sociedad es su eficacia instrumental para prevenir o, mejor dicho, reducir la violencia que tiene lugar dentro de ella. Es decir, el Derecho penal como medio de control social formalizado inhibe la comisión de delitos, así como también limita, dada la respuesta que procede del Estado, la reacción informal que puede provenir de las propias víctimas frente a los autores de delitos²⁴⁴.

Por tanto, el Derecho penal se legitima en la medida que, por una parte, previene la comisión de delitos y por la otra, impide la llamada “justicia de propia mano”²⁴⁵. Ahora bien, para dicho cometido no basta pues, emplear instrumentos que apuntan a la pura intimidación, por el contrario, es preciso que dichos mecanismos correspondan a lo que la ciudadanía espera de su Derecho penal. El ejercicio del instrumento punitivo debe hallar su basamento en el consenso social²⁴⁶.

En este sentido, la función motivadora de las sentencias también cumple un importante papel de legitimación del Derecho penal. En efecto, la obligación de motivación de las sentencias resulta primordial dentro de un Estado de Derecho, dado que el control último de la actividad jurisdiccional lo tiene el pueblo. Aun cuando la exigencia de controlabilidad constituye una función burocrática, a través de los recursos, el más importante es el control democrático, pues es ejercido por la

²⁴⁴ HASSEMER, Winfried y MUÑOZ CONDE, Francisco (1989). *Introducción a la criminología y al Derecho penal*. Valencia: Tirant lo Blanch, pp. 113 y ss.

²⁴⁵ SILVA SÁNCHEZ, Jesús María (1992). *Aproximación al...* Ob. Cit., p. 181.

²⁴⁶ ZAFFARONI, Eugenio Raúl (1990). *En busca de las penas perdidas*. Bogotá: Temis, p. 75.

propia ciudadanía, que puede conocer de qué forma fue resuelto un determinado conflicto penal²⁴⁷.

En este contexto, y entendiendo que el empleo de dichos instrumentos supone el ejercicio de violencia, aun cuando sea institucionalizada, también se plantea como uno de los fines que debe perseguir el Derecho penal la reducción de ésta. En este orden, el Estado debe apreciar y valorar si el quantum de violencia que emplea “así, policía, actuación de órganos de persecución como Ministerio Público, los tribunales y las medidas que pueden decretar para hacer cumplir sus resoluciones, las penas” se relaciona con la necesaria eficacia disuasiva en su actuación.

Por tanto, si conforme a este autoanálisis se aprecia que se puede ser igualmente eficiente en la prevención de los delitos y de las reacciones informales reduciendo o eliminando el exceso de violencia, entonces debe hacerse²⁴⁸. Por lo demás, la historia del Derecho penal nos ilustra cómo el Estado se ha sometido a revisiones constantes y se ha autolimitado en sus intervenciones punitivas. Así, la menor aplicación de la pena de muerte, la reducción de las penas privativas de libertad, procesos de desincriminación o despenalización.

Tenemos pues, por un lado, el interés de reducir aquella violencia que proviene de la sociedad, ya sea a través de la comisión de delitos o de reacciones informales y por otro lado, el propósito de disminuir la que proviene del Estado y que está dirigida a enfrentar, precisamente, dicha violencia. Es decir, la propia sociedad de donde surge la violencia que se quiere limitar cede a su vez al Estado

²⁴⁷ IGARTUA SALAVERRÍA, Juan (1999). *El caso Marey. Presunción de inocencia y votos particulares*. Madrid: Editora Trotta, pp. 13 y ss.

²⁴⁸ SILVA SÁNCHEZ, Jesús María (1992). *Aproximación al...* Ob. Cit., p. 242.

el uso de otra violencia, para que, legítimamente, la enfrente. Es en este ejercicio dialéctico, como muy bien expone Silva Sánchez²⁴⁹, donde se formaliza tal medio de control social, disponiendo de ciertos principios formales y materiales, para cuya estructuración se han dedicado los últimos dos siglos.

Principios de carácter formal que permiten fundamentar la legitimidad del Estado para emplear el Derecho penal, son los principios de legalidad “nullum crimen nulla poena sine lege” y del debido proceso “nulla poena sine iudicio”. Entre los principios de carácter material pueden citarse, entre otros, los de proporcionalidad, humanidad, culpabilidad e igualdad²⁵⁰.

Nuestras reflexiones se dirigirán a los de estructura formal, y particularmente al de legalidad, considerando, como se expuso supra, la dimensión política que contiene el principio de última ratio, que sirve de orientación al legislador. Y es que si bien el principio de legalidad nos indica la forma, el instrumento a través del cual legítimamente puede actuar el Estado, a través del principio de última ratio es posible darle un contenido a dicho instrumento. Con ello no se quiere significar que este principio no tenga un papel que desempeñar respecto de aquellos de carácter material, pero al menos resulta más lejano.

4.4.2. Principios de legalidad y del debido proceso

El principio de legalidad constituye el pilar esencial de todo Derecho penal que se precie de garantista, el que, como se expuso al inicio de este trabajo, se va

²⁴⁹ SILVA SÁNCHEZ, Jesús María (1992). *Aproximación al...* Ob. Cit., p. 186.

