



UNIVERSIDAD NACIONAL
“SANTIAGO ANTÚNEZ DE MAYOLO”

ESCUELA DE POSTGRADO

EL DERECHO PENAL DIFERENCIADO
EN EL ÁMBITO DE LA CRIMINALIDAD ORGANIZADA
EN LA LEGISLACIÓN PERUANA

Tesis presentada para optar el grado de Doctor
en Derecho y Ciencias Políticas

MARÍA DEL CARMEN SEGURA CORDOVA

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

Huaraz – Ancash – Perú

2022

Nº. Registro: **TE0088**



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

1. Datos del autor:

Apellidos y Nombres: _____

Código de alumno: _____ Teléfono: _____

E-mail: _____ D.N.I. n°: _____

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

2. Tipo de trabajo de Investigación:

Tesis

Trabajo de Investigación

Trabajo Académico

3. Trabajo de Investigación para optar el grado de:

4. Título del trabajo de Investigación:

5. Escuela: _____

6. Programas: _____

7. Asesor:

Apellidos y nombres _____ D.N.I n°: _____

E-mail: _____ ID ORCID: _____

8. Referencia bibliográfica: _____

9. Tipo de acceso al Documento:

Acceso público* al contenido completo. Acceso

restringido** al contenido completo

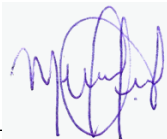
Si el autor eligió el tipo de acceso abierto o público, otorga a la Universidad Santiago Antúnez de Mayolo una licencia no exclusiva, para que se pueda hacer arreglos de forma en la obra y difundirlo en el Repositorio Institucional, respetando siempre los Derechos de Autor y Propiedad Intelectual de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

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



10. Originalidad del archivo digital

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



Firma del autor

11. Otorgamiento de una licencia *CREATIVE COMMONS*

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



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

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


12. Para ser verificado por la Dirección del Repositorio Institucional

Fecha de Acto de sustentación:

Huaraz,

Firma:




Varillas Wiliam Eduardo
Asistente en Informática y Sistemas
- UNASAM -

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

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



UNIVERSIDAD NACIONAL
"SANTIAGO ANTUNEZ DE MAYOLO"
ESCUELA DE POSTGRADO

ACTA DE SUSTENTACION DE TESIS

Los miembros del Jurado de Sustentación de Tesis Doctoral, que suscriben, reunidos en la Sala de Audiencias de la Facultad de Derecho y Ciencias Políticas, de la Universidad Nacional "Santiago Antúnez de Mayolo" para calificar la sustentación de la Tesis **Doctoral** presentada por la:

Magister: **MARIA DEL CARMEN SEGURA CORDOVA**

Título : **"EL DERECHO PENAL DIFERENCIADO EN EL ÁMBITO DE LA CRIMINALIDAD ORGANIZADA EN LA LEGISLACIÓN PERUANA"**

Después de haber escuchado la sustentación y las respuestas a las preguntas y observaciones finales, lo declaramos:

APROBADO, con el calificativo de DIECISEIS (16)

De conformidad al Reglamento General a la Escuela de Postgrado y al Reglamento de Normas y Procedimientos para optar los Grados Académicos de Maestro y Doctor, queda en condición de ser aprobado por el Consejo de la Escuela de Postgrado y recibir el Grado Académico de DOCTOR en DERECHO Y CIENCIAS POLÍTICAS a otorgarse por el Honorable Consejo Universitario de la UNASAM.

Huaraz, 11 de diciembre del 2021


Ph.D. Félix Claudio Julca Guerrero
PRESIDENTE


Dr. Ricardo Robinson Sánchez Espinoza
SECRETARIO


Dr. Luis Wilfredo Robles Trejo
VOCAL

MIEMBROS DEL JURADO

Doctor

Félix Julca Guerrero

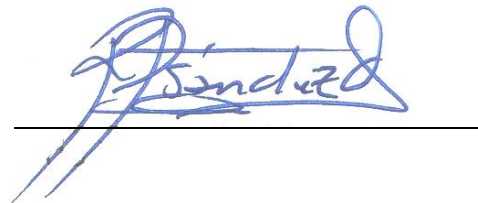
Presidente



Doctor

Ricardo Sánchez Espinoza

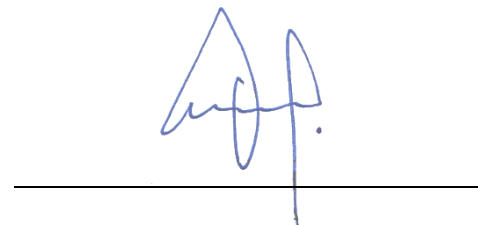
Secretario



Doctor

Luis W. Robles Trejo

Vocal



ASESOR

Doctor Luis Wilfredo Robles Trejo



AGRADECIMIENTO

A Dios, por darme la oportunidad de vivir y por estar conmigo en cada paso que doy, por fortalecer mi corazón e iluminar mi mente y por haber puesto en mi camino a aquellas personas que han sido mi soporte y compañía durante todo el periodo de estudio.



DEDICATORIA

Dedico el presente trabajo a mí esposo Carlos Enrique, quien me brindó su apoyo constante para que pudiera terminar el grado. A mis hijos Daniela, Álvaro y Mateo por ser mi fuente de motivación para poder superarme cada día más. A mi mama Luzmila y hermanas Flor de María y María Teresa.



INDICE

	Página
Resumen	vi
Abstract	vii
INTRODUCCIÓN	1-6
Objetivos	5
Hipótesis.....	6
Variables.....	6
II. MARCO TEÓRICO	7-49
2.1. Antecedentes	7
2.2. Bases teóricas	13
2.2.1. Bases filosóficas, epistemológica y metodológica de la investigación.....	13
2.2.2. Justificación teórica o jurídica.....	23
2.3. Definición de términos	47
III. METODOLOGÍA	50-54
3.1. Tipo y diseño de investigación	50
3.2. Plan de recolección de la información y/o diseño estadístico	51
3.3. Instrumentos(s) de recolección de la información.....	52
3.4. Plan de procesamiento y análisis estadístico de la información	53
IV. RESULTADOS	55-102
4.1. Crisis del Derecho penal tradicional ante el apareamiento de nuevos fenómenos.....	55
4.2. Características del Derecho penal moderno y sus criticas	59

4.3. Relativización de las críticas a la “expansión del Derecho penal”	71
4.4. El ius puniendi del Estado y las nuevas orientaciones de orden político-criminales	80
4.5. Ley N° 30077 – Ley contra el crimen organizado.....	85
4.6. Los cuatro grados de las organizaciones criminales	98
V. DISCUSIÓN.....	103-155
VI. CONCLUSIONES	156-157
VII. RECOMENDACIONES.....	158-159
VIII. REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS	160-167
ANEXO: Matriz de consistencia.....	168



RESUMEN

La finalidad de la presente investigación fue determinar los alcances y riesgos del derecho penal diferenciado en el ámbito de la criminalidad organizada en la legislación peruana. Para ello se realizó una investigación dogmática-Jurídica, cuyo diseño metodológico fue no experimental, transversal, explicativo. empleándose la técnica documental y análisis de contenido; mientras que para el análisis de los datos y la validación de la hipótesis se empleó la técnica del análisis cualitativo y la argumentación jurídica. Se obtuvo como resultado que la lucha contra el crimen organizado está derivando en un modelo diferenciado de derecho penal: por un lado, el sistema clásico de derecho penal y por otro, los excepcionales de lucha contra es nuevo tipo de criminalidad, caracterizados fundamentalmente por la restricción de algunos principios y garantías, así como por la flexibilización de algunas de las reglas de imputación de la responsabilidad penal, todo en aras de facilitar la prevención y represión de los delitos. Concluyendo que el modelo diferenciado en el ámbito de la criminalidad organizada esta fundado en el expansionismo penal y el derecho penal del enemigo, conduciendo a la ampliación o agravación de tipos tradicionales y agravamiento de las penas. Así, las violaciones de derechos y garantías fundamentales del ciudadano que cada vez más se presentan en el centro del “nuevo” Derecho Penal, caracterizado por la implementación de un modelo de Derecho Penal máximo, diferenciador y de emergencia.

Palabras clave: Derecho Penal, Modelo diferenciado, Criminalidad organizada. Legislación penal.

ABSTRACT

The purpose of this investigation was to determine the scope and risks of differentiated criminal law in the field of organized crime in Peruvian law. For this, a dogmatic-legal investigation was carried out, whose methodological design was non-experimental, transversal, explanatory. using the documentary technique and content analysis; while for the analysis of the data and the validation of the hypothesis, the technique of qualitative analysis and legal argumentation was used. It was obtained as a result that the fight against organized crime is leading to a differentiated model of criminal law: on the one hand, the classic system of criminal law and on the other, the exceptional fight against this new type of crime, fundamentally characterized by the restriction of some principles and guarantees, as well as the relaxation of some of the rules for imputation of criminal responsibility, all for the sake of facilitating the prevention and suppression of crimes. Concluding that the differentiated model in the field of organized crime is based on criminal expansionism and the criminal law of the enemy, leading to the expansion or aggravation of traditional types and aggravation of penalties. Thus, the violations of rights and fundamental guarantees of the citizen that are increasingly presented at the center of the "new" Criminal Law, characterized by the implementation of a model of maximum, differentiating and emergency Criminal Law.

Key Words: Criminal Law, differentiated model, organized crime. Criminal legislation.

I. INTRODUCCIÓN

La globalización económica y la integración supranacional registrada desde la segunda mitad del siglo XX hasta nuestros días, son dos de los aspectos más característicos de la época a la cual asistimos. Aunadas a las grandes ventajas que traen estos fenómenos en materia de movimiento de capitales, comunicaciones, accesos a recursos tecnológicos, etc., vienen insertos problemas y riesgos no deseables por las sociedades, como la criminalidad transnacional.

Esta criminalidad nacida del proceso de la globalización, y comprendida como un fenómeno indeseado del mercado, ocasiona que surjan demandas sociales dirigidas a los Estados para su control o erradicación eficaz. No obstante, al ser considerada la delincuencia organizada ya no como un problema de orden interno de cada Estado particularmente comprendido sino como una preocupación de carácter global, se sobreentiende la necesidad de una actividad conjunta de los Estados para enfrentar el fenómeno, materializada en una progresiva unificación supranacional del derecho.

Por otro lado, la adopción de la Convención de las Naciones Unidas contra la Delincuencia Transnacional (Convención de Palermo) marcó la formalización de la definición de un nuevo problema público de escala global: el crimen organizado transnacional. Así, a pesar de que la transnacionalización de fenómenos criminales no es reciente, sí lo es su priorización como una de las principales amenazas globales del siglo XXI. Esta agenda global llevó a que los países signatarios de la Convención de Palermo adoptaran legislaciones específicas en la materia y priorizaran este combate en sus fronteras.

En el Perú, la legislación sobre crimen organizado (Ley 30077) fue adoptada en 2013. Esta ley creó una categoría procesal específica relacionada a los delitos cometidos por organizaciones criminales con determinadas características, y definió técnicas especiales de investigación adaptadas a la complejidad de estos delitos. La puesta en operación de esta ley fue progresiva, pero su uso se ha intensificado a partir de 2016.

En dicho año, el Gobierno peruano entrante priorizó la lucha contra el crimen organizado a través de la implementación de megaoperativos policiales destinados a la captura y desarticulación de organizaciones criminales. Esta estrategia marcó un cambio en el lugar que el crimen organizado ocupaba en la política de seguridad, y tuvo resultados operativos y mediáticos de impacto, principalmente con relación a la contención del uso de la fuerza para el combate contra el crimen organizado y al uso intensivo de estrategias de inteligencia policial.

Si bien la medición del crimen organizado en este ámbito es compleja, algunos indicadores permiten aproximarnos al panorama general del accionar de estas organizaciones y su concentración territorial. Así, por ejemplo, según el Instituto Nacional de Estadística e Información (2018), las ciudades costeñas presentan mayor cantidad de víctimas por sicariato; mayores tasas de denuncias por extorsión, según el Ministerio Público (2018), y altas tasas de homicidio calificado, en comparación con el resto del país. Asimismo, de acuerdo con los informes estadísticos del Instituto Nacional Penitenciario (2019), más de la mitad de los internos por el delito de extorsión en todo el país se encuentran en los establecimientos penitenciarios de Lima y Trujillo. Esto contribuye a una

caracterización de algunas ciudades de la costa norte como violentas y peligrosas en la prensa y en el imaginario colectivo.

Por ello, la idea de que la delincuencia organizada obedece a una categoría criminal especial frente a otros fenómenos de delincuencia clásica traza los contornos de la necesidad de establecer excepciones al sistema de derechos y garantías de los imputados y condenados con la finalidad de facilitar la demostración de la responsabilidad penal y, en consecuencia, la prevención y represión del fenómeno.

En ese sentido, la creciente tendencia a endilgar mayor responsabilidad al derecho penal para satisfacer las demandas de seguridad de la sociedad, si bien se viene generando en forma desmedida, no puede ser desestimada simplemente bajo el amparo de la invocación a los principios de última ratio e intervención mínima, pues esto se traduce en una renuncia a la trascendente labor social que el Derecho penal debe cumplir como mecanismo de control social, con ello se legitima el Derecho penal del Enemigo y el uso de un derecho penal diferenciado para ciertos tipos penales, como el crimen organizado.

Por lo que, las estrategias de lucha empeladas por el Estado peruano contra fenómenos como la criminalidad organizada a través del derecho penal no constituyen simplemente mecanismos cuestionables para el mantenimiento de la estructura social y el normal funcionamiento del Estado de derecho, sino que, como señala Sotomayor Acosta, presentan la paradoja de ser “un arma de guerra –y en tal sentido es un derecho ilegítimo– que, como todas, se utiliza para aniquilar o en todo caso vencer al adversario; pero, también, al mismo tiempo, es una herramienta

necesaria en la construcción de un proyecto de ciudadanía, en cuanto mecanismo de protección de los derechos del individuo”¹

Así mismo, las formas de crimen organizado, en el sentido de una corporación criminal para delinquir, es la nota esencial con la cual se presentan las organizaciones criminales complejas, que no se reducen a una sola área del delito y ante cuya necesidad de contención han surgido instrumentos específicos para darles respuesta desde una perspectiva normativa diferente, como es crear un tipo penal autónomo, uso de las técnicas especiales de investigación, la justificación de la flexibilización de garantías penales en favor de la lucha contra la criminalidad organizada, la legitimación del derecho penal del enemigo, en suma la creación de un derecho penal diferenciado.

En ese sentido, el trabajo de investigación se encuentra estructurado, de la siguiente manera: La introducción, donde se recoge el planteamiento del problema, los objetivos y la hipótesis. El marco teórico, que comprende el estudio de los antecedentes de la investigación y las bases teóricas jurídicas que justifican nuestro problema de investigación y por otro lado dan sustento al trabajo de investigación en general. Asimismo, la metodología empleada, seguidamente, los resultados, en donde a fin de conocer la opinión de los operadores jurídicos y abogados se aplicó una encuesta con la finalidad de conocer sus punto de vista respecto al problema de investigación planteado, y de esa forma determinar los problemas. Luego se procedió a la discusión, que consistió en determinar, a través de una apreciación

¹ SOTOMAYOR, Juan Oberto. (2007). *Los estragos de la lucha contra la criminalidad organizada en el sistema penal: El caso colombiano*. Medellín, p. 29. Disponible: http://perso.unifr.ch/derechopenal/assets/files/articulos/a_20180508_02.pdf

crítica; es decir si la teoría está o no funcionando convenientemente. Se incluye, finalmente, las conclusiones al que se han arribado, las recomendaciones del caso, y las referencias bibliográficas citadas y consultadas en el proceso de investigación.

Objetivos de investigación

Objetivo general

Determinar los alcances y riegos del derecho penal diferenciado en el ámbito de la criminalidad organizada en la legislación peruana.

Objetivos específicos

a) Describir la justificación dogmática y político criminal de la existencia de un modelo de derecho penal diferenciado en el ámbito de la criminalidad organizada.

b) Explicar cómo la modernización del derecho penal y las demandas derivadas de la denominada sociedad del riesgo vienen influyendo en la configuración de un modelo de derecho penal diferenciado en el ámbito de la criminalidad organizada.

c) Analizar los riesgos que presenta la existencia de un modelo de derecho penal diferenciado en el ámbito de la criminalidad organizada en la legislación peruana.

d) Establecer las consecuencias que vienen experimentando la presencia de un modelo de derecho penal diferenciado en el ámbito de la criminalidad organizada en la legislación peruana.

Formulación de hipótesis

El derecho penal diferenciado en el ámbito de la criminalidad organizada se muestra como un modelo diferenciado de derecho penal que implica, caracterizado fundamentalmente por la ampliación o agravación de tipos penales tradicionales, restricción de algunos principios y garantías, así como por la flexibilización de algunas de las reglas, así como a plantear la responsabilidad penal de las personas jurídicas; en consecuencia, el modelo diferenciado se ha ido configurando de la mano de las denominadas propuestas de modernización del derecho penal, acorde con las demandas derivadas de la denominada sociedad del riesgo.

Variables

Variable Independiente (X):

El derecho penal diferenciado

Variable Dependiente (Y):

Criminalidad organizada

II. MARCO TEORICO

2.1. Antecedentes

A. A nivel internacional

Se han podido encontrar los siguientes trabajos: **ESPERANZA ALVARADO, Mayén (2009)**. Tesis titulada: “Análisis Jurídico de la Criminalidad Económica, del Error de Tipo del Delito de Lavado de Activos Regulados en el Código Penal Vigente en Guatemala”, elaborada para obtener el grado de académico de Licenciada en Ciencias Jurídicas y Sociales y los títulos profesionales de Abogada y Notaria, en la Universidad de San Carlos de Guatemala, Guatemala. El presente trabajo trata sobre un tema propuesto que resulta de gran interés y actualidad, dado que a través del análisis jurídico que se hace del error de tipo del delito de lavado de activos, se pone al descubierto la problemática emergente de la errónea tipificación del delito de lavado de activos. Cuyo objeto de esta tesis es el análisis y la discusión de la criminalidad económica, del error de tipo del delito de lavado de activos, regulados en la legislación financiera penal vigente en Guatemala, partiendo del criterio jurídico sobre la importancia del derecho económico y la trascendencia internacional de la criminalidad organizada. Asimismo, comprobar que debido al error de tipo contenido en el delito de lavado de activos de la legislación penal guatemalteca, se impide la persecución penal y condena de los delitos de criminalidad económica.

MARTÍNEZ MARTÍNEZ, José (2015). Tesis titulada: “Estrategias Multidisciplinarias de Seguridad para prevenir el Crimen Organizados”, elaborada para optar el grado de Doctor en Seguridad y Prevención, en la Universidad

Autónoma de Barcelona, Barcelona. El trabajo trata sobre las organizaciones de crimen organizado, y que estas realizan acciones que convulsionan las sociedades donde están integradas. Entre las más significativas nos encontramos con problemáticas como el narcotráfico en Colombia y en los otros países Iberoamericanos, con situaciones políticas y económicas como la caída del muro de Berlín con la Descomposición de la Unión Soviética, y la fragmentación de la antigua Yugoslavia, o los Estados fallidos de África y Asia. Todo este contexto social, económico e histórico nos permite identificar los focos más visibles del crimen organizado a finales del siglo XX y a principios del siglo XXI, convirtiéndose en un grave problema para la seguridad nacional e internacional.

MORERA ARAYA, Jorge Andrés (2010). Tesis titulada: “Análisis crítico del fenómeno del crimen organizado, a la luz de la aprobación de la Ley contra la Delincuencia Organizada en Costa Rica”, elaborada para optar el título de Máster en Criminología con Énfasis en Seguridad Humana, en la Universidad para la Cooperación Internacional, San José. El presente trabajo discurre sobre el fenómeno de la delincuencia organizada, la cual reviste especial relevancia en la sociedad actual, en virtud de los alcances que ha tenido su transnacionalización y tecnificación en diferentes naciones, producto de las mismas condiciones impuestas por el sistema económico de la globalización. Ante esta situación, el abordaje con el que se ha querido enfrentar esta problemática, justifica un manejo exclusivamente punitivo de la criminalidad considerada como “organizada”. Incluso, va más allá, al partir de una especie de “lucha abierta” de cara a un “nuevo enemigo” de la sociedad, en el cual, el fin de su erradicación justifica cualquier medio. Precisamente, este trabajo brinda un acercamiento de este particular

abordaje y el dilema que representa su adopción para al Estado de derecho, tanto a nivel nacional como internacional.

LOPEZ MUÑOZ, Julián (2014). Tesis titulada: “Criminalidad Organizada: La Mafia Rusa y la Implantación en España”, elaborada para optar el título de Doctor, en la Universidad Nacional de Educación a Distancia, Madrid. El presente trabajo de investigación que se inicia con el estudio de parámetros criminológicos y avanza hacia planteamientos jurídicos para ahondar en el fenómeno social que es la criminalidad, y en el proceso de criminalización que han llevado a cabo estratos sociales de regímenes políticos diferenciados como fueron el imperio ruso, la novedosa democracia popular basada en principios ideológicos marxistas leninistas, y la posterior pseudo-democracia nacida de la anarcoeconomía surgida tras el derrumbamiento de la Unión de Repúblicas Socialistas Soviéticas. Esto era visto como “delitos de cuello blanco” en los que participaron políticos y administraciones que a través de su influencia lograron metas irrealizables para la mayoría de los ciudadanos, delitos generalmente poco castigados en las legislaciones penales y de difícil investigación procesal. La investigación analiza, además de tipologías, conceptos como delincuencia organizada, o criminalidad organizada. Analiza el establecimiento en España de los dirigentes de las organizaciones criminales y el Estado mediante funcionarios, fiscales y Poder judicial llevaron a cabo para poner fin a las penetraciones políticas, sociales y económicas que representaban una amenaza para la estabilidad misma del Estado Democrático y de Derecho.

CABRERA CARRERA, Rafael Uriel (2013). Tesis titulada: “La Geopolítica del Crimen Organizado Transnacional y el papel de los Cártels Mexicanos en las Primeras Décadas de los siglos XXI”, elaborada para Optar el

grado de Maestro en Estudios Internacionales, en la Universidad Nacional Autónoma de México, Ciudad de México. El presente trabajo trata sobre los constantes cambios que produce la globalización; no solo se producen interrelaciones sociales de índole económica, sino que se presentan en distintos ámbitos como lo son el político, social, tecnológico y cultural. Las organizaciones mexicanas tienen relaciones de cooperación y asistencia con otros grupos criminales, para hacer posible su posición en mercados de otras latitudes, así como allegarse de insumos necesarios para mantener sus actividades de distribución de drogas ilícitas en los Estados Unidos. El trabajo aporta también a las Relaciones Internacionales, un estudio geopolítico aplicado al crimen organizado y pondrá énfasis en el caso mexicano, de tal forma que se tomen en cuenta a los factores geográficos como determinantes de las relaciones de poder entre las organizaciones delictivas; así como sus efectos sociales.

B. A nivel nacional

Se han podido encontrar los siguientes trabajos: **MENESES OCHOA, Meneses Ochoa (2015)**. Tesis titulada: “Procedimiento para Investigar y Sancionar Delitos Flagrantes Respuesta a la Criminalidad”, elaborada para optar el Título profesional de abogado, en la Universidad de San Martín de Porras, Lima. El presente trabajo de investigación trata sobre la necesidad de brindar respuestas respecto a nuevas figuras como la criminalidad organizada, altos índices de criminalidad que ocasionan inseguridad ciudadana, el debilitamiento del sistema de administración de justicia, entre otros. En este orden de ideas, la reforma procesal penal tiene como objeto establecer un nuevo modelo de procesal penal que sea eficiente y que respete los derechos y garantías de los procesados. Teniendo en

cuenta los altos índices de criminalidad que ocasionan inseguridad ciudadana y sobre carga procesal, resulta conveniente seguir buscando nuevas formas más céleres y eficaces que se ajusten a la realidad actual y permitan brindar soluciones a la sociedad. Ante ésta problemática, teniendo como inspiración legislaciones internacionales, hemos elaborado una propuesta normativa para los casos sobre delitos flagrantes con el objeto de que se tramiten en pocos días, incluso 8 horas; sustentando su implementación desde la óptica de una inversión económica sostenible por parte del Estado.

BAZUL TORERO, Manuel A. (1999). Tesis titulada: “Criminalidad, Crimen Organizado y Violencia en el Perú”, elaborada para obtener el grado académico de Doctor en Derecho, en la Universidad Inca Garcilaso de la Vega, Lima. El presente trabajo versa sobre la criminalidad, el crimen organizado y la violencia en el Perú, como en otros países, tienen varias expresiones, niveles y tendencias, entre ellas el Para entender mejor el problema se hace un recuento de los factores que lo agravan, a los que se suma la debilidad de las instituciones para hacer cumplir la ley. Pero, a la vez, existen en él la mayoría de los factores que en otros lugares han llevado la situación a niveles casi incontrolables. Se necesita una serie de medidas para fortalecer el combate a la criminalidad y la violencia, que necesitan ser ejecutadas o fortalecidas. Las políticas de seguridad no se agotan en la reducción de violencia y criminalidad, sino que además debe existir un foco que permita el mejoramiento 13 institucional, la creación de capacidades y la formulación de estrategias que permitan el buen desarrollo de las iniciativas que se llevan a cabo en el sector. La convicción apunta a que un mejor conocimiento del

fenómeno – a través de diversos instrumentos-, permitiría acciones que respondan a su complejidad.

C. A nivel local

Revisadas las tesis en la EPG de la UNASAM se han podido encontrar trabajos de investigación relacionados al tema.

CASTRO CALLE, Wilder Rogger (2016) “La legitimación de los discursos de emergencia y la tendencia hacia un derecho penal del enemigo en el Perú”. Tesis para optar el grado de Magister en Derecho, mención Ciencias Penales. Universidad Nacional de Ancash Santiago Antúnez de Mayolo. Huaraz. La presente investigación tuvo por finalidad analizar el tratamiento dogmático, jurisprudencial y normativo de los discursos de emergencia y la tendencia hacia un derecho penal del enemigo en el Perú; para lo cual se investigó respecto a la justificación de los discursos de emergencia y la tendencia hacia un derecho penal del enemigo; las manifestaciones del discursos de emergencia y del derecho penal del enemigo en la legislación penal, relación de los discursos de emergencia y del derecho penal del enemigo frente a las garantías y derechos constitucionales; legitimación de las manifestaciones del discurso de emergencia y del derecho penal del enemigo en el marco del derecho penal garantista; y el discurso de emergencia y la tendencia hacia un derecho penal del enemigo si están siendo eficaces ante el aumento de la criminalidad en el Perú.

2.2. Bases teóricas

2.2.1. Bases filosóficas y epistemológicas de la investigación

Partiendo del carácter científico del derecho es indudable la relación que existe con los paradigmas jurídicos entendido como modelos teóricos que permiten no solo identificar los problemas sino la forma como lo pretende resolverlos, es decir son aquellos lentes con lo cual se observara y analizará la realidad objeto de estudio; en consecuencia, la presente investigación encuentra su justificación filosófica y epistemológica en dos paradigmas² jurídicos: el Positivismo Jurídico³ y Paradigma crítico⁴.

Thomas Kuhn, en 1962 publica, con el nombre de *The Structure of Scientific Revolutions* (La Estructura de las Revoluciones Científicas) un libro que se ha convertido en un clásico sobre el problema de los cambios en el conocimiento de las Ciencias, su primera edición en español data del año 1971.

La inmensa divulgación que ha tenido esta publicación es valiosa para el desarrollo de la ciencia, de contenido muy polémico y de obligada referencia en el mundo académico para el estudio de la teoría del conocimiento científico.

² KUHN, Thomas (1996). *La Estructura de las Revoluciones Científicas*. Bogotá: Fondo de Cultura Económica, p. 13.

³Ver: BOBBIO, Norberto (2007). *El problema del positivismo jurídico*. México: Editorial Fontamara.

⁴ Cfr. ALBERTO RAMOS, Carlos (2015). *Los paradigmas de la investigación científica*, Lima: UNIFE.

Afirma Kuhn que "Considero que éstos [los paradigmas], son logros científicos universalmente aceptados que durante algún tiempo suministran modelos de problemas y soluciones a una comunidad de profesionales".⁵

Así, el desarrollo científico está marcado por cambios profundos, revolucionarios, que ocurren no sólo en el nivel de contenidos de las teorías, sino también en el de las prácticas, los objetivos, las normas de procedimiento y los criterios de evaluación. Así, introduce la dimensión histórica en el análisis de la investigación científica que, a su vez, remite a la dimensión social de su quehacer⁶.

Este giro, además de abrir derroteros en el estudio de la ciencia, obligó a revisar los modelos clásicos desde los análisis filosóficos de métodos y criterios utilizados en la investigación. En suma, renovó la discusión sobre la racionalidad, el relativismo, la verdad y el realismo en la ciencia, así como sobre la relación entre el conocimiento científico y el mundo.

En consecuencia, Kuhn en su manera de ver el proceso del conocimiento "se aleja de la rigidez del saber acumulativo para abrir la posibilidad de crear paradigmas nuevos, que permitan ver de distinta manera los mismos lugares del mundo del conocimiento"⁷.

Así, le da una nueva fundamentación epistemológica a la investigación cuando plantea una relación diferente entre el investigador y lo investigado.

⁵ KUHN, Thomas (1996). Ob. cit. pp. 14-15.

⁶ ALBERTO RAMOS, Carlos (2015). *Los paradigmas de la investigación científica*, Lima: UNIFE, p. 16.

⁷ KUHN, Thomas (1996). Ob. cit. p. 20.

Por todo esto, la actitud innovadora de adoptar un paradigma implica una postura reflexiva ante la naturaleza de las cosas, que sólo se logra al detectar las coyunturas que él llama anomalías y deviene crisis creadora que conduce a la verdadera revolución científica.