²⁵⁰ *Ibíd.*

conformando con el triunfo de las ideas de la Ilustración²⁵¹, atribuyéndose a Feuerbach la formulación latina con que se lo conoce universalmente²⁵².

De él resulta esencial destacar su fundamento político constitucional, por cuanto al emanar la ley de un Parlamento democráticamente elegido conforma una garantía de certeza y seguridad para los ciudadanos. Precisamente, el talante democrático del que deben estar dotadas las leyes penales favorece su eficacia preventivo general, tanto positiva como negativa²⁵³, es decir, la imposición de éstas y la eventual pena que lleva consigo cuenta con el consentimiento ciudadano²⁵⁴.

Es por este motivo, que los llamados Decretos leyes, que surgen dentro de gobiernos de facto sin respaldo de un Parlamento democráticamente elegido, en estricto rigor no son leyes. Otra cosa es, sin embargo, que se apliquen por consideraciones prácticas, sobre todo, si el quiebre constitucional se ha prolongado en el tiempo, lo que no impide, claro está, una vez restablecido dicho orden su revisión e interpretación conforme a tales valores²⁵⁵.

Como destacan Marinucci y Dolcini: “Para comprender y precisar el alcance del principio de legalidad; es siempre necesario remontar a su matriz político–institucional. La matriz original, como se ha visto, se deriva de los principios del Estado liberal de Derecho, en particular con la idea que, en el cuadro de la separación de los poderes estatales, el monopolio de la potestad punitiva

²⁵¹ Art. 8 de la Declaración francesa de los Derechos del hombre y del ciudadano de 1789: “La ley sólo debe establecer penas estricta y evidentemente necesarias, y nadie puede ser castigado sino en virtud de una ley establecida y promulgada con 39 anterioridad al delito, y aplicada legalmente”.

²⁵² FEUERBACH, Anselm Von (2007). *Tratado de Derecho penal común vigente en Alemania*. Buenos Aires: Hammurabi, p. 55.

²⁵³ LUZÓN PEÑA, Diego Manuel. Ob. Cit., p. 81.

²⁵⁴ *Ibidem*.

²⁵⁵ CURY URZÚA, Enrique. Ob. Cit., pp. 171-172.

corresponde al Parlamento, que es el único poder representativo de la voluntad popular, siendo el Poder Ejecutivo expresión sólo de la mayoría parlamentaria y el Poder Judicial está privado de cualquier investidura por parte de los ciudadanos.

Con la afirmación del Estado democrático y por tanto, con la introducción del sufragio universal, el Parlamento llega a ser expresión de la voluntad de todo el pueblo: se afirma que atribuirles el monopolio de la producción de las normas penales significa asegurar “garantía de la libertad de los ciudadanos” una más fuerte legitimación política de las decisiones políticas del Estado, y una todavía más acentuada exclusión de las intervenciones del Poder ejecutivo y del Poder judicial”²⁵⁶.

Por otro lado, suele destacarse del principio de legalidad su vertiente formal, esto es, que la norma debe tener rango de ley “lex scripta” que surge del Poder Legislativo. Empero, lo que puede resultar claro desde la perspectiva del Derecho continental en que estamos insertos, puede no serlo si se examina desde la esfera del Common Law. En efecto, la cuestión es si la exigencia de que la conducta que se castiga deba ser clara y precisa y regulada con anterioridad a su comisión supone una exigencia de reserva de ley.

Estas consideraciones tienen hoy particular relevancia en el ámbito del Derecho comunitario europeo, pues para su construcción confluye un conjunto de

²⁵⁶ No obstante existir consenso acerca del fundamento democrático del principio, una de las grandes discusiones que están teniendo lugar en la Unión Europea es la falta de legitimación democrática de las normas que de sus instituciones surgen y que tienen incidencia en materias penales. CARNEVALI RODRÍGUEZ, Raúl (2001). *Derecho penal y Derecho sancionador de la Unión Europea*. Granada: Comares, pp. 150 y ss.

sistemas jurídicos diversos, lo que genera tensión en no pocas materias²⁵⁷. Asimismo, en el Derecho penal internacional, donde el derecho consuetudinario mantiene un papel fundamental en la generación de normas²⁵⁸.

Supra se puso en evidencia las diferencias que se presentan con el sistema del Common Law para entender el mandato de *nullum crimen sine lege*. Y es que aquí se apunta más bien al *nullum crimen sine iure*. Para Pagliaro, sin embargo, las diferencias entre ambos sistemas no tienen mayor importancia, pues, en definitiva, el fin último en los ordenamientos del Common law es asegurar la certeza del derecho y la garantía del ciudadano que se consigue igualmente con otros medios técnicos.

Para el autor, esta concepción como la del Derecho continental se inspiran en el ius naturalismo. Esta última antepone la tutela del hombre y del ciudadano frente a los posibles abusos del poder político, la del Common law en la exigencia de justicia material para el caso concreto. Incluso, asevera Pagliaro, los sistemas jurídicos continentales en casos de fuerte tensión política “Italia los vive permanentemente” se aplican soluciones similares a las que tendrían lugar conforme al common law²⁵⁹.