2.2.1.1. El positivismo jurídico como paradigma jurídico

El paradigma iusfilosófico que se empleó para justificar y delimitar el contenido de la presente investigación fue desarrollada bajo el paradigma del Positivismo jurídico⁸ por tener correspondencia entre el problema y los argumentos sobre los que se desarrolla dicha concepción iusfilosófica. En general, con la expresión «positivismo jurídico», se alude a aquel derecho «puesto», «producido» o «establecido» por actos humanos y que puede ser identificado mediante criterios ajenos a la moral. Es probablemente la concepción más extendida en la teoría del derecho del siglo XX.⁹

El positivismo jurídico cobra importancia vigencia al ser un marco teórico dominante en el mundo jurídico. Para el positivismo jurídico, los juicios morales son relativos y subjetivos, ya que se puede demostrar la validez de los juicios morales y la invalidez de otros; sostiene que todo derecho positivo es justo por el hecho de ser derecho positivo, sin importar su contenido de acuerdo con el sistema moral¹⁰.

⁸ Ver: BOBBIO, Norberto (2007). El problema del positivismo jurídico. México: Editorial Fontamara, y BULYGIN, Eugenio (2006). *El positivismo jurídico*. México: Editorial Fontamara,

⁹ ATIENZA, Manuel (2013). *Curso de Argumentación Jurídica*. Editorial Trotta, Madrid, p. 24.

¹⁰ KELSEN, Hans (1982). *Teoría Pura del Derecho*. México: Universidad Nacional Autónoma de México.

El positivismo jurídico aplica la pureza del método para delimitar el campo normativo del Derecho, eliminando los elementos extraños: sociológicos, históricos, psicológicos, políticos, ampara la teoría de la exclusividad del derecho positivo, es monista o unidimensional.

Uno de sus representantes más reconocidos es Hans Kelsen, para quien su Teoría Pura del Derecho constituye una teoría sobre el derecho positivo. En cuanto teoría pretende «exclusiva y únicamente» dar respuesta a la pregunta sobre qué es el derecho y no cómo debe ser, es decir, busca «liberar a la ciencia jurídica de todos los elementos que le son extraños», pues, «de manera enteramente acrítica, la jurisprudencia se ha confundido con la psicología y la sociología, con la ética y con la teoría política»¹¹

En cuanto a su teoría de la norma jurídica, para Kelsen el derecho es norma, pero, sobre todo, es un fenómeno coactivo que surge de la propia estructura de la norma jurídica. Por ello, para él la norma jurídica es un juicio hipotético del tipo: «Si se realizan ciertas condiciones entonces debe ser imputada la sanción».

Otro concepto importante en la teoría del derecho kelseniana es aquel sobre el concepto de validez de la norma jurídica. Según este autor, una norma jurídica es válida solo si es producida por un órgano que ha sido autorizado conforme a otra norma a la que se encuentra jerárquicamente subordinada. Es

¹¹ Ibid., p. 15. Al respecto Kelsen sostiene que «si, bajo el presupuesto de valores puramente relativos, se formula la exigencia de que, en general, se distinga al derecho de la moral y, en especial, al derecho de la justicia, ello no quiere decir, por acaso, que el derecho nada tenga que ver con la moral o con la justicia; no quiere decir que el concepto de derecho no se subordine al concepto del bien.

este punto uno de los que ha sido frecuentemente criticado por los iusnaturalistas y antipositivistas, pues para Kelsen la validez de una norma jurídica solo es apreciada desde un punto de vista formal, de modo tal que dicha norma jurídica podría regular «cualquier contenido» que decidiera la respectiva autoridad encargada de dictarla¹².

Actualmente, resulta muy extendida la idea según la cual la manera más adecuada de entender al positivismo jurídico es identificándolo con la tesis de que no existe relación conceptual entre derecho y moral. Esta tesis de la separación entre derecho y moral sería la propia por lo menos del positivismo jurídico entendido como método y de ella se sigue que el derecho puede ser descripto sin recurrir a valoraciones morales¹³.

En ese sentido, la comprensión del positivismo jurídico como método requiere no sólo tener en cuenta el concepto de derecho separado de la moral sino también la concepción de la dogmática jurídica para la que esto se propone como un criterio metodológico.

La relevancia que tiene cierto tipo de modelo de dogmática jurídica en el positivismo jurídico entendido como método muchas veces no es tenida en

¹² Kelsen sostiene que «una norma jurídica no vale por tener un contenido determinado; es decir, no vale porque su contenido pueda inferirse, mediante un argumento deductivo lógico, de una norma fundante básica presupuesta, sino por haber sido producida de determinada manera, y, en última instancia, por haber sido producida de determinada manera por una norma fundante básica presupuesta. Por ello, y solo por ello, pertenece la norma al orden jurídico, cuyas normas han sido producidas conforme a esa norma fundante básica. De ahí que cualquier contenido que sea, puede ser derecho. No hay comportamiento humano que, en cuanto tal, por lo que es como contenido, esté excluido de ser el contenido de una norma jurídica. (...). KELSEN, Hans. *Teoría Pura del Derecho*. Op. cit., p. 205.

¹³ En tal sentido, por ejemplo, GARCÍA FIGUEROA, Alfonso (1998). *Principios y positivismo jurídico*, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, p. 56.

cuenta en la actualidad, por lo cual parece no querer considerarse a qué fines se propone el concepto de derecho. Sin embargo, esa significación de la concepción de la ciencia jurídica resulta clara si recurrimos a los trabajos de un autor como Bobbio, absolutamente paradigmático a la hora de caracterizar al positivismo metodológico.

Por su parte de acuerdo a Bobbio el positivismo como modo de acercarse al estudio del derecho corresponde a la definición del punto de partida más apto para la elaboración de la ciencia jurídica y la teoría general del derecho. El *approach* positivista, para Bobbio, puede ser formulado de la siguiente manera: partir del derecho tal como es, y no del derecho que debe ser, sirve mejor al fin principal de la ciencia jurídica que es el proporcionar esquemas de decisión a la jurisprudencia y elaborar un sistema de derecho vigente.¹⁴

Lo que hace el positivismo metodológico con su concepto de derecho como derecho positivo es fijar el único objeto de estudio que debe tener la jurisprudencia como ciencia.¹⁵ Este *approach* positivista es común al normativismo y al realismo, y se sostiene en la idea de que en la investigación científica se debe deponer de los juicios de valor.¹⁶

El positivismo metodológico no sólo se caracteriza por dirigirse al derecho como hecho histórico y social, sino también por estudiarlo con método científico, entendiendo que esto exige prescindir de todo juicio de valor. De ahí que, como he adelantado, el positivismo metodológico pueda ser vinculado

¹⁴ BOBBIO, Norberto (2007). *El problema del positivismo jurídico*, Ob. cit., pp. 49 y 59.

¹⁵ Ibid., p. 88.

¹⁶ Ibid., p. 59.

con el positivismo filosófico: “... se puede decir, en realidad, que lo propio del positivismo jurídico en esta acepción es la adopción del método *positivo* para el estudio del derecho *positivo*. En esta frase el término “positivo” aparece dos veces, la primera en el sentido de positivismo filosófico, la segunda en el sentido de positivismo jurídico”.¹⁷

El *approach* positivista, entonces, permitiría que la ciencia jurídica se presente como no valorativa, neutralidad de la que depende que la tarea del jurista cuente con bases sólidas y pueda considerarse científica.¹⁸ Estas características del positivismo jurídico como método estructuran el pensamiento de los principales autores positivistas del siglo XX que se ocuparon de elaborar un modelo de dogmática jurídica.

2.2.1.2. El paradigma epistemológico crítico

El paradigma epistemológico o científico que se siguió en la presente investigación fue el paradigma crítico.¹⁹ Este enfoque induce a la crítica reflexiva en los diferentes procesos de conocimiento como construcción social y de igual forma, este paradigma también induce a la crítica teniendo en cuenta la transformación de la realidad, pero basándose en la práctica y el sentido.

Al utilizar el método inductivo-deductivo para llegar al conocimiento es claro que prevalece sobre todo aspecto la utilización de diversas fuentes e

¹⁷ Ibid., p. 83.

¹⁸ Ibid., pp. 84 y s.

¹⁹ Este pensamiento se ha fundamentado en las teorías de diferentes pensadores, quienes han pertenecido a diferentes disciplinas como: Escuela de Frankfurt: Adorno, Walter Benjamin, Marx Horkheimer, Maecuse, Jürgen , Habermas entre otros.

interpretaciones de los hechos para llegar así a una transformación de la realidad, enfocados directamente en la comprensión e interpretación de los hechos y de sus implicados²⁰. En los diferentes procesos para la descripción y comprensión de los diferentes fenómenos, al investigador se le facilita el utilizar tanto datos cualitativos como el conocimiento científico para así transformar una realidad bien sea social o humana.

Dentro del enfoque crítico y el énfasis de un enfoque interpretativo, podemos decir que juntos comparten un criterio de lo práctico, donde el sujeto se desempeña. La diferencia entre estos dos enfoques, es que el enfoque interpretativo tiene un límite que es el personal, mientras que el crítico va más allá de esto y lo hace enfocándose en el carácter colectivo a través de una sociedad crítica. Los individuos se relacionan entre si de forma estrecha puesto que hay una relación por el fuerte compromiso para el cambio, donde el investigador es un sujeto más, y sus métodos de mayor utilidad son el estudio de casos y técnicas participativas²¹.

Además de lo anterior, este paradigma es el ideal para un investigador jurídico por que toma distintos puntos de vista para investigar las causas de los problemas, toma elementos importantes del paradigma positivista como las investigaciones, estadísticas y comprobaciones hechas por él. Por otro lado, toma la parte subjetiva del paradigma interpretativo, que suma a la mirada del problema. Esto conlleva a darnos más soluciones desde distintas miradas para

²⁰ HABERMAS, Jürgen (1984). *Ciencia y técnica como ideología*. Madrid: Editorial Tecnos, p. 6.

²¹ SOUSA SANTOS, Boaventura de (2006). *Conocer desde el Sur-Para una Cultura Política Emancipatoria*. Lima: Fondo de Editorial de la Facultad de Ciencias Sociales de la UNMSM, pp. 11-34

resolver el problema encontrado por el investigador. Aparte de estos dos aspectos, se agrega que el investigador es parte activo en la solución de los problemas²².

Se relaciona de una forma explícita la auto reflexión crítica a los procesos del conocimiento en el cual tiene la finalidad de transformar la posición en las relaciones sociales en un contexto de solución de conflictos de esta manera la participación del grupo de investigación en el análisis e interpretación de datos que se realiza mediante la discusión e indagación de alto nivel de abstracción²³.

En la interpretación de datos se interrelacionan factores personales, sociales históricos y políticos por ende identificar el potencial de cambio y emancipar a los sujetos al analizar de una forma concreta al cambio bajo la perspectiva de una ideología compartida.

El investigador toma partido en la realización de la investigación, haciendo valer su concepción ideológica a fin de generar transformaciones en sus resultados. La postura ideológica es vista como un grupo de creencias que permiten tener un criterio ante la vida²⁴. En consecuencia, el paradigma crítico induce a la crítica reflexiva en los diferentes procesos de conocimiento como construcción social y de igual forma, este paradigma también induce a la crítica teniendo en cuenta la transformación de la realidad.

²² Ibid. p. 18

²³ Ibid. p. 22

²⁴ HABERMAS, Jürgen. Ob. cit. p. 24

En ese sentido consideramos real y objetiva la afirmación hecha por Giuseppe Zaccaria quien afirma que: “En pocas palabras, considero que la filosofía y la teoría del derecho deben ser observadas y desarrolladas desde el punto de vista de los sujetos activos que reconocen y practican el derecho en casos de conflicto y de divergencia, que el derecho tiene la tarea de resolver y superar.”²⁵ De ello la importancia de este paradigma para el proceso de interpretación jurídica y en la forma de solucionar los problema jurídicos.

2.2.1.3. Paradigma metodológico: Enfoque cualitativo

1.4.3. Justificación metodológica

El paradigma metodológico que se empleará en la presente investigación será el del Enfoque Cualitativo. La investigación cualitativa por su parte, es aquella que persigue un fin descriptivo y omnicomprendido del fenómeno o proceso que estudia, por lo que su epicentro es la penetración y discernimiento del objeto que aborda; el entendimiento de sus causas; el destaque de los motivos subyacentes que lo provocan; el análisis y evaluación de las variables que intervienen y la interpretación de las creencias, motivaciones e intenciones de los participantes²⁶.

La investigación cualitativa se relaciona con el paradigma interpretativo y tiene como objetivo entender el objeto que estudia y evaluar las cualidades

²⁵ ZACCARIA, Giuseppe (s.f.e.).” *Hermenéutica jurídica, comprensión del derecho, traducción*”. p.1. En: <http://www.racmyp.es/R/racmyp/docs/corr/2014%20Zaccaria%20texto%20ingreso1.pdf>.

²⁶ VILLABELLA, Carlos. (2009). “*La investigación científica en la ciencia jurídica. Sus particularidades*”. En: IUS. Revista del Instituto de Ciencias Jurídicas de Puebla A.C., Núm. 23, pp. 5-37. Puebla: Instituto de Ciencias Jurídicas de Puebla A. C., p. 16.

del mismo. Su propósito es destacar las relaciones y motivaciones subyacentes, por lo cual utiliza un lenguaje fundamentalmente etnográfico, métodos que permiten la descripción y penetración de lo que estudia y muestras basadas en casos-tipo. Tiene la finalidad de interpretar, comprender y destacar las cualidades de lo que estudia.²⁷

Este enfoque cualitativo es compatible con el derecho como producto histórico-cultural de naturaleza subjetiva, compleja, dinámica y mutable, en especial interrelación con la economía y la política, y con un marcado trasfondo filosófico y moral.

En consonancia con ello, la investigación en la ciencia jurídica posee particularidades epistemológicas que tienen que ver con la connotación subjetiva de sus objetos de estudio; el carácter relativo y no demostrable empíricamente de sus esencias; la falta de exactitud cuantitativa de sus métodos; la gran sinergia de sus objetos y la variabilidad de éstos por la influencia de factores exógenos y la imposibilidad de aislarlos de la tupida red de interrelaciones en las que se encuentran.

2.2.2. Justificación teórica o jurídica

2.2.2.1. Modernización del derecho penal

El Derecho Penal no es ajeno a los cambios que ocurren con el devenir del tiempo, por lo que fácilmente podemos inferir también que éste no puede

²⁷ Ibid. p. 13.

ser ajeno, valga la redundancia, al fenómeno que rodea a la modernidad, pero ¿de qué hablamos cuando nos ocupamos de la modernización del Derecho Penal.

La primera idea, cuando ingresamos al campo de la modernidad y su influencia en el Derecho Penal es la vida en la sociedad actual. Una sociedad de avances tecnológicos, una sociedad de alta actividad industrial, en suma, una “sociedad de riesgos”²⁸, ello partiendo de la premisa que, como lo refiere Miguel Polaino Navarrete al citar al gran Günther Jakobs, entre Derecho y Sociedad existe una mutua interdependencia en tanto y en cuanto el “Derecho es parte de la Sociedad y, en tanto tal, ha de satisfacer las necesidades y resolver los más graves problemas sociales planteados”²⁹; claro está que sin perder de vista que la sociedad está compuesta por hombres y esa debe ser la inspiración del Derecho en general.