En la sentencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos, asunto *The Sunday Times*²⁶⁰, se examina el alcance de la voz ley. En el fundamento 47 señala:

²⁵⁷ *Ibíd.*, p. 185.

²⁵⁸ AMBOS, Kai (2005). *La parte general del Derecho penal internacional*. Montevideo: Fundación Konrad Adenauer, pp. 36 y ss.

²⁵⁹ PAGLIARO, Antonio (1995). *Límites a la unificación del Derecho penal europeo*. Madrid: BOE, pp. 690-691.

²⁶⁰ Sentencia de 26 de abril de 1979, caso *The Sunday Times*.

“El Tribunal constata que la palabra 'ley' en la expresión 'prevista por la ley' engloba, a la vez, tanto el Derecho escrito como el no escrito (consuetudinario). Así no da importancia al hecho de que el 'contempt of court' sea una creación del Common Law y no de la legislación. Se iría manifiestamente contra la intención de los autores del Convenio²⁶¹ si se dijese que una restricción impuesta por el Common Law no está 'prevista por la ley' con el único motivo de que no está enunciada en ningún texto legislativo: se privaría así a un Estado de Common Law, que forma parte del Convenio, de la protección del artículo 10.2 y se rompería la base de su sistema jurídico”.

En el fundamento 49 se establecen cuáles son las condiciones que debe reunir la expresión 'prevista por la ley': “La primera hace referencia a que la ley tiene que ser lo suficientemente accesible: el ciudadano tiene que disponer de patrones suficientes que se adecúen a las circunstancias de las normas legales aplicables al caso. La segunda condición se refiere a que una norma no puede considerarse ley a menos que se formule con la suficiente precisión que permita al ciudadano adecuar su conducta; debe poder prever, rodeándose para ello de consejos clarificadores, las consecuencias de un acto determinado.

Estas consecuencias no tienen necesidad de conocerse con una certidumbre absoluta: la experiencia lo revela fuera de su alcance. Además, la certeza, aunque sea muy deseable, va acompañada muy a menudo de una rigidez excesiva: el Derecho debe saber adaptarse a los cambios de situación. Así, muchas leyes sirven,

²⁶¹ Se refiere al Convenio Europeo para la protección de los Derechos Humanos y Libertades Fundamentales.

por las fuerzas de las cosas, de fórmulas más o menos vagas cuya interpretación y aplicación depende de la práctica”.

Hoy también se presentan interrogantes desde la vertiente material del principio de legalidad, es decir, en cuanto al mandato de determinación “principio de taxatividad”. En términos muy esenciales dicho mandato apunta a que las conductas y sus penas se encuentren suficientemente precisas como para brindar seguridad al ciudadano de conocer qué es lo que incrimina y cuál es su consecuencia “exigencia de tipicidad”²⁶².

No obstante tratarse de una exigencia mínima de garantía de seguridad para el ciudadano es posible apreciar en ciertas esferas la presencia de tipos penales que pondrían en entredicho tal pretensión. Suele citarse como campo paradigmático de esta “mayor imprecisión” el Derecho penal económico. Que así suceda, en todo caso, no debe extrañar, pues el dinamismo con que actúan los agentes económicos, de alguna manera exige al legislador una suerte de mayor flexibilidad al momento de precisar los tipos penales, único camino que permitiría incriminar ciertos comportamientos.

A ello debe unirse, el recurso de la técnica legislativa “no sólo en el Derecho penal económico” de las leyes penales en blanco, que implica, en algunos casos, recurrir para complementar la norma penal, a disposiciones de otros sectores e

²⁶² SILVA SÁNCHEZ, Jesús María (1992). *Aproximación al...* Ob. Cit., p. 254: “El mandato de determinación tal como lo concibe la doctrina en Alemania, tiene un doble aspecto. Por un lado, se dirige al legislador, imponiéndole la exigencia de una “lex certa”. Por otro lado, se dirige al juez, prohibiéndole básicamente la aplicación analógica de esa lex certa y obligándole, en consecuencia, a ceñirse a la “lex stricta “. En la primera vertiente reseñada, el mandato de determinación proscribire todas las leyes penales en cuya formulación no se determine con exactitud el ámbito de lo punible, ordenando redacciones lo más precisas posible de las mismas”.

incluso, a normas de rango inferior a la ley²⁶³. Sin entrar a discutir las implicancias de esta técnica, no se puede negar que su demanda obedece a necesidades de orden político criminal, que se modifican constantemente, más aún en un mundo globalizado que es particularmente complejo.

En general, pretender exigir que todo hecho sea subsumido por la ley, es decir, taxatividad absoluta, paralizaría el sistema penal, pues muchos conflictos penales no podrían ser abarcados, lo que terminaría por afectar la función preventiva que está llamado a cumplir. Por ello, que a un Derecho penal respetuoso de las garantías sólo podría exigírsele que sea lo suficientemente determinado como para comunicar al ciudadano qué es lo que castiga y limitar al juez el marco de su decisión, evitando así, la arbitrariedad judicial, ya que, en definitiva, es el juez el llamado a “precisar” la norma.

Como afirma Hassemer, si bien el postulado de la *lex certa* conforma la clásica expresión de un sistema jurídico orientado input, por el cual se pretende abarcar y controlar la realidad a través del lenguaje. Si llega a producirse una reconversión hacia una orientación output, esto es, que el legislador considere cuáles son las consecuencias de sus actos y valore los efectos empíricos de éstos, la exigencia de *lex certa* se vería seriamente amenazada, pues impondría al legislador que adopte una postura antes de que pueda valorar las consecuencias de su decisión normativa.

²⁶³ GARCÍA CAVERO, Percy (2003). *Derecho penal económico. Parte General*. Lima: Ara editores, pp. 147 y ss.

Según Hassemer, se debe buscar un equilibrio entre flexibilidad y precisión y para ello, el legislador debe contar con la lealtad de la jurisprudencia a fin de que ésta le otorgue a la norma la dirección querida por el legislador. Mediante el método ejemplificativo se procura evitar los excesos de la precisión, ya que el juez contaría con ejemplos del que puede deducir un caso. Por otro lado, impide los defectos de la flexibilidad, formulando los elementos de un modo preciso, vinculándolos a consecuencias jurídicas descritas con precisión²⁶⁴.

Conforme a lo señalado precedentemente, una menor taxatividad, no implica un Derecho penal de menor exigencia garantista. Por el contrario, partiendo de la premisa acerca de la imposibilidad de que la ley lo “comprenda todo”, son, tanto los tribunales como la ciencia los que deben cumplir una importante función de desarrollo de Derecho. Para ello, es esencial una jurisprudencia motivada y profunda conforme a una interpretación teleológica, y construcciones dogmáticas bien asentadas, que aporten una necesaria seguridad jurídica²⁶⁵.

²⁶⁴ HASSEMER, Winfried. *Fundamentos...* Ob. Cit., pp. 314-319.

²⁶⁵ BALDÓ LAVILLA, Francisco (1997). *Observaciones metodológicas sobre la construcción de la teoría del delito*. Barcelona: Bosch, p. 357.

CONCLUSIONES

1. Los principios que limitan es ius puniendi del Estado en crear nuevos tipos penales, tienen reconocimiento constitucional expreso como en los instrumentos internacionales de protección de los derechos humanos.
2. El principio de intervención mínima y el principio de intervención legalizada, ambos limitadores del poder punitivo del Estado, no perdieron vigencia, pero están siendo desplazados por otro tipo de intereses y necesidades. Ideal sería que el Estado tome una menor parte en la vida privada de sus habitantes, pero la necesidad de proteger a grupos sociales y al individuo mismo, se torna vital en el contexto global.
3. La expansión del derecho penal no es sólo una teoría, sino más bien, se está concretando en la realidad justificando el expansionismo y endurecimiento del derecho penal peruano, evidenciándose en el catálogo de delitos que continúa acrecentándose. Es decir, existe una clara expansión punitiva como una constante en la evolución del Código Penal Peruano, debido a que hasta ahora el Código Penal constituye la principal herramienta con que cuenta el gobierno para afrontar los conflictos sociales y el aumento de la criminalidad.
4. De los rasgos característicos de los delitos de terrorismo, criminalidad organizada, libertad sexual y corrupción de funcionarios en la legislación penal peruana permiten concluir que en el Perú existe indudablemente un Derecho penal del enemigo.
5. Es preciso abonar a la discusión en torno a la evolución de ese catálogo punitivo, poniendo desde ahora en entredicho las políticas legislativas que se han adoptado en el último decenio, pues dichas políticas se han caracterizado

por la creación de tipos penales cuyo objeto de protección es de naturaleza supraindividual y cuyo contenido material es difuso, por recurrir indiscriminadamente a tipos penales de peligro abstracto, y por la tendencia a flexibilizar las reglas de imputación de la responsabilidad penal y las de naturaleza procesal.

6. En la legislación penal peruana existen determinados grupos de delitos que se incardinan indudablemente en el concepto de Derecho penal del enemigo. La historia de la legislación penal especialmente represiva en nuestro país nos ha mostrado que en algunos casos se ha configurado un Derecho penal absolutamente ilegítimo por desconocer principios y garantías jurídico-penales básicos. Sin embargo, esta constatación no debe llevar a la conclusión completamente contraria de que todo endurecimiento de las condiciones de represión penal puede ser catalogado de Derecho penal del enemigo y rechazado como ilegítimo, inhumano e inconstitucional.
7. Es evidente que el paulatino, pero incesante proceso de sucesivas reformas a que ha estado sujeto el Código Penal en los últimos tiempos incide de manera directa en la procuración de justicia, que ha visto magnificada su tarea persecutoria de delitos, pues como resultado del proceso de expansión penal que afecta directamente el sistema de penas y medidas de seguridad, el juego de atenuantes y agravantes, se ha ampliado el espectro de ilicitud penal y se han relegado en la práctica los principios del debido proceso, conllevado a la crisis de las garantías del Estado de derecho, así como la quiebra de los principios político-criminales y su función límite del *ius puniendi*, propios de la concepción del Estado como Estado social y democrático de derecho.