Siguiendo al profesor nacional Carlos Caro quien cita a Lau, tengo que coincidir en que las sociedades de riesgo son “aquellas donde la realidad inevitablemente se percibe y se estructura a nivel cognitivo como una constante tensión o controversias entre seguridad y riesgo”³⁰.

Es verdad, el riesgo se percibe más y se patentiza en la lucha que constantemente se teje en la actualidad con la necesidad de seguridad, pero

²⁸ Cfr. ULRICH, Beck (1998). *La sociedad del riesgo. Hacia una nueva modernidad*. Barcelona: Editorial Paidós.

²⁹ POLAINO NAVARRETE, Miguel (2004). *Derecho Penal – Modernas bases dogmáticas*. Lima: Editora Jurídica Grijley, p. 217.

³⁰ CARO CORIA, Carlos (1998). “Sociedades de riesgo y bienes jurídicos colectivos”. En: *Themis*, N° 37, Lima, pp. 195-208.

no solamente es que el riesgo sea más cercano a los sentidos (sea más palpable) sino que en realidad éste se encuentra más presente en nuestras vidas que en la de nuestros antepasados; el riesgo se genera más y con mayor frecuencia por eso que esta sociedad se denomina “sociedad de riesgos”. Si antes un accidente en una fábrica era un hecho aislado, hoy casi son comunes estos accidentes industriales, por ello el Derecho Penal debe reaccionar a suerte de quedar inoperante y desfasado³¹.

En realidad, es todo el Derecho el que debe reaccionar y es precisamente ese uno de los principales problemas – sino el principal – por el que afronta ante la modernidad ¿cuál de todas las ramas del Derecho reclama legitimación ante la contundencia de las sociedades de riesgo y cómo es que esta rama debe actuar?

Vemos entonces que el fenómeno de modernización del Derecho Penal como rama legitimada para actuar en estas sociedades de riesgo pasa por la forma en que nuestra ciencia se va enfrentar a los retos que esta coyuntura encierra. Es decir, se trata del resultado de confrontar al Derecho Penal con la sociedad moderna (una sociedad de riesgos), situación que nos lleva a medir inevitablemente la eficiencia y la eficacia de la rama que estudiamos³².

Si la sociedad con el devenir de la modernidad ha cambiado, el horizonte del Derecho Penal ante el enfrentamiento que hemos graficado, también debe hacerlo. No es que ahora ingresemos a discutir si el moderno

³¹ Ibidem.

³² Ibidem.

Derecho Penal va a proteger la vigencia de la norma en lugar de los bienes jurídicos, esa es una discusión que particularmente considero superada pero que requiere de un mejor y mayor desarrollo, se trata sino simplemente de que, partiendo de la premisa que el bien jurídico se torna como el concepto más atendible y consecuente para siga siendo el objeto de tutela del Derecho Penal, éste también tiene que renovarse, tiene que “modernizarse”³³.

Los bienes jurídicos son valores consagrados por el legislador como importantes o relevantes en la vida de la persona humana y de la sociedad, pero no entendidos como valores éticos o morales aunque muchas veces puedan tener una inspiración de esa índole. En realidad, el concepto no es el que ha variado o vaya hacerlo con la modernidad, lo que sí ha variado e indefectiblemente se ha “modernizado” son aquellos valores que el legislador ahora viene considerando como relevantes. La modernización del Derecho Penal presupone – entre otras cosas como lo veremos luego – la modernización de los bienes jurídicos³⁴.

El tema entonces parece reducirse a un aspecto de política criminal, pero no es así. Si bien tendremos que aceptar que parte de la modernización del Derecho Penal tiene como fundamento la diferente perspectiva para escoger cuales de aquellos valores se introducen ahora dentro de su égida de protección, eso no lo es todo. Aceptar esa línea de pensamiento implicaría concebir el proceso de modernización del Derecho Penal únicamente en cuanto a su parte

³³ HERRERA VELARDE, Eduardo (2010). “Los fines del Derecho Penal ¿protección de bienes o protección de normas”. Disponible en sitio web: www.cosaslibres.com/search/pdf/derecho-penal/2 (consultado el 12/03/2016)

³⁴ BRAMONT – ARIAS TORRES, Luis Miguel (2004). *Manual de Derecho Penal*. Lima: Eddili, p. 92.

especial como – en una primera impresión – lo acota Luis Gracia Martín al indicar que se trataría de un fenómeno “cuantitativo”³⁵.

Aquí es donde entran a tallar conceptos como los de carácter fragmentario del Derecho Penal, así como los de principio de mínima intervención y principio de ultima ratio que, como también lo reseñaré luego, se comportan como límites vigentes de la ciencia que estudiamos al ser este una manifestación del poder estatal que – como todo poder- debe ser frenado. El carácter fragmentario o secundario del Derecho Penal como lo enseña Juan Carlos Carbonell, implica que sólo deba recurrirse a éste para castigar los ataques más intolerables a los bienes jurídicos más relevantes para la sociedad³⁶.

Esta idea de fragmentariedad que a su vez se conjuga íntimamente con lo que representa mínima intervención y ultima ratio como lo veremos seguidamente, involucra los siguientes razonamientos 1) que no cualquier bien jurídico podrá ser objeto de tutela por el Derecho Penal sino sólo aquellos más relevantes, es decir aquellos que el legislador escoja para tal o cual sociedad y 2) que no cualquier ataque es sancionado por el Derecho Penal, sino aquellos más intolerables (más reprochables).

La alusión antes efectuada denota, como lo señala Hurtado Pozo, “que el ámbito de las infracciones penales debe ser más limitado que el de los actos

³⁵ GRACIA MARTIN, Luis (2006). “¿Qué es modernización del Derecho Penal?”. En: *Estudios de Derecho Penal*. Lima: Idemsa, p. 723.

³⁶ CARBONELL MATEU, Juan Carlos (1999). *Derecho Penal. Concepto y principios constitucionales*. Valencia: Tirant lo Blanch, p. 202.

ilícitos y, sobre todo, que el de los actos inmorales³⁷ aunque muchas veces los bienes jurídicos y consecuentemente los delitos, puedan tener – insisto – una inspiración ética o moral.

La fragmentariedad o secundariedad es la que da contenido al principio de mínima intervención del Derecho Penal en virtud del cual se exige que éste sólo deba intervenir cuando sea estrictamente necesario – es decir, parafraseando el concepto formulado líneas arriba – ante los ataques más intolerables a ciertos bienes jurídicos protegidos y además cuando “ no sea posible obtener una tutela eficaz por otro medio menos costoso; esto es a través de otra rama del ordenamiento jurídico³⁸, denominándose a este límite como el de principio de ultima ratio. Estas concepciones representan un criterio de necesidad de intervención del Derecho Penal, se condice con lo que ya tiempo atrás había enarbolado Cesare Beccaria en su obra “De los delitos y las penas³⁹.

Como vemos de lo expuesto anteriormente, el Derecho Penal moderno debe estar regulado por la mínima intervención, la fragmentariedad, la última ratio y, en suma, por la necesidad. Se trata entonces de una cuestión también de la eficacia y eficacia como de las que hablé anteriormente, incluyendo conceptos como el de “costos” que aunque tiene raigambre claramente económica es pertinente en un Derecho Penal moderno al que pretendemos. Esto último me lleva a un tema que por razones de brevedad no desarrollaré

³⁷ HURTADO POZO, José (2002). *Manual de Derecho Penal. Parte General*. Vol. I. Lima: Grijley, p. 46.

³⁸ CARBONELL MATEU, Juan Carlos. Ob. Cit., p. 203.

³⁹ Cfr. BECCARIA, Cesare (1993). *De los delitos y las penas*. Lima: AFA Editores Importadores.

extensamente en este trabajo pero que considero de ineludible importancia de cara a esta modernización y la utilidad del Derecho Penal como herramienta solucionadora de los conflictos sociales.

A ellos, se le conoce como “economía del delito” “economía del crimen”⁴⁰, que contiene elementos que reclaman vigencia al hablar de eficiencia, al versar sobre los impulsos económicos y su incidencia en la ciencia penal. Ahora bien, el aludido concepto de necesidad podría traer ciertos cuestionamientos al poder tornarse como algo arbitrario, convirtiendo entonces al Derecho Penal moderno en un modelo de inseguridad jurídica como lo postula Francisco Bueno Arrús en su obra del mismo nombre⁴¹.

Es cierto, el Derecho Penal y, concretamente, el concepto de necesidad pueden tomarse hasta cierto punto como arbitrarios y caprichosos al caer de manos equivocadas que puedan convertirlos en herramientas de injusticia e inseguridad absoluta como ocurrió con el llamado “Derecho Penal nazi”, es ahí en donde la ciencia penal debe fundarse en criterios de Justicia para convertirse en Derecho Justo e ingresar en el sendero adecuado. Además esta crítica podría plantearse a todas las ciencias sociales que – finalmente – no guardan la exactitud que por ejemplo tienen la matemáticas y por lo tanto siempre podrían ser tachadas de arbitrarias y caprichosas.

⁴⁰ Cfr. MONTERO SOLER, Alberto et al (1998). *La economía del delito y de las penas – un análisis crítico*. Granada: Editorial Comares; ROEMER, Andrés (2004). *Economía del crimen*. México: Grupo Noriega Editores.

⁴¹ BUENO ARRUS, Francisco (2008). *La ciencia del Derecho Penal un modelo de inseguridad jurídica*. Navarra: Thomson-Civitas, p. 46.

Hay que entender que el concepto de necesidad de pena, entendida como la legitimidad para que una conducta sea penalizada, se comporta como criterio fundamental para decidir si una conducta se penaliza o no, estando expuesta a criterios de razonabilidad, congruencia y lógica de manera que puede entenderse que algo necesario no puede ser algo irracional, incongruente o ilógico.

He allí el “ancla” que aleja al Derecho Penal de cualquier señalamiento de arbitrariedad o inseguridad. Muy por el contrario, en la sociedad de hoy (sociedad de riesgos), como lo expone acertadamente el maestro Jacobo Lopez Barja de Quiroga⁴², el ideal es la búsqueda de la seguridad, a diferencia de lo que ocurría en la sociedad industrial en donde la conquista se situaba en la consecución de la garantía de la igualdad.

Por ello, precisamente para poder dar alcance a la tan ansiada seguridad, como lo veremos seguidamente, es que se presenta la necesidad de la cual nos hablaba el brillante Beccaria. Dicho sea de paso, el concepto de necesidad – entre otras cosas – también nos lleva despenalizar conductas que no tienen razón de ser por no causar daño y carecer de bien jurídico tutelado en sentido material, por más que – políticamente – sean convenientes o adecuadas; hablo de lo que se conoce como “delitos sin víctima”⁴³.

⁴² LOPEZ BARJA DE QUIROGA, Jacobo (2004). *Derecho Penal. Parte General. Tomo I*. Lima: Gaceta Jurídica, p. 167.

⁴³ HERRERA VELARDE, Eduardo (2005). “Los delitos sin víctimas despenalizando el Derecho Penal”. En: *Advocatus*, N° 11, Lima, pp. 322-328.

Luego, la configuración antes plasmada (necesidad, seguridad y Justicia) harán, a decir de Polaino Navarrete, que el Derecho Penal logre – conjuntamente con la paz social – una de sus metas más ansiadas una situación de seguridad jurídica, ello al encontrarse íntimamente vinculados los conceptos de Justicia y seguridad jurídica. En suma, puede concluirse que al actuar el Derecho Penal sobre las bases de criterios de necesidad que a su vez se encuentra fundamentadas en el carácter fragmentario, la mínima intervención y la última ratio, conseguirán que el Derecho Penal sea seguro y justo, con lo que traerán al individuo y posteriormente a la sociedad, un clima de seguridad jurídica y paz social⁴⁴.

2.2.2.2. Derecho Penal Diferenciado

El Derecho penal diferenciando se caracteriza por el tránsito de un modelo ideal clásico de una justicia como tratamiento igualitario, como egalité, como respuesta segura y preconstituida para cada caso, hacia un sistema cuyo rasgo principal es el de una diferenciación de paradigmas, culturas políticas, sistemas de intervención que permite hablar de un nuevo modelo de intervención penal: el de un Derecho penal diferenciado. No obstante, el viejo Derecho penal no ha desaparecido por completo, sino que se presenta junto a subsistemas, dado que proliferan diversos estatutos: lo viejo se mezcla a lo nuevo siguiendo un proceso de diferenciación⁴⁵.

⁴⁴ POLAINO NAVARRETE, Miguel. Ob. Cit., p. 212.

⁴⁵ DONINI, Massimo (2007). “El derecho penal diferenciado. La coexistencia de lo clásico y lo postmoderno en la penalidad contemporánea”. Disponible en sitio web: http://www.iustel.com/v2/revistas/detalle_revista.asp?id_noticia=401099 (Consultado el 14-03-16)

Bajo el título de “derecho penal diferenciado”, se han ido acumulando diversos temas, los cuales van desde la así denominada “flexibilización del derecho penal” en campos tan diversos como el tema del combate del narcotráfico y de la criminalidad organizada, hasta la problemática diversa proveniente de los grandes escándalos por estafas y fraudes de carácter económico o los impactos de la criminalidad ambiental. Estos escenarios criminales ofrecen diversos problemas a la dogmática penal, que han venido siendo planteados por autores que ofrecen un catálogo bastante abierto de soluciones, algunas de ellas incompatibles con un ideario garantista o al menos con una perspectiva de derecho penal liberal⁴⁶.

Es así que los denominados delitos “cumulativos” o la protección de bienes jurídicos en la esfera contingente de la lesión, hasta las decisiones político criminales para relativizar los criterios de imputación, ya forman parte de las modernas tendencias del derecho penal, pero no habían recibido un tratamiento unitario que les diera por lo menos un carácter clasificatorio que permitiera entender sus consecuencias más claramente.

Este derecho penal diferenciado vive entonces de la emergencia. Los riesgos que van surgiendo son tan imprevisibles como las reacciones que desatarán, por ello el derecho penal debe ser dúctil para adaptarse adecuadamente a dichas condiciones de operación. Si no podemos calcular las condiciones causales o de imputación de nuevos riesgos, tendrá que haber formas de imputar

⁴⁶ REYNA ALFARO, Luis y CUARESMA TERÁN, Sergio (2008). *Derecho Penal y Estado de Derecho. Reflexiones sobre la Tensión entre Riesgos y Seguridad*. Montevideo-Buenos Aires: Editorial IB de F, pp. 17-52.

responsabilidad por el hecho y no claudicar ante los anatemas del derecho penal clásico, como lo sería desistir de dicha imputación, ya que no es posible pensar en algún grado de previsibilidad de ciertos cursos causales⁴⁷.

Los escenarios del riesgo son muy cambiantes, como es vertiginosa la velocidad con la que se producen los nuevos descubrimientos técnicos y se desarrollan nuevos medios de producción industrial en diversos campos. Los cambios son tan acelerados que el derecho apenas toma nota de alguna de las tendencias fundamentales, las que pretende regular mediante diversas operaciones de “*soft-law*” que en ocasiones genera normativa jurídico-penal que pretende resolver controversiales circunstancias fácticas. Este último momentum de la legislación penal ha provocado una notoria expansión de los tipos penales y un recrudecimiento de la dosimetría penal en campos muy variados de la Parte Especial de los Códigos Penales⁴⁸.

Esta “expansión” del derecho penal no ha conducido a un fortalecimiento de esta rama jurídica, sino más bien a una verdadera crisis de legitimidad de grandes proporciones. La justificación de este crecimiento normativo ha sido planteada a partir de los “retos” generados por la así denominada “sociedad de riesgos”, donde la técnica y los descubrimientos humanos han dejado en claro que muchos aspectos del quehacer humano gozan de una verdadera causalidad propia que coacciona al ser humano, impidiéndole casi dominarlos. El ser

⁴⁷ DEL ROSAL BLASCO, Bernardo (2009). “¿Hacia el Derecho Penal de la Postmodernidad?”. En: *Revista Electrónica en Ciencia Penal y Criminológica*, RECPC 11-08, pp. 03-04. Disponible en sitio web: <http://criminet.ugr.es/recpc/11/recpc11-08.pdf> (Consultado el 16-03-19)

⁴⁸ DÍEZ RIPOLLÉS, José Luis (2006). “De la Sociedad del Riesgo a la Seguridad Ciudadana: Un debate desenfocado”. En: CANCIO MELIÁ y GÓMEZ-JARA DÍEZ (Coord.). *Derecho Penal del Enemigo. El Discurso Penal de la Exclusión*. Vol. 1. Montevideo-Buenos Aires: Editorial IB de F, pp. 553-602.

humano se convierte, entonces, en gestor de la misma inseguridad que su propio desarrollo tecnológico implica, provocando una verdadera circunstancia social de incerteza e inseguridad⁴⁹.

2.2.2.3. Criminalidad organizada: Instituciones penales de crimen organizado

Hasta la actualidad la aproximación conceptual de lo que se conoce como “criminalidad organizada” y “delincuencia organizada” ha sido compleja y de extrema dificultad, puesto que sus manifestaciones y los sectores que afecta son altamente variados.

De hecho, siempre se ha partido desde una óptica de abordaje primero criminológico y, luego, dibujado de alguna manera el fenómeno criminal en sí, en cuanto a fenomenología de la conducta criminal asociacionista, para establecer un asiento en la Ley penal material en términos de criminalización –tipificación de la criminalidad organizada-, el acoplamiento de tipos penales al fenómeno concreto ya criminalizado de la criminalidad organizada y su respectivo agravamiento de penas; hasta la restricción de beneficios penitenciarios producto de la comisión organizada de delitos –delincuencia organizada- y de criminalidad organizada –la diferencia no es baladí, conforme lo veremos más adelante-.

⁴⁹ Ibidem.

En este sentido, conforme anotó en su momento Delgado Martín⁵⁰ siempre fue necesario una definición de criminalidad organizada que llegue más allá que la mera conceptualización de uso descriptivo, aun cuando ésta sea gráfica y orientativa. El principal motivo de ello se encuentra en que las políticas criminales utilizadas por el Estado en la lucha contra la criminalidad organizada colisionan y restringen -cada vez más- algunos principios propios del Estado de Derecho, como lo son⁵¹:

A. Desde el Derecho Penal:

- a) La criminalización del fenómeno asociativo-criminal con fines a cometer delito, ya que al considerar dicha actuación como un delito de peligro se tiene una respuesta penal en términos de desvalor de la acción, aperturando de modo descontrolado y con pocos límites materiales de la concreción de la conducta criminal, el hecho mismo de la intervención penal sobre la base -repito- de la descripción fenomenológica de la conducta criminal-.
- b) El agravamiento de penas a máximos insospechados en una lógica de Derecho Penal convencional y nuclear. A su vez;
- c) La selección en lógica de comisión organizada de delitos (delincuencia organizada o criminalidad organizada), de un conjunto de delitos que se juzgan especialmente graves, algunos de los cuales no tienen justificación

⁵⁰ DELGADO MARTÍN, Joaquín (2001). Criminalidad Organizada. Barcelona: Bosh, p. 35.

⁵¹ PÉREZ ARROYO, Miguel (2011). "Criminalidad y Delincuencia Organizada en el Nuevo Proceso Penal". En: Gaceta Penal y Procesal Penal. Tomo 30. Diciembre, Lima: Gaceta Jurídica, p. 379.

y otras, en algunos casos, sobredimensionados o cuando no, omitidos de dichos criterios de selectividad.

En estos casos, aproximándose a una lógica punitiva especial maximalista, de expansionismo punitivo y de un Derecho Penal de tercera “velocidad” o del “enemigo”⁵².

B. Desde el derecho Procesal Penal:

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

C. Desde el Derecho Orgánico y Jurisdiccional:

La ideación y creación de unidades operativa especiales tanto a nivel de Policía⁵³, del Ministerio Público (graficado en la existencia de la Unidad de Crimen Organizado y ahora –recientemente- de Lavado de Activos); y, el

⁵² Cfr. SILVA SÁNCHEZ, Jesús María (2006). La Expansión del Derecho Penal. 2da. Edición. Barcelona: Civitas.

⁵³ Como el de la reciente creación en fecha 07.07.2014 de la Unidad de Investigación Policial en Lavado de Activos: Vid. <http://www.larepublica.pe/10-07-2014/ministro-urresti-presenta-nuevadireccion-de-investigacion-de-lavado-de-activos>.

propio Poder Judicial (gráfico en la existencia de una Sala Nacional de la Corte Suprema de la República, encargada de ventilar los temas de criminalidad organizada a todo nivel, en todo el Perú).

Si bien el término criminalidad organizada comenzó a ser utilizado a inicios de la segunda mitad del SXX, no fue hasta mediados de los años ochenta que su uso se volvió más popular, a punto que en la actualidad se le considera como un vocablo a veces polisémico que en algunas oportunidades no representa el fenómeno delictivo para el cual fue acuñado, aun cuando la Ley N° 30077 realiza esfuerzos en cuanto a su encuadramiento conceptual sobre la base de su descripción fáctica⁵⁴.

En su momento Prado Saldarriaga⁵⁵ determinó acertadamente que un adecuado concepto de criminalidad organizada debería incluir los siguientes puntos:

- a) La criminalidad organizada contemporánea como un fenómeno novedoso para la Criminología y las Ciencias Penales en General, incluso para la Política Criminal.
- b) Este fenómeno delictivo se basa en tres elementos esenciales: la existencia de una estructura organizacional; b) una capacidad operativa de cobertura internacional; y, c) actividades ilícitas que estén ligadas a la provisión de bienes y servicios de circulación prohibida o restringida pero con una

⁵⁴ Vid. Art. 2 Ley 30077.

⁵⁵ PRADO SALDARRIAGA, Víctor (2006). Criminalidad Organizada, Editorial Idemsa, Lima, p. 44.

demanda creciente activa o potencia, la misma que no es satisfecha por el mercado lícito.

- c) Conexiones con el abuso de poder, aprovechamiento de la expansión de los mercados, globalización de las relaciones internacionales y con el avance de la tecnología postindustrial.
- d) Es, por tanto, un proyecto delictivo diferente del convencional, ya que en él se fusionan –por un lado- el funcionamiento de la organización criminal; y –por otro-, certeros procedimientos de planificación y control de riesgos.

En base a esto indicó el referido Jurista que, desde su visión, un adecuado concepto operativo de criminalidad organizada sería el siguiente: “la criminalidad organizada comprende toda la actividad delictiva que ejecuta una organización con estructura jerárquica o flexible, que se dedica de manera continua al comercio de bienes o a la oferta de medios y servicios que están legalmente restringidos, que tienen un expendio fiscalizado o que se encuentran totalmente prohibidos, pero para los cuales existe una demanda social potencial o activa. Se expresa en una dinámica funcional permanente y orientada al abuso o a la búsqueda de posiciones de poder político, económico o tecnológico”⁵⁶.

Por su parte, González Martín⁵⁷ indica, desde su posición europea, que desde su perspectiva, la criminalidad organizada no es más que un medio conforme el cual cualquier otro delito se realiza. Esa es su principal

⁵⁶ Ibidem.

⁵⁷ DELGADO MARTÍN, Joaquín. Ob. cit., p. 121.

característica, el uso de un modelo organizativo, análogo a otros existentes dentro de la estructura social.

En este sentido, confrontados los espacios teóricos que nos ocupa, desde nuestro Derecho Positivo, que la legislación penal peruana fue incapaz de definir a la criminalidad organizada hasta la promulgación de la Ley N° 30077 de fecha 20.08.13. Antes de ello sólo se utilizaba, en nuestra legislación nacional, la categoría de criminalidad organizada para los tipos de criminalidad básica con el añadido de su mera asociación o conjugación de voluntades criminales para cometer el delito en pluralidad de agentes, como lo fue en la tipificación del delito de “asociación ilícita para delinquir” (art 317° del Código Penal peruano). A la vez, que repito, en el considerar como agravante de acciones delictivas la comisión de éstas en “pluralidad de agentes” (como mínimo tres personas), a lo cual se le atribuyó el nombre de “ejecución delictiva en organización criminal”. No siendo esto lo más correcto.

De esta manera, hacíamos uso de la conceptualización realizada por la Convención de las Naciones Unidas contra la Delincuencia Organizada Transnacional y sus Protocolos -suscrita por nuestro país en el año 2000 y ratificada por éste en el año 2001- que se caracteriza por estar destinada a la promoción de la cooperación para prevenir y combatir más eficazmente la delincuencia organizada transnacional (art. 1ª de la Convención). En el sentido siguiente: “... todo grupo estructurado de tres o más personas que exista durante cierto tiempo y que actúe concertadamente con el propósito de

cometer uno o más delitos graves o delitos tipificados en la Convención con miras a obtener, directa o indirectamente, un beneficio económico u otro beneficio de orden material.”

Así se evidencia –como ya se mencionó⁵⁸ –, que una aproximación conceptual al fenómeno socio criminal de la Criminalidad Organizada requerirá la atención de puntos fundamentales: a) lo relativo a su restricción conceptual con relación a la coautoría en el Derecho Penal; b) lo referente a un concepto operativo, dinámico y funcional en lugar de uno estático y ontológico; y, c) el hecho de su diferenciación con formas organizadas del crimen que integran una fase evolutiva menor, como ocurre en el caso de la delincuencia organizada. Así:

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

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

a) De forma estructurada, esto es, por medio de un grupo determinado de individuos los cuales, además deben estar coordinados bajo

⁵⁸ PÉREZ ARROYO, Miguel. Ob. cit., p. 380.

compartimentos estancos, incomunicados entre sí. Esta característica, de estructuración y compartimentarización es fundamental.

- b) Que este grupo de individuos se encuentren unidos de forma permanente y, además, jerarquizada. Debe haber líderes, ya sea finales o intermedios. Los primeros, en número único o escaso; los segundos, conforme las diversas unidades de producción que puedan estructurarse a partir de los objetivos criminales de la organización. Un responsable del acopio, otro de la distribución, así también de la captación de agentes transporte y distribución, a la vez que algún otro de lo que es el financiamiento y a su vez de las ventas y colocaciones el mercado, de por ejemplo; en una organización criminal relativa al tráfico de drogas.
- c) Que la finalidad de todos los miembros del grupo sea obtener un beneficio económico: el enriquecimiento ilícito. Esto es, al igual que toda organización empresarial, el lucro será el fin que se persigue; pero a diferencia de dicha organización empresarial ordinaria, en ésta, en la organización criminal, el lucro ilícito, vinculado a conductas delictivas, es lo que prima.

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

En este sentido se pronuncia Chonclan Montalvo al decir que el concepto de organización no puede ser equiparado al de coautoría, en tanto que en esta última (pluralidad de agentes), los “coautores”, se distribuyen funcionalmente los respectivos cometidos⁵⁹ Prado Saldarriaga⁶⁰ resalta en que es necesario para la existencia de criminalidad organizada que la pluralidad de agentes con distribución funcional tenga también un plus en el contenido del injusto. Quiere decir que deberá existir la planificación previa de lo actuado que implique un reparto de roles entre los intervinientes en la lógica de una estructura jerarquizada, lo que ocasionará que la organización criminal adquiera cierta autonomía con relación a las personas que la contribuyen.

Por tanto, la criminalidad organizada será un tipo de fenómeno delictivo destinado a perdurar en el tiempo, indiferentemente de que lo hagan así los miembros que la conforman⁶¹, similar a la mentalidad de una empresa mercantil.

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

El fenómeno delictivo es -por su propia naturaleza- un fenómeno social complejo que tiende a adaptarse a la sociedad en la que se manifiesta. Así, por ejemplo, hemos mencionado la capacidad que tuvo la criminalidad organizada de la Mafia para adecuarse de las prácticas culturales de la Sicilia

⁵⁹ CHONCLAN MONTALVO, José Antonio (2000). *La organización criminal: tratamiento penal y procesal penal*. Madrid: Dykinson, pp. 7-9.

⁶⁰ PRADO SALDARRIAGA, Víctor. Ob. cit., p. 33 y ss.

⁶¹ Ejemplo de ello puede encontrarse en el grupo terrorista Sendero Luminoso, el cual continuó desarrollando acciones aisladas en Perú pese a que su histórico líder había sido apresado.

del S. XVIII a las necesidades contextuales de los Estados Unidos de América hasta los que fueron los años 20s.

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

- a) Su funcionalidad expresada en el mejoramiento y facilitación de comisiones delictivas diversas, con animosidad permanente. En otras palabras, que su expresión fenomenológica no se encuentre per se, sino que lo haga de manera íntimamente vinculada a las comisiones delictivas varias, así nunca se hayan producido o vayan a producirse posteriormente. Ello lo diferencia, como se explicará posteriormente, de la delincuencia organizada y de la organización criminal, puesto que estas últimas son formas asociativas de mera facilitación de delitos que se encuentran vinculadas a fines inmediatos y no trascendentales.
- b) La pluralidad de agentes deberán interactuar respecto del plan criminal con un conocimiento mutuo tanto del mismo como de la organización a la que pertenecen, así como de quiénes son los que coordinan o administran dicha organización por lo menos en el compartimento o unidad de producción a la que pertenecen, compartimento estanco normalmente incomunicado con otros. Siendo así, en dicha lógica de compartimentos estancos, entre uno y otro, no necesariamente debe existir dicho conocimiento en cuanto a

planeamiento y dirección. Por ejemplo, en lo referente al TID bajo organización criminal, el acopiador debe saber que acopia para el tráfico así como también la identidad de su coordinador, pero no necesariamente debe saber a dónde es que se colocará el producto final, a qué precios ni quien dirige la organización en términos de liderazgo final.

- c) Su vinculación a graves problemas de delictividad que ocasionan una gran lesividad socio-colectiva e individual, lo que servirá de justificación para la implementación de políticas criminales de alto impacto y restrictivas de Derechos Fundamentales las mismas que deben encontrarse justificadas sobre la base de principios como son el de razonabilidad, necesidad y proporcionalidad; a la vez que de juridicidad.
- d) Su necesaria vinculación a fines lucrativos de origen ilícito. Por tanto, la finalidad que la criminalidad organizada persigue no es otra que el beneficio económico. De ahí deriva que el orden estructural-funcional de mencionado fenómeno corresponda al de una empresa mercantil: siempre vinculado a un ánimo de lucro. No obstante, se resalta que éste se tratará de un ánimo de lucro ilegal, puesto que provendrá de actividad ilícita.
- e) En base a su finalidad lucrativa es que se deberá tener en cuenta el carácter trasnacional de la criminalidad organizada, lo cual es propio de la actual economía globalizada. La criminalidad organizada buscará centrarse en aquellos países donde el poder punitivo estatal sea más débil a comparación de otros.

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

Si bien a nivel doctrinal existen autores como Delgado Martín⁶² que son de la posición que la criminalidad organizada y la delincuencia organizada son conceptos idénticos, nosotros resaltamos la importancia de distinguirlos⁶³.

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

La delincuencia organizada no responde a la misma situación. A diferencia de la criminalidad organizada, éstas son organizaciones tradicionales, menos innovadoras y más convencionales que las antes mencionadas. Son, en palabras de MACINTOSH, organizaciones picarescas⁶⁴.

⁶² DELGADO MARTÍN, Joaquín. Ob. cit., p. 22.

⁶³ PÉREZ ARROYO, Miguel. Ob. cit., pp. 363 y ss.

⁶⁴ MACINTOSH, Mary (2010). La organización del crimen. México: Siglo XIII, pp. 35 y ss.

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

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

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

En este sentido se pronuncia también ANARTE BORRALLLO cuando indica que “en muchos casos, las bandas ejercen de minoristas del comercio

ilegal que controla el grupo criminal organizado o bien prestan cierto apoyo logístico o personal, puntual o sistemático (...) a cambio, el grupo suministra la mercancía o ayuda en caso necesario (...), de todas formas, la banda conserva su autonomía e identidad”⁶⁵.

Por otro lado, es posible encontrar una relación entre la delincuencia organizada y la criminalidad organizada en tanto la segunda constituye en muchos casos una evolución de la primera. Así, los modos comisivos individuales son perfeccionados en base a lazos tradicionales y culturales que buscan afianzar la identidad del colectivo criminal sobre objetivos criminales similares, de manera que se convertirán en delincuencia organizada: bandas criminales. Posteriormente, dichas bandas pueden evolucionar hasta llegar a un tercer estadio, mucho más lesivo y peligroso: el de la criminalidad organizada.

2.3. Definición de términos

- a. **Modelo diferenciado de derecho penal.** - En el ámbito de la lucha contra la criminalidad económica, el modelo diferenciado se ha ido configurando de la mano de las denominadas propuestas de modernización del derecho penal, acorde con las demandas derivadas de la denominada sociedad del riesgo, endureciendo el derecho penal y flexibilizando las garantías frente a la criminalidad organizada y económica.

⁶⁵ ANARTE BORRALO, Enrique (1999). Aspectos penales, procesales y criminológicos. Universidad de Huelva, Huelva, p. 22.

- b. **Criminalidad organizada.** - La doctrina del derecho penal del enemigo, el derecho en el proceso de la globalización económica, globalización y delincuencia organizada, política criminal y globalización, los nuevos retos de la justicia penal, el auge del crimen organizado transnacional, criminalidad organizada y sistema político, los delitos de corrupción de funcionarios y criminalidad organizada⁶⁶.
- c. **Criminalidad económica.** - La criminalidad económica es la cara sofisticada y a la vez el fundamento de las manifestaciones criminales más temidas por la sociedad. La trascendencia social de esta delincuencia se manifiesta, en primer término, por la cuantía de los daños ocasionados y en segundo lugar, por el reclutamiento del autor entre los miembros de la alta sociedad. En muchas ocasiones, por el poder político o económico que ejerce, el delincuente de cuello blanco logra que terceros o subalternos sean los autores materiales del hecho delictivo, lo que dificulta, sin duda alguna, la persecución del autor que realmente ha dominado la acción⁶⁷.
- d. **Globalización.**- La globalización es un fenómeno moderno que puede ser analizado desde diversos ángulos. El término proviene del inglés *globalization*, donde global equivale a mundial. Por eso, hay quienes creen que el concepto más adecuado en castellano sería mundialización, derivado del vocablo francés *mondialisation*. A grandes rasgos, podría decirse que la globalización consiste en integración de las diversas sociedades internacionales en un único mercado capitalista mundial. Por

⁶⁶ VIRGOLINI, Julio y SLOKAR, Alejandro. Ob. Cit., pp. 22 y ss.

⁶⁷ *Ibídem*.

eso, el fenómeno es defendido desde teorías económicas como el neoliberalismo y por entidades como el Fondo Monetario Internacional y el Banco Mundial.⁶⁸

- e. **Sociedad de riesgo.**- Se dice que la sociedad actual es una sociedad de riesgos, en la que se admiten, evidentemente dentro de ciertos límites, los riesgos que derivan del tráfico rodado, ferroviario y aéreo, de la utilización de gases, de la existencia de centrales nucleares, necesarias para facilitar energía eléctrica, pero que amenazan parte de la civilización, la producción y comercialización de productos de carácter alimenticio en grandes cantidades, con grave riesgo para los consumidores, la manipulación genética, con peligro de selección de razas, a través de la creación de seres humanos por clonación, etc. Esta innegable realidad exige la comprensión de la sociedad. Son riesgos exigidos por la modernización e industrialización de la sociedad, que sin duda plantean nuevas necesidades al Derecho penal a lo largo de los próximos años.⁶⁹

⁶⁸ *Ibídem*

⁶⁹ *Ibídem*

III. METODOLOGIA

3.1. Tipo y diseño de Investigación

3.1.1. Tipo de investigación

Corresponde a una investigación Dogmática – Normativa y Teórica⁷⁰, que permitió ampliar y profundizar conocimientos sobre los alcances y riesgos que presenta la existencia de un modelo de derecho penal diferenciado frente a la criminalidad económica en la legislación penal peruana.

3.1.2 Tipo de diseño

Corresponde a la denominada No Experimental⁷¹, estos diseños no tienen determinación aleatoria, grupos de comparación. El investigador observa lo que ocurre de forma natural, sin intervenir de manera alguna. Existen muchas razones para realizar este tipo de estudio. Primero, un número de características o variables no están sujetas, o no son receptivas a manipulación experimental. Así como, por consideraciones éticas, algunas variables no pueden o no deben ser manipuladas. En algunos casos, las variables independientes aparecen y no es posible establecer un control sobre ellas.

3.1.3. Diseño General

Se empleó el diseño Transeccional o Transversal, un estudio transversal toma una instantánea de una población en un momento determinado, lo que permite extraer

⁷⁰ QUIROZ SALAZAR, William (2007). *Investigación Jurídica*. Lima: Editorial Imsergraf, p. 54.

⁷¹ ROBLES TREJO, Luis et al (2012). *Fundamentos de la investigación científica y Jurídica*. Lima: Editorial Fecatt, p. 34.

conclusiones acerca de los fenómenos, su finalidad fue recolectar datos del hecho jurídico en un solo momento o en un tiempo único y describir las variables de estudio; así como analizar el estado de cuestión de la misma en un momento dado⁷², sobre los alcances y riesgos que presenta la existencia de un modelo de derecho penal diferenciado frente a la criminalidad económica en la legislación penal peruana.

3.1.4. Diseño específico

Se empleó el diseño cuasal-explicativo⁷³, toda vez que se estudió los factores que generan situaciones problemáticas dentro de un determinado contexto y poder explicar el comportamiento de las variables de estudio del problema planteado sobre los riesgos que presenta la existencia de un modelo de derecho penal diferenciado frente a la criminalidad económica en la legislación penal peruana

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

A continuación, se detallan las actividades del proceso que se seguido en la construcción de la información y/o conocimiento. Proceso que incluye:

- a) Determinación de la población o sujetos de estudio
- b) Selección de la muestra
- c) Diseño del instrumento
- d) Aplicación del método para procesar la información

⁷² HERNÁNDEZ SAMPIERI, Roberto et al (2010). *Metodología de la investigación*. México: Editorial McGrawHill, p. 151.

⁷³ *Ibíd.* p. 156.

3.2.1. Población:

- a) **Universo Físico:** Su delimitación estuvo constituida por el ámbito mundial y nacional.
- b) **Universo Social:** La población materia de estudio se circunscribió a los juristas que han desarrollado la dogmática jurídica y a los operadores jurídicos que han generado la jurisprudencia.
- c) **Universo temporal:** El período de estudio correspondió al año 2018 y 2020.

3.2.2. Muestra

- a) **Tipo de muestra:** Muestra no probabilística, ya que la presente muestra no depende de la probabilidad, sino de las causas relacionadas con las características de la investigación, no se basa en fórmulas de probabilidad, si no depende del proceso de toma de decisiones.
- b) **Marco muestral:** Normatividad, Doctrina y Jurisprudencia.
- c) **Procedimiento de selección:** Fue dirigida, es decir fue intencional.
- d) **Tamaño de la muestra:** no se puede medir al ser cualitativa.
- e) **Unidad de análisis:** Documentos

3.3. Instrumentos(s) de recolección de la información

- a) Para recoger la información para validar, cuestionar y alcanzar los objetivos de la investigación se empleó la Técnica Documental, cuyos instrumentos fueron las fichas textuales, resumen y comentario, a través del cual se obtuvo información de la doctrina.

- b) También se empleó la técnica de Análisis de contenido, cuyo instrumento fue la ficha de análisis de contenido, con el cual se obtuvo información de la jurisprudencia.
- c) Para obtener datos y/o información de las normas jurídicas se empleó la técnica exegética, hermenéuticas, teleológica, con el cual se pudo determinar el contenido de las mismas.
- d) Para sistematizar la información en un todo coherente y lógico, es decir, ideando una estructura lógica, un modelo o una teoría que integre esa información, se empleó el Método de la Argumentación Jurídica.

3.4. Plan de procesamiento y análisis estadístico de la información

Para el procesamiento y análisis de los datos teóricos se empleó la técnica del análisis cualitativo⁷⁴ para lograr la aprehensión de particularidades y significados aportados en la jurisprudencia y doctrina, para lo cual se empleó la argumentación jurídica para el análisis de la información. Los criterios que se siguieron en el presente proceso de investigación fueron los siguientes:

- ✓ Identificación del espacio físico donde se buscó la información.
- ✓ Identificación y registro de las fuentes de información.
- ✓ Recojo de información de la información.
- ✓ Análisis y evaluación de la información.
- ✓ Sistematización de la información.

⁷⁴ BRIONES, Guillermo (1986), *Métodos y Técnicas de Investigación para las Ciencias Sociales*, Editorial Trillas, México, p. 43.

Finalmente, los datos que se obtuvieron con los instrumentos antes indicados sirvieron para validar la hipótesis⁷⁵ en base la teoría de la argumentación jurídica⁷⁶, debido a que el Derecho debe concebirse como argumentación.⁷⁷

Partiendo que los argumentos son las razones aducidas en la justificación de la interpretación de un texto jurídico (doctrinal o normativo)”. En ese sentido, se refiere a un “razonamiento mediante el cual se intenta probar o refutar una tesis, convenciendo a alguien de la verdad o falsedad de la misma”. En consecuencia, la función de la argumentación en el discurso jurídico es relevante tanto en la investigación como en la toma de decisiones, por su carácter de fundamentación del significado atribuido a los enunciados normativos y las consecuencias jurídicas que de ello pueden derivarse.

⁷⁵ ROBLES TREJO, Luis (2014). *Guía metodológica para la elaboración del proyecto de Investigación Jurídica*, Editorial Ffeccat, Lima, p. 58.

⁷⁶ GASCON ABELLAN, Marina y GARCIA FIGUEROA, Alfonso (2005). *La argumentación en el derecho*, Editorial Palestra. Lima.

⁷⁷ Cfr. ATIENZA, Manuel (2006). *El derecho como argumentación*. Editorial Ariel, Barcelona.

IV. RESULTADOS

4.1. Crisis del Derecho penal tradicional ante el apareamiento de nuevos fenómenos

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

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

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

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

Frente a las transformaciones ocurridas, parece que el Derecho penal clásico no posee elementos suficientes para el enfrentamiento de los problemas derivados de ellas, pues, en palabras de Muñoz Conde⁷⁸, este Derecho penal carece de información suficiente sobre el efecto preventivo de sus disposiciones, exige una imputación del injusto a personas físicas individuales y requiere una prueba precisa de la relación causal entre la acción y los daños. De ahí que se hable de la crisis en la que ha entrado el Derecho penal, y de la dogmática en especial.

En efecto, Silva Sánchez⁷⁹, al sostener que la globalización económica y la integración supranacional –como sucede con los países de “Occidente”– son dos factores multiplicadores del fenómeno expansivo del Derecho penal, vaticina de entrada que las peculiares exigencias de la reacción jurídico-penal a la delincuencia propia de uno y otro marco parecen capaces de acentuar sustancialmente las tendencias hacia una demolición del edificio conceptual de la teoría del delito, así como el constituido por las garantías formales y materiales del Derecho penal y del Derecho procesal penal.

Esa presunta insuficiencia provoca el surgimiento de un Derecho penal moderno, con características propias, actuando en sectores distintos que el Derecho

⁷⁸ MUÑOZ CONDE, Francisco (1996) “El moderno derecho penal en el nuevo código penal. Principios y tendencias”. En: *La Ley*, N° 3, Buenos Aires, p. 56.

⁷⁹ Cfr. SILVA SÁNCHEZ, Jesús (2006). *La expansión del Derecho penal. Aspectos de la Política criminal en las sociedades postindustriales*. Buenos Aires: Editorial BdeF.

penal clásico, con otros instrumentos y produciendo cambios en sus funciones. El llamado Derecho penal moderno se encuentra como un fenómeno cuantitativo que tiene su desarrollo en la Parte especial. No hay código que en los últimos años no haya aumentado el catálogo de delitos, con nuevos tipos penales, nuevas leyes especiales, y una fuerte agravación de las penas.

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

Según Donna⁸⁰, la idea que existe detrás es que debe haber dos formas de Derecho penal: uno, que se refiere a los delitos tradicionales: homicidio, hurto, estafas, robo, en el cual se deben mantener las garantías mínimas, y otro, que se refiere a los delitos que hacen a bienes jurídicos generales. Es en éste ámbito en donde las garantías sufren una fuerte disminución: los delitos económicos, el Derecho penal de drogas, el lavado de dinero, los delitos de medio ambiente y el terrorismo son algunos de los campos de este novedoso sistema.

Por ello es que, para muchos, la actuación de este Derecho penal moderno ha generado problemas de gran trascendencia, que atentan directamente contra los fundamentos del Estado Social y Democrático de Derecho. Así, parte de la doctrina ha reaccionado preocupada ante lo que podría ser una pérdida de la función de

⁸⁰ Cfr. DONNA, Edgardo Alberto (2006). *Derecho Penal, Parte General*. T. I. Buenos Aires: Rubinzal Culzoni Editores.

intervención mínima o de última ratio que debería caracterizar al Derecho penal y, con ello, de las garantías que le son propias⁸¹.