8. Al revisar los actos punitivos que actualmente contempla la legislación penal peruana, es claro que no se respeta la orientación constitucionalmente exigible de que las penas se orienten a finalidades de reinserción, sino que se vienen utilizando con una perspectiva instrumental y utilitarista. Por ello tampoco se cumple con la exigible eficacia del derecho penal, que indiscutiblemente depende del sistema de penas.

RECOMENDACIONES

1. A nivel del parlamento, siendo el legislador quién tiene como parte de sus funciones la creación de normas penales. En su labor de creación de las normas penales debe exigírseles un análisis más estricto –respecto de los baremos para la creación de otras normas– de los supuestos que considerará delitos y de las consecuencias que deberán aplicarse.
2. A la Facultad de Derecho y Ciencia Política, exhortar a sus docentes del curso de Derecho Penal que den la importancia del caso a los principios limitadores del ius puniendi y sus implicancia en la configuración de un derecho penal democrático.
3. A la judicatura, para que el derecho penal sea eficaz, es prioritario que las penas resulten idóneas para cumplir su finalidad de prevención tanto general como especial. En esta dirección debería de analizarse si la pena prevista en cada uno de los tipos es la adecuada, tanto desde un perspectiva cualitativa (modalidad de pena que responda a las características de esa forma de criminalidad), como cuantitativa (gravedad de la pena en relación con la gravedad del hecho). Es decir, respecto del principio de proporcionalidad, tanto desde una perspectiva cuantitativa como cualitativa. Sin embargo, este aspecto tan esencial es el talón de Aquiles del legislativo.

REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS

1. ACALE SÁNCHEZ, María (2000). *El tipo de injusto en los delitos de mera actividad*. Granada: Editorial Comares.
2. ALCÁCER GUIRAO, Rafael (2004). *¿Lesión de bien jurídico o lesión de deber? Apuntes sobre el concepto material del delito*. Lima: Grijley.
3. AMBOS, Kai (2005). *La parte general del Derecho penal internacional*. Montevideo: Fundación Konrad Adenauer.
4. ASÚA BATARRITA, Adela (1990). *El pensamiento penal de Beccaria: su actualidad*. Bilbao: Fondo editorial de la Universidad de Deusto.
5. BACIGALUPO, Enrique (1984). *Manual de Derecho Penal*. Bogotá: Editorial Temis-Ilanud.
6. BACIGALUPO, Enrique (1989). *Estudios de derecho penal y política criminal*. México: Cárdenas Editor y Distribuidor.
7. BALDÓ LAVILLA, Francisco (1997). *Observaciones metodológicas sobre la construcción de la teoría del delito*. Barcelona: Bosch.
8. BECCARIA, Cesare (1976). *De los delitos y de las penas*. Madrid: Editorial Aguilar.
9. BERDUGO GÓMEZ DE LA TORRE, Ignacio (1993). *El Proyecto de Código Penal de 1992. Cuestiones de parte general*. Barcelona: Revista del Foro Canario.
10. BIANCHI, Alberto (2002). *Control de constitucionalidad*. Buenos Aires: Ábaco de Rodolfo Depalma.
11. BINDER, Alberto M (1997). *Política Criminal de la formulación a la praxis*. Buenos Aires: Ad-Hoc.

12. BLANCO LOZANO, Carlos (2007). *Tratado de Política Criminal*. Tomo II. Barcelona: Editora Boch.
13. BOVINO, Alberto (2005). *Principios políticos del procedimiento penal*. Buenos Aires: Editores del Puerto.
14. BRIONES, Guillermo (1986). *Métodos y técnicas de investigación para las ciencias sociales*. México: Editorial Trillas.
15. BUSTOS RAMÍREZ, Juan (1984). *Manual de derecho penal. Parte general*. Barcelona: Ariel.
16. BUSTOS RAMÍREZ, Juan (1986). *Introducción al Derecho Penal*. Bogotá: Editorial Temis.
17. BUSTOS RAMÍREZ, Juan (2010). “Principios fundamentales de un derecho penal democrático”. Disponible en sitio web: <http://www.cienciaspenales.org/revista%2008/Bustos08.htm>.
18. BUSTOS RAMÍREZ, Juan y HORMAZÁBAL MALARRÉE, Hernán (2004). *Nuevo Sistema de Derecho Penal*. Madrid: Trotta.
19. BUSTOS RAMÍREZ, Juan y HORMAZÁBAL MALARRÉE, Hernán (1997). *Lecciones de derecho penal*. Vol. I. Madrid: Editorial Trotta.
20. CABANELLAS DE TORRE, Guillermo (2007). *Diccionario Enciclopédico de Derecho Usual*. Buenos Aires: Heliasta Editores.
21. CARBONELL MATEU, Juan (1996). *Derecho penal: concepto y principios constitucionales*. Valencia: Tirant lo Blanch Alternativa.
22. CARBONELL, Miguel (2009). *Neoconstitucionalismo*. Madrid: Editorial Trotta.

23. CARNEVALI RODRÍGUEZ, Raúl (2001). *Derecho penal y Derecho sancionador de la Unión Europea*. Granada: Comares.
24. CEREZO MIR, José (1996). *Curso de Derecho penal español*. Tomo I. Madrid: Tecnos.
25. CIANCIARDO, Juan (2004). *El principio de razonabilidad. Del debido proceso sustantivo al moderno juicio de proporcionalidad*. Buenos Aires: Ábaco de Rodolfo Depalma.
26. CIANCIARDO, Juan (2006). *La interpretación en la era del neoconstitucionalismo. Una aproximación interdisciplinaria*. Buenos Aires: Ábaco de Rodolfo Depalma.
27. CÓRDOBA RODA, Juan (1996). “Nuevas formas de delito y principio de intervención mínima”. En: *La Ley*, N° 3, Lima.
28. CURY URZÚA, Enrique (2005). *Derecho Penal - Parte General*. Santiago: Ediciones Universidad Católica de Chile.
29. CHANAME ORBE, Raúl. “Origen y ejercicio del poder estatal” En: GUTIERREZ, Walter et al (2005). *La Constitución Comentada*. Tomo I. Lima: Gaceta Jurídica.
30. DÍEZ RIPOLLES, José Luis (1997). “El bien jurídico protegido en un Derecho penal garantista”. En: *Jueces para la democracia*, Madrid, N° 30.
31. DÍEZ RIPOLLÉS, José Luis (2007). *Estudios penales y de Política Criminal*. Lima: IDEMSA.
32. ESCOBAR FORNOS, Iván (1988). *Manual de Derecho Constitucional*, Managua: Hispamer.

33. FERRAJOLI, Luigi (1995). *Derecho y Razón. Teoría del garantismo penal*. Madrid: Editorial Trotta.
34. FERRAJOLI, Luigi (2006). *Sobre los derechos fundamentales y sus garantías*. México: Coordinadora Nacional de Derechos Humanos.
35. FERRERO COSTA, Raúl (2003). *Teoría del Estado*. Lima: Fondo Editorial de la Universidad de Lima.
36. FERRERO REBAGLIATI, Raúl (2000). *Ciencia política: Teoría del Estado y Derecho Constitucional*. Lima: Fondo Editorial de la UNMSM.
37. FEUERBACH, Anselm Von (2007). *Tratado de Derecho penal común vigente en Alemania*. Buenos Aires: Hammurabi.
38. FLORES PRADA, Ignacio (1999). *El Ministerio Fiscal en España*. Valencia: Editorial Tirant lo Blanch.
39. FOLCHI, Mario (1960). *La importancia de la tipicidad en derecho penal*. Buenos Aires: Roque Depalma.
40. GARCÍA ARÁN, Mercedes (1981). *Los criterios de determinación de la pena en el derecho español*. Barcelona: Ediciones de la Universidad de Barcelona.
41. GARCÍA CAVERO, Percy (2003). *Derecho penal económico. Parte General*. Lima: Ara editores.
42. GARCÍA CAVERO, Percy (2007). *Derecho Penal Económico. Parte General*. Lima: Grijley.
43. GARCÍA CAVERO, Percy (2012). *Derecho Penal. Parte General*. Lima: Jurista Editores.

44. GARCÍA PABLOS DE MOLINA, Antonio (1996). *Sobre el principio de intervención mínima del derecho penal como límite del Ius Puniendi*. Córdoba: Estudios Penales y Jurídicos.
45. GARCÍA-PABLOS DE MOLINA, Antonio (2000). *Derecho penal*. Madrid: Publicaciones Facultad de Derecho Universidad Complutense Madrid.
46. GARCÍA-PABLOS DE MOLINA, Antonio (2008): *Criminología: Fundamentos y principios para el estudio científico del delito, la prevención de la criminalidad y el tratamiento del delincuente*. Lima: Fondo Editorial INPECCP.
47. GASCÓN ABELLÁN, Marina y GARCÍA FIGUEROA, Alfonso (2005). *La argumentación en el Derecho*. Lima: Editorial Palestra.
48. GÜNTHER, Jakobs (1996). *Sociedad, norma y persona en una teoría de un Derecho penal funcional*. Madrid: Editora Civitas.
49. HASSEMER, Winfried (1984). *Fundamentos del derecho penal*. Barcelona: Editorial Bosch.
50. HASSEMER, Winfried (1989). “Lineamientos de una teoría personal del bien jurídico”. En: *Doctrina Penal - teoría y práctica en las ciencias penales*, N° 46/47, Buenos Aires.
51. HASSEMER, Winfried (1993). *Crisis y características del moderno derecho penal*. Valencia: Actualidad Penal.
52. HASSEMER, Winfried (1995). “Derecho penal simbólico y protección de bienes jurídicos”. En: *Pena y Estado*. Santiago: Editorial Jurídica Conosur.