Otro sector, en cambio, considera que la intervención del Derecho penal en estos ámbitos se hace indispensable, pues las razones que conducen a la tipificación penal de estas novísimas conductas no pueden coincidir en absoluto con las razones que llevan a regular penalmente los supuestos abarcados por el núcleo mínimo de protección (delitos tradicionales), lo cual no implica que se opte por un Derecho penal ilimitado o que deba perderse las garantías que lo caracterizan dentro del Estado de Derecho, pero tampoco obsta para que pueda ser un instrumento adecuado para proteger otros intereses jurídicos, diferentes de los tradicionales⁸².

Finalmente, una tercera posición, que comparte la tesis de que el Derecho penal ha entrado en una crisis derivada de la tensión expansiva a que se está sometiendo, ante la cual el Derecho penal tradicional no está en condiciones de afrontar con éxito y en forma expeditiva la misión de lucha contra nuevas formas de criminalidad⁸³, sobre todo de gravísima dañosidad como el terrorismo, narcotráfico y la criminalidad organizada en general, aboga por la vigencia de un Derecho penal máximo, en el que, por excepción, se relativizarían radicalmente las garantías sustantivas y procesales⁸⁴.

⁸¹ Ibidem.

⁸² HASSEMER, Winfried (1993). “Crisis y características del moderno derecho penal”. En: *Actualidad Penal*, N° 43, Barcelona, p. 56.

⁸³ Ibidem.

⁸⁴ LASCANO, Carlos Julio (2003). “La insostenible modernización del Derecho penal basada en la tolerancia cero desde la perspectiva de los países emergentes”. Disponible en sitio web: <http://www.defensesociale.org/revista2003/10.pdf>.

4.2. Características del Derecho penal moderno y sus críticas

Según Hassemer⁸⁵, el Derecho penal moderno presenta tres características propias que reflejan el contexto actual: la protección de bienes jurídicos, la prevención y la orientación a las consecuencias.

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

Para Muñoz Conde, lo anterior no hace ningún reparo sobre el hecho de que, no obstante que la función del ordenamiento jurídico globalmente considerado sea la protección de bienes jurídicos, no significa que incumba al Derecho penal en exclusiva la realización de esa tarea. Por el contrario, la protección debe ser, incluso, frente al propio Derecho penal, que sólo debe intervenir cuando se hayan agotado otros medios de protección, dado que el concepto de bien jurídico se concibió originariamente más como límite que como legitimación de la intervención del Derecho penal⁸⁶.

⁸⁵ HASSEMER, Winfried (1989). “Lineamientos de una teoría personal del bien jurídico”. En: *Doctrina Penal*, N° 46/47, Buenos Aires, pp. 89 y ss.

⁸⁶ MUÑOZ CONDE, Francisco (2003). “¿Hacia un derecho penal del enemigo?”. En: *El País*, Madrid, p. 36.

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

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

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

ser objeto⁸⁷. Ello comporta, además, la exigencia de que las normas penales se encuadren dentro del ordenamiento jurídico conforme a un sistema debidamente coordinado en el que las sanciones penales representan el último e inevitable recurso a que acude el Estado. Un claro ejemplo de la trasgresión del principio de intervención mínima es lo que ocurre con el bien jurídico medio ambiente: ante el deseo de la sociedad de protección de ese bien jurídico –del cual no se discute su importancia–, el Derecho penal intervino como *prima ratio*, incluso frente a la posibilidad de protección por otras vías menos gravosas que el Derecho penal, como el propio Derecho civil o administrativo.

El Derecho penal ha actuado en el sector del medio ambiente (bien jurídico universal), mediante la utilización de delitos de peligro abstracto para su tutela. A través de esa técnica legislativa se castiga por una conducta que no sólo no ha lesionado, sino que tampoco ha puesto a nadie en peligro concreto. Así, no se produce la sanción de conductas concretas lesivas, sino de construcciones de relaciones de peligro entre conductas abstractamente peligrosas y fuentes sociales de peligro. Lo mismo sucede en los otros ámbitos ya indicados, como el económico, salud pública, terrorismo, etc.

La utilización de estos instrumentos significa un empobrecimiento de los presupuestos de punibilidad, o sea, la punibilidad está condicionada únicamente a la prueba de una conducta peligrosa, siendo innecesaria una víctima visible, un daño y la causalidad de la acción respecto de ese daño. Eso lleva a una realidad muy

⁸⁷ CORDOBA RODA, Juan (1996). “*Nuevas formas de delito y principio de intervención mínima*”. En: *La Ley*, N° 3, Madrid, p. 53.

peligrosa: la reducción de los presupuestos del castigo acarrea la disminución también de las posibilidades de defensa.

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

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

Hassemer ha descrito la cuestión de la siguiente manera: La población de las sociedades occidentales se encuentra frente a grandes riesgos, como graves abusos, destrucción del ambiente a nivel internacional, riesgos monetarios, colapso económico, criminalidad organizada, corrupción, terrorismo. Los grandes riesgos se caracterizan por no ser dominables, por ser devastadores cuando se concretan, por ser vagos, opacos, en fin, por no ser tangibles, dado que son más una sombra que un objeto. La teoría considera que en esta situación aumentan el miedo de la población y sus necesidades de control⁸⁸. Ante la amenaza del riesgo, la población

⁸⁸ HASSEMER, Winfried. Ob. Cit., p. 78.

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

Se procede a la criminalización anticipada, a la criminalización en la fase previa a la lesión del bien jurídico, por ejemplo, en el lavado de capitales. Se verifica el aumento y el agravamiento de los antiguos marcos penales, sobre todo en el campo de la criminalidad de la droga. Los delitos de peligro abstracto son normales en el Derecho penal moderno, en el que no se exige la lesión del bien jurídico o que éste sea concretamente puesto en peligro, sino que alcanza con que se verifique una acción abstractamente peligrosa. También existen bienes jurídicos al mismo tiempo abstractos y universales, como la capacidad funcional en el instituto de las subvenciones, la salud pública en el Derecho penal de la droga, en los que el Estado no puede ser controlado a través del bien jurídico.

Es innegable que la complejidad creciente de las sociedades modernas requiere una respuesta adecuada, pero resulta cuestionable a que sea el Derecho penal quien tenga que darla, no sólo porque existen otros instrumentos jurídicos para ello, sino porque, además, se correría el peligro de estar acudiendo a una

supuesta demanda de seguridad por parte de los ciudadanos, a menudo creada o incrementada por los medios de comunicación.

En efecto, como señala Juan F. Gouvert, el proceso de expansión que experimenta el Derecho penal moderno hace que se le asignen misiones que le son extrañas, como pretender que sea un gestor de conflictos sociales⁸⁹. De esta forma se intentan canalizar necesidades a través de las leyes penales como la erradicación del delito y la “sensación” de inseguridad, que no son satisfechas por otras vías. Así, el común de la población cree que la simple sanción o reforma del orden jurídico, en especial del sistema penal, solucionará casi mágicamente sus problemas; cuando más bien se trata de realidades complejas que requieren un arduo abordaje y compleja solución⁹⁰.

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

Ya Baratta manifestaba que toda esta discusión parecía establecerse entre dos modelos de Derecho penal que, en realidad, constituyen dos modos distintos de comprender el Estado y sus estrategias de intervención. Estos dos polos son identificados como Derecho penal liberal y Derecho penal social o de prevención.

⁸⁹ GOUVERT, Juan (2007). “*Reflexiones actuales sobre el riesgo procesal*”. En: *La Ley*, Buenos Aires, p. 38.

⁹⁰ *Ibid.*, p. 34.

Señalaba que lo característico de los bienes protegidos por el Derecho penal liberal clásico es que tienen su origen en la sociedad civil, mientras que los protegidos por el Estado de la prevención son producidos por el Estado mismo, en torno a las infraestructuras, complejos administrativos y funciones relacionados con el sistema estatal⁹¹.

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

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

Ahora bien, más allá de esta regulación formal, resultan interesantes las observaciones que, sobre el funcionamiento del sistema penal en la actualidad, señala el profesor Terragni⁹², al manifestar, por un lado, que si bien el sistema penal sirve para la prevención general, la amenaza que su vigencia implica no impide que

⁹¹ Citado por CAFFERATA NORES, José (1997). *Cuestiones actuales sobre el proceso penal*. Buenos Aires: Editores del Puerto, p. 65.

⁹² TERRAGNI, Marco Antonio (2006). *El delito culposo*. Buenos Aires: Rubinzal Culzoni Editores, pp. 56-60.

se cometan delitos. Esto que es muy obvio, por lo general la comunidad lo desconoce. Se ha repetido infinidad de veces el aserto precedente, pero ni siquiera los legisladores (que deberían tener más perspicacia para entenderlo) lo han asimilado. Esta ignorancia hace que cuando aparece un fenómeno colectivo que alarma por su violencia y reiteración, la primera respuesta a lo que se interpreta como un clamor de la población desprotegida consista en auspiciar un incremento de las penas.

De ello se hace eco (y amplifica sus alcances) cierta prensa, y nunca falta un legislador que presente un proyecto para elevar las escalas penales. Por otro lado, el indicado profesor señala que se pregona también que la pena corrige al delincuente, es decir, sirve a los fines de la prevención especial. En este sentido las especulaciones teóricas han girado siempre en torno de las penas privativas de la libertad, en cuyo caso la corrección se expresa en la idea de readaptación social, lo cual –sostiene– es un objetivo muy difuso que a lo sumo sirve como rótulo general satisfaciendo una aspiración que no siempre fructifica en hechos.

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

En este sentido se sostiene que el Derecho penal moderno rompe claramente con el equilibrio que debe existir. Sustenta la prevención general como

predominante ante la especial, lo que conduce a la mitigación de garantías fundamentales del individuo, garantías esas que constituyen el fundamento del Estado Social y Democrático de Derecho.

Así, pues, en palabras de Zaffaroni, “a partir del reconocimiento de que la actual tendencia globalizante aumenta la conflictividad y los peligros, en lo que se ha llamado la sociedad de riesgo, la teoría que legitima el Derecho penal de riesgo, desemboca en un Estado preventivista, que ahoga al Estado de Derecho, confundiendo prevención policial con represión penal, reemplazando la ofensividad por el peligro y reduciendo los riesgos permitidos. El Derecho penal de riesgo convierte a los delitos de lesión en delitos de peligro, eliminando el *in dubio pro reo* cuando no se puede probar con certeza la producción del resultado, como también la reserva de la ley mediante la administrativización [...] a la ley penal no se reconoce otra eficacia que la de tranquilizar a la opinión, o sea, un efecto simbólico, con lo cual se acaba en un Derecho penal simbólico, o sea, que no se neutralizan los riesgos sino que se le hace creer a la gente que ya no existen, se calma la ansiedad o, más claramente, se miente, dando lugar a un Derecho penal promocional, que acaba convirtiéndose en un mero difusor de ideologías”.⁹³

La acusación de que el Derecho penal moderno es un Derecho penal simbólico tiene que ver con que está tipificando conductas carentes de lesividad o con una lesividad irrelevante, pues, en efecto, el Derecho penal simbólico no persigue la eficacia, sino tan solo la apariencia de eficacia, con el objetivo de alcanzar una ficticia paz social. En palabras de Gracia Martín, esto es lo que pasa

⁹³ ZAFFARONI, Eugenio Raúl (1998). “*La creciente legislación penal y los discursos de emergencia*”. En: *Teorías Actuales en el Derecho Penal*. Buenos Aires: Ad-Hoc, p. 67.

con el Derecho penal moderno, al sostener que el mismo carecería en general de la capacidad instrumental de prestar eficazmente, a la sociedad y a los individuos que la integran, la seguridad que demandan al Estado ante la amenaza de nuevos riesgos; el legislador, empero, recurriría eficazmente a esos problemas –mediante la creación de nuevos tipos penales que incluso devienen de imposible aplicación– con el fin único de producir en la sociedad y en los individuos que la integran el efecto meramente aparente, esto es: simbólico⁹⁴.

Siguiendo con las explicaciones de Hassemer, la tercera y última característica es la conversión por el “Derecho penal moderno de la orientación a las consecuencias en una meta dominante”, siendo que el Derecho penal clásico la tenía como un criterio complementario para la correcta legislación. Con este cambio, la igualdad y la retribución del delito son marginadas de la política jurídico-penal. Por este principio de orientación a las consecuencias en el Derecho penal, entiende el indicado autor, se ha querido expresar que legislación y jurisprudencia están interesadas en las consecuencias fácticas de su actuación y que justifican (legitiman) sus comportamientos en la producción de los resultados deseados y en la evitación de aquellos que se rechazan. Orientación a las consecuencias presupone que las consecuencias de la legislación, de los Tribunales y de la ejecución de las penas son realmente conocidas y valoradas como deseadas o no deseadas. Orientación a las consecuencias puede significar en Derecho penal que el legislador, la justicia penal y la administración penitenciaria no se satisfacen (solamente) con la persecución del injusto criminal y con su compensación

⁹⁴ Citado por PONZUELO PÉREZ, Laura (2033). “El debate sobre la expansión del Derecho penal”. en: *Libro homenaje al profesor Günther Jakobs “El Funcionalismo en Derecho Penal”*. T. II. Córdoba: Editorial Mediterránea, p. 28.

mediante la expiación del delincuente, sino que persiguen la meta de mejorar al autor del delito y contener la delincuencia en su conjunto⁹⁵.

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

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

⁹⁵ HASSEMER, Winfried. Ob. Cit., p. 27.

función, inclusive, con más propiedad y más satisfactoriamente que el Derecho penal.

El Derecho penal si bien es un medio de control social, no es el único que existe. Hay otras formas que, incluso, deben preceder al Derecho penal, por la gravedad de sus consecuencias. El profesor colombiano Fernando Velásquez Velásquez enseña que el control social puede ser ejercido por diversos medios: de manera difusa, creando hábitos colectivos de conducta (hábitos sociales, usos, costumbres, creencias, convicciones); por entes institucionales, como la familia, las asociaciones privadas, la Iglesia; las instituciones públicas, como el Estado, los organismos gubernamentales, etc.⁹⁶.

Así mismo, por los establecimientos educativos en todos sus grados (escuelas, colegios, universidades); en fin, por los medios de comunicación (prensa, radio, televisión). En síntesis, afirma, los mecanismos de control social pueden ser clasificados como sigue: formales e informales, voluntarios e involuntarios, conscientes e inconscientes, concretos y difusos, externos e internos. Estas formas de control social extrajurídico, por lo tanto, son los que tienen que anteceder al Derecho penal; incluso, ultrapasados estos primeros filtros, aparecen también los métodos de control jurídicos, que son las otras ramas del ordenamiento jurídico, como el Derecho civil, mercantil o administrativo⁹⁷.

De los argumentos anteriores se puede sintetizar, siguiendo a Muñoz Conde, que el Derecho penal se ha convertido más en un instrumento político de dirección

⁹⁶ VELÁSQUEZ VELÁSQUEZ, Fernando (1995). *Derecho Penal. Parte General*. Bogotá: Editorial Temis, p. 47.

⁹⁷ Ibidem.

social que un mecanismo de protección jurídica subsidiaria de otras ramas del ordenamiento jurídico⁹⁸.