53. HASSEMER, Winfried y MUÑOZ CONDE, Francisco (1989). *Introducción a la criminología y al derecho penal*. Valencia: Editorial Tirant lo Blanch.
54. HASSEMER, Winfried y MUÑOZ CONDE, Francisco (1989). *Introducción a la criminología y al Derecho penal*. Valencia: Tirant lo Blanch.
55. HEFENDEHL, Roland (2007). *El bien jurídico como eje material de la norma penal. La teoría del bien jurídico*. Madrid: Marcial Pons.
56. HERNÁNDEZ SAMPIERI, Roberto et al (2010). *Metodología de la Investigación*. México: Editorial McGrawHill.
57. HORVITZ LENNON, María Inés y LÓPEZ MASLE, Julián (2002). *Derecho procesal penal chileno*. Santiago: Editorial Jurídica de Chile.
58. IGARTUA SALAVERRÍA, Juan (1999). *El caso Marey. Presunción de inocencia y votos particulares*. Madrid: Editora Trotta.
59. JAKBOS, Günther (2001). *¿Qué protege el Derecho Penal: bienes jurídicos o la vigencia de la norma*. Mendoza: Ediciones Jurídicas Cuyo.
60. JAKOBS, Günther (1997). *Derecho Penal: Parte general. Fundamentos y teoría de la imputación*. Madrid: Marcial Pons.
61. JAKOBS, Günther (1999). *La ciencia del derecho penal ante las exigencias del presente*. Galicia: Estudios de derecho judicial.
62. JAKOBS, Günther (2003). *Derecho penal del ciudadano y derecho penal del enemigo*. Madrid: Editora Civitas.
63. JAKOBS, Günther (2003). *Sobre la normativización de la dogmática jurídico-penal*. Barcelona: Civitas Ediciones.

64. JESCHECK, Hans Heinrich (2010). *Tratado de derecho penal. Parte general*. Granada: Comares.
65. KAHLO, Michael (2007). *Sobre la relación entre el concepto de bien jurídico y la imputación objetiva en derecho penal*. Madrid: Marcial Pons.
66. LINARES, Juan Francisco (2002). *Razonabilidad de las leyes. El “debido proceso” como garantía innominada en la Constitución Argentina*. Buenos Aires: Astrea.
67. LOPERA MESA, Gloria (2005). *El principio de proporcionalidad en derecho penal*. México: Porrúa.
68. LUZÓN PEÑA, Diego Manuel (1999). *Curso de derecho penal. Parte general I*. Madrid: Universitas.
69. MALO CAMACHO, Gustavo (2005). *Derecho penal mexicano*. México: Porrúa.
70. MARTÍNEZ-BUJÁN PÉREZ, Carlos (2007). *Derecho Penal Económico y de la Empresa. Parte general*. Valencia: Tirant Lo Blanch.
71. MENDOZA BUERGO, Blanca (2001). *El derecho penal en la sociedad del riesgo*. Madrid: Civitas.
72. MESÍAS RAMÍREZ, Carlos (2004). *Derechos de la Persona /Dogmática constitucional*. Lima: Fondo Editorial del Confreso de la Republica.
73. MILL, John Stuart (1997). *En Libertad*. Barcelona: Editorial Alianza.
74. MIR PUIG, Santiago (1996). *Derecho Penal - Parte General*. Barcelona: Editorial PPU.
75. MORILLAS CUEVA, Lorenzo y RUIZ ANTÓN, Luis (1992). *Manual de Derecho Penal - Parte General*. Madrid: Editoriales de Derecho Reunidas.

76. MORILLAS CUEVAS, Lorenzo (1996). *Curso de derecho penal español*. Madrid: Marcial Pons.
77. MÜLLER-TUCKFELD, Jens (2000). *Ensayo para la abolición del derecho penal de medio ambiente*. Granada: Editorial Comares.
78. MUÑOZ CONDE, Francisco (1975). *Introducción al derecho penal*. Barcelona: Temis.
79. MUÑOZ CONDE, Francisco (1996). “El 'moderno' derecho penal en el nuevo código penal. Principios y tendencias”. En: *La Ley*, N° 3, Lima.
80. MUÑOZ CONDE, Francisco (2000). “Presente y futuro de la dogmática jurídico-penal”. En: *Revista Penal*. Valencia, N° 05.
81. MUÑOZ CONDE, Francisco y GARCÍA ARÁN, Mercedes (2002). *Derecho penal. Parte general*. Valencia: Editorial Tirant lo Blanch.
82. OLLERO TASSARA, Andrés (1996). *¿Tiene razón el derecho? Entre método científico y voluntad política*. Madrid: Publicaciones del Congreso de Diputados.
83. PAGLIARO, Antonio (1995). *Límites a la unificación del Derecho penal europeo*. Madrid: BOE.
84. POLAINO NAVARRETE, Manuel (2004). *Derecho Penal. Modernas bases dogmáticas*. Lima: Editora Grijley.
85. POLAINO NAVARRETE, Miguel (1984). *Derecho penal. Parte general*. Tomo I. Barcelona: Bosch.
86. QUINTERO OLIVARES, Gonzalo (2004). *A dónde va el derecho penal. Reflexiones sobre las leyes penales y los penalistas españoles*. Madrid: Bosch.