4.3. Relativización de las críticas dirigidas a la “expansión del Derecho penal”

Como hemos visto hasta ahora, un sector importante de la doctrina ha hecho serios cuestionamientos a las características del nuevo Derecho penal, que pueden ser resumidas de la siguiente manera: Por un lado, se ha incidido en la idea de que se estaría produciendo un abandono del núcleo del Derecho penal mínimo y una ruptura con los principios de intervención mínima y ultima ratio, por cuanto el moderno Derecho penal se ha ido alejando de un modelo destinado a la protección exclusiva de bienes altamente personales –como la vida, la integridad física, la libertad, etc.– para convertirse en un Derecho penal de mayor intervención en la esfera del ciudadano, que se manifiesta en el aumento de conductas penalmente tipificadas con el fin de proteger bienes jurídicos colectivos o supraindividuales.

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

⁹⁸ MUÑOZ CONDE, Francisco. Ob. Cit., p. 43.

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

Laura Ponzuelo Pérez⁹⁹ se ha interesado por el tema y cree que las objeciones anteriores pueden ser matizadas de la siguiente manera: En primer lugar, en lo concerniente a que la intervención penal en determinadas materias puede resultar rechazable porque restringe en mayor medida el ámbito de libertad del ciudadano, entiende que puede conducir a un equívoco.

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

Contaminar un río o atentar gravemente contra la flora o la fauna, por ejemplo, ya eran comportamientos prohibidos anteriormente por el ordenamiento

⁹⁹ PONZUELO PÉREZ, Laura. Ob. Cit., p. 28.

antes de que se sancionasen a través del Código penal; lo que significa, en definitiva, que la libertad del ciudadano ya estaba limitada en ese sentido. En consecuencia, el Derecho penal lo único que ha hecho es dar una respuesta jurídica distinta a esos comportamientos, pero no ha invadido en mayor medida la esfera de libertad del ciudadano de lo que estaba anteriormente, ya que antes tampoco podía realizar ese tipo de conductas, y que tal respuesta jurídica distinta que trae consigo el Derecho penal, más o menos gravosa, sólo afecta a quien ha realizado la infracción.

En cuanto a la invocación del principio de intervención mínima, sostiene que hay que tomar en cuenta que éste ha sido formulado a partir de la idea de que los bienes o intereses a los que se debería circunscribir la intervención penal, son los tradicionalmente protegidos y que responderían a un modelo liberal del Derecho penal; sin embargo, no hay que olvidar, como señala Silva Sánchez, que ese modelo de Derecho penal liberal de protección de bienes altamente personales y del patrimonio nunca existió como tal. Además, cuando se apela a la insignificancia o ausencia de lesividad suficiente para una concreta tipificación penal, o a que están protegiendo intereses universales o difusos frente a los tradicionales intereses individuales, a menudo se olvida que los Códigos penales –como en el caso español– han protegido intereses de esa naturaleza, como se puede apreciar en los delitos contra el “ordenamiento económico” o contra el “orden público”¹⁰⁰.

¹⁰⁰ SILVA SÁNCHEZ, Jesús (2006). *La expansión del Derecho penal. Aspectos de la Política criminal en las sociedades postindustriales*. Montevideo-Buenos Aires: Editorial BdeF, p. 58.

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

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

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

el umbral mínimo de gravedad típico o la consecuencia jurídica¹⁰¹. Con relación a las críticas dirigidas al Derecho penal simbólico, considera que las mismas deben limitarse únicamente a aquellos supuestos en los que el legislador actúa engañosamente, dictando concientemente una ley inaplicable. En los demás casos se podrá hablar de una técnica legislativa inadecuada, que también podrá ser rechazable, pero se trata ya de una cuestión independiente del fenómeno de la expansión del Derecho penal sobre nuevos ámbitos.

De ahí que no es correcta la equiparación sin más de Derecho penal simbólico con Derecho penal innecesario, pues más allá de que el legislador cree una norma con la más rechazable vocación de inaplicación, ello no prejuzga nada acerca de la necesidad de esa norma o de su eventual eficacia en caso de que llegue a aplicarse. Esto hace que la autora de a entender que no es partidaria de un Derecho penal ilimitado e indiscriminado, y que más bien comparte con la corriente crítica de la expansión del Derecho penal en el sentido de que, en la medida en la que la intervención penal da una respuesta más gravosa –lo que se refleja tanto en la posibilidad de imponer una pena privativa de la libertad como en el significado estigmatizador del proceso penal y de la imposición de una sanción penal–, dicha intervención debe ser lo más cuidadosa posible, pero –afirma– a menudo se confunde la crítica relativa a la intervención del Derecho penal en determinados ámbitos, con el concreto modo que se hace, y eso influye en el juicio sobre la utilidad y eficacia de dicha intervención.

¹⁰¹ *Ibidem*.

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

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

Ante esto las soluciones dadas a la problemática dada por los críticos de la expansión ha sido mantener la regulación dentro del ámbito administrativo y modificar y adecuar sus mecanismos para hacer frente satisfactoriamente a las

agresiones al medio ambiente, en procura de que el Derecho administrativo se convierta, en definitiva, en una respuesta suficiente y satisfactoria del conflicto planteado, y no a acudir a la última ratio del Derecho penal para solucionar los conflictos que se generan en este ámbito; sin embargo –sostiene– en la configuración actual del sistema administrativo no se cuenta con los medios de control necesarios para hacer frente a determinado tipo de infracciones.

Las agresiones más graves contra el medio ambiente –que serían las que, en principio, deben ingresar al Derecho penal– son, en su inmensa mayoría, cometidas por grandes estructuras empresariales, y como las sanciones previstas para estas agresiones es meramente económica, la cuantía de esa sanción ya está integrada a sus costes de producción y, por ende, ya es un valor esperado para el delincuente, sin que las previsiones legales logren conseguir una adecuada prevención de las infracciones.

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

Por otro lado, si la opción es la de incrementar la sanción, ello puede hacerse desde el Derecho administrativo o desde el Derecho penal. Si se lo hace desde el primero no se conseguiría ningún cambio, pues la sanción se traduciría en el

incremento económico de la multa, y para una gran empresa, que obtiene grandes beneficios de la misma naturaleza, cuando se encuentra en un entorno de gran impunidad respecto de las infracciones medioambientales, resulta que el saldo saldría prácticamente siempre a favor.

Lo más adecuado sería, entonces, intervenir penalmente a través de un sistema de control diferente al del sistema administrativo, al menos hasta que este último pueda en el futuro dar una respuesta satisfactoria al problema. La intervención penal también tiene la ventaja de que por esta vía se introduce un tercero, el juez o fiscal, es decir, un control externo, no implicando en el juego de intereses que puede darse, por ejemplo, en relación con determinadas empresas contaminantes.

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

posible, esto es, la intervención se remitiría exclusivamente a supuestos especialmente graves, como puede ser determinado tipo de contaminación ambiental, para el ejemplo últimamente tratado¹⁰².

Así, como afirma Silva Sánchez, ciertamente el medio ambiente constituye el “contexto” por antonomasia de bienes personales del máximo valor y, por lo tanto, el ordenamiento jurídico en su conjunto tiene ante sí un reto esencial, en la línea de garantizar lo que algunos caracterizan como “desarrollo sostenible”, lo que de hecho ha venido asentando progresivamente la tendencia a provocar la intervención del Derecho penal tan pronto como se afecta un cierto ecosistema en términos que superan los standars administrativos establecidos¹⁰³.

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

Lo destacable de todo esto es que, hoy por hoy, no se puede impedir ya una modernización del Derecho penal, pues resulta imposible poner atajo a las demandas de mayor protección estatal en general y penal en particular, que se encuentran profundamente enraizadas en una nueva autocomprensión de la sociedad, cada vez más compleja por la aparición de nuevas formas de criminalidad.

¹⁰² SERRANO TÁRRAGA, María Dolores (2005). “La expansión del Derecho penal en el ámbito de la delincuencia económica. La tutela penal de los mercados financieros”. En: *Revista de Derecho*, Vol. XVIII, N° 1, Valdivia, p. 57.

¹⁰³ SILVA SÁNCHEZ, Jesús. Ob. Cit., p. 58.

El punto clave está en cómo se utiliza el ius puniendi estatal, situación en la cual parece radicar el principal problema de la expansión del Derecho penal, pues las propuestas han sido múltiples y diversas.

4.4. El ius puniendi del Estado y las nuevas orientaciones de orden político-criminales

Los discursos de los últimos tiempos tienden a resaltar la dificultad que se presenta en la sociedad actual en la persecución de cierto tipo de delitos. Dado el temor y el rechazo generalizado que provocan en la comunidad complejas prácticas tales como el terrorismo, la trata de personas, la prostitución infantil, o el narcotráfico, cada vez ganan más adeptos los discursos que fomentan la persecución sin límite de esta clase de comportamientos.

Se afirma pues, que estamos insertos en un período de expansión del Derecho penal¹⁰⁴. Sin pretender ser exhaustivo, se aprecia sin duda en la praxis político criminal del Estado un aumento en el intervencionismo penal, ya sea a través de agravación de las penas, ampliación del tenor de los tipos o la inclusión de nuevos delitos al catálogo penal.¹⁰⁵

En ese sentido, el crimen organizado es presentado como una forma de criminalidad que ni siquiera pudo ser imaginada por los iluministas que propugnaban la limitación del poder persecutorio del Estado. La alarma social que genera esta clase de delitos ha contribuido a la aceptación casi generalizada de los

¹⁰⁴ Cfr. SILVA SÁNCHEZ, Jesús María (2001). *La expansión del Derecho penal. Aspectos de política criminal en las sociedades postindustriales*. 2º ed. Madrid: Editorial Civitas.

¹⁰⁵ MENDOZA BUERGO, Blanca (2001). *El Derecho penal en la sociedad del riesgo*. Madrid: Editorial Civitas, pp. 44 y ss.;

agentes encubiertos, endurecimiento de las penas, relajamiento de las garantías a pesar de que su tarea implica la violación de disposiciones constitucionales. Desde esta perspectiva, en los casos de criminalidad grave y de difícil esclarecimiento debería prevalecer el interés de la sociedad en la persecución penal sobre el interés de los individuos acusados en que no se vulneren sus derechos.

Ahora bien, los derechos del individuo merecen protección, aun cuando signifique que algunos culpables quedarán impunes. El camino de perseguir la verdad a cualquier costo trae aparejado, eventualmente, un peor resultado. En ese sentido, el Estado se convierte en autor de los mismos crímenes que pretende perseguir. Nos alejaríamos del Estado de Derecho para acercarnos a un Estado totalitario con cada vez más facultades de control y vigilancia de los individuos.

Un sistema inquisitivo tiene por objeto encarcelar a los culpables. Cualquier medio es válido con tal de establecer qué fue lo que verdaderamente ocurrió y castigar al responsable del delito. No es posible presumir la inocencia de quien es perseguido penalmente. Lo que se presume es su culpabilidad y, como consecuencia, no se le reconoce facultad de defensa alguna. El acusado no merece ser protegido del poder persecutorio del Estado dado que si es culpable, no lo merece, y si es inocente, el inquisidor tarde o temprano lo averiguará.

Por lo demás, el reconocimiento de derechos al imputado tornaría muy dificultosa la determinación de la real ocurrencia de los hechos. El eje del sistema es la confesión: quién mejor que aquel que estuvo involucrado en el hecho para relatarnos qué fue lo que pasó.

Esta forma de indagar la real ocurrencia de los hechos fue duramente criticada por el pensamiento iluminista del siglo XVIII. Si bien la nueva concepción del proceso penal mantuvo como finalidad del procedimiento la averiguación de la verdad, admitió que tal objetivo no podía alcanzarse a cualquier costo. El imputado fue reconocido como un sujeto de derecho y no como un objeto de investigación.

El Estado de Derecho implica la existencia de límites impuestos al Estado en el ejercicio de su facultad persecutoria. Los derechos y garantías encuentran su origen en la necesidad de proteger al individuo frente al poder estatal. El juicio se comprende como una contienda entre partes iguales, en la que se presume la inocencia del acusado de manera tal que quien tiene la carga de probar el hecho imputado es la acusación.

No obstante, no todo método de investigación es válido para fundar una sentencia condenatoria, puesto que todo aquel mecanismo de recolección de evidencia que signifique una intromisión coercitiva del Estado en la esfera de intimidad del individuo, o que de alguna otra manera atente contra garantías fundamentales de la persona, debe ser descartado.

Estas visiones del proceso penal esconden una oposición entre eficiencia en la aplicación de la ley penal sustantiva (castigo a los culpables) y garantías del individuo (evitar el castigo a los inocentes). Lo que legitima el empleo de agentes encubiertos, endurecimiento de las penas, relajamiento de las garantías es la premisa de otorgar al Estado facultades investigativas amplias para así lograr encarcelar a los autores de delitos aberrantes tales como el narcotráfico, la

prostitución infantil o el terrorismo. No es más que acudir al viejo argumento de que el fin justifica los medios.

Para una justicia entendida como condena, el principio de inocencia no es más que un obstáculo. Las modificaciones al derecho penal y procesal penal “tienden a satisfacer intereses criminalísticos –ante todo, a costa de los derechos de libertad del imputado y de los otros intervinientes en el procedimiento– y aumentan y refuerzan los instrumentos instructorios cuantitativa y cualitativamente”.

En la actualidad se impone un discurso mediático que confunde justicia eficiente con la prescindencia de derechos y garantías constitucionales. “Gran parte de las reformas penales y procesales de tiempos recientes se han orientado a hacer más sencilla la persecución penal, dejando en el camino, entre otros principios, aquel por el cual la sospecha no equivale a la certeza”.

El derecho penal se convierte en una herramienta tendiente a eliminar eficazmente todo aquello que pueda poner en riesgo la subsistencia de la sociedad. Para justificar la injerencia del Estado en derechos fundamentales del individuo se recurre al principio de proporcionalidad: vale más desconocer derechos y garantías constitucionales que dejar desprotegida a la sociedad frente a los “crímenes graves”. Ahora bien, “(...) se debe tener en cuenta que no es posible tener un derecho penal fuerte con costos nulos.

Se paga caro, con principios que fueron logrados políticamente y que siempre son atacables por la política. No existe una prescindencia parcial del principio de culpabilidad o de la protección de la dignidad del hombre; si estos principios no son

también de ponderación firme en los ‘tiempos de necesidad’, pierden su valor para nuestra cultura jurídica. Pues a partir de ese momento el criterio para la continuación de la vigencia de estos principios ya no es su valor y su peso específico sino la percepción como problema de la ‘necesidad’ o la ‘grave amenaza’. (...) (Si los principios del derecho penal) son disponibles según el caso, (el derecho penal) perderá –a largo plazo, también ante los ojos de la población– su fuerza de convicción normativa y su distancia moral frente al quebrantamiento del derecho”.

El pretexto de la necesidad de violar derechos de los individuos para encontrar la verdad real es extremadamente peligroso “por ser especialmente apto para la demagogia”. La ‘lucha contra el crimen organizado’ no es más que un argumento efectista que invoca la noción de garantizar la seguridad y que ha conducido a acercar la actual lógica de las pruebas a prácticas inquisitivas.

En la actualidad la ‘lucha contra el crimen organizado’ ha