87. QUINTERO OLIVARES, Gonzalo (2006). *Derecho penal. Parte general*. Madrid: Marcial Pons.
88. RADBRUCH, Gustavo (1951). *Introducción a la filosofía del derecho*. México: FCE.
89. RAMOS NÚÑEZ, Carlos (2011). *Cómo hacer una tesis de derecho y no envejecer en el intento*. Lima: Editorial Grijley.
90. REYES ECHANDÍA, Alfonso (1997). *Tipicidad penal*. Bogotá: Editora Temis.
91. ROBLES TREJO, Luis (2014). *Guía metodológica para la elaboración de proyectos de investigación jurídica*. Lima: Editorial Ffecaat.
92. ROBLES TREJO, Luis et al (2012). *Fundamentos de la investigación científica y jurídica*. Lima: Editorial Fecatt.
93. RODRÍGUEZ ZEPEDA, Jesús (2001). *Estado de derecho y democracia*. México: Instituto Federal electoral.
94. ROMEO CASABONA, Carlos (2000). *La insostenible situación del derecho penal*. Granada: Editorial Comares.
95. ROXIN, Claus (1993). *Fin y justificación de la pena y de las medidas de seguridad*. Buenos Aires: Editores Del Puerto.
96. ROXIN, Claus (1997). *Derecho penal, parte general - fundamentos, la estructura de la teoría del delito*. Tomo I. Madrid: Editorial Civitas.
97. ROXIN, Claus (2000). *Política criminal y sistema del derecho penal*. Vol. 2. Buenos Aires: Hammurabi.
98. ROXIN, Claus (2005). *El legislador no lo puede todo*. México: Iter Críminis.

99. SÁNCHEZ GARCÍA DE PAZ, María Isabel (1999). *El moderno derecho penal y la anticipación de la tutela penal*. Valladolid: Publicaciones e Intercambio Científico de la Universidad de Valladolid.
100. SERNA, Pedro y TOLLER, Fernando (2001). *La interpretación constitucional de los derechos fundamentales. Una alternativa a los conflictos de derechos*. Buenos Aires: La Ley.
101. SILVA SÁNCHEZ, Jesús María (1992). *Aproximación al Derecho penal contemporáneo*. Barcelona: J.M. Bosch.
102. SILVA SÁNCHEZ, Jesús María (2001). *La expansión del derecho penal. Aspectos de la política criminal en las sociedades postindustriales*. Madrid: Editorial Civitas.
103. SOLÍS ESPINOZA, Alejandro (1991). *Metodología de la investigación jurídica social*. Lima: Editora Fecatt.
104. SOTO NAVARRO, Susana (2003). *La protección penal de los bienes colectivos en la sociedad moderna*. Granada: Editorial Comares.
105. TERRADILLOS BASOCO, Juan (2010). *Cuestiones actuales de Derecho Penal Económico y la Empresa*. Lima: Ara Editores.
106. TERRADILLOS BASOCO, Juan (2010). *Sistema penal y Estado de Derecho. Ensayos de Derecho penal*. Lima: Ara Editores.
107. TOLLER, Fernando M. “La resolución de los conflictos entre derechos fundamentales. Una metodología de interpretación constitucional alternativa a la jerarquización y el balancing test”. En: FERRER MAC-GREGOR, Eduardo (2005). *Interpretación constitucional*. México: Editora Porrúa.

- 108.VANOSI, Jorge Reynaldo (2002). *Estudios de teoría Constitucional*. México: Universidad nacional Autónoma de México.
- 109.VELÁSQUEZ VELÁSQUEZ, Fernando (1995). *Derecho Penal - Parte General*. Bogotá: Editorial Temis.
- 110.VERGARA, Francisco (1999). *Introducción a los fundamentos filosóficos del liberalismo*. Madrid: Editorial Alianza.
- 111.VILLAVICENCIO TERREROS, Felipe (2006). *Derecho Penal - Parte General*. Lima: Editora Jurídica Grijley.
- 112.VON HIRSCH, Andrew (2007). *El concepto de bien jurídico y el 'principio del daño'*. Madrid: Marcial Pons.
- 113.ZAFFARONI, Eugenio Raúl (1986). *Manual de Derecho Penal*. Tomo I. Lima: Ediciones Jurídicas.
- 114.ZAFFARONI, Eugenio Raúl (1990). *En busca de las penas perdidas*. Bogotá: Temis.
- 115.ZAFFARONI, Eugenio Raúl (1993). *Hacia un realismo jurídico penal marginal*. Caracas: Monte Ávila Latinoamericana.
- 116.ZIPPELIUS, Reinhold (1989). *Teoría General del Estado (Ciencia Política)*. México: Editorial Porrúa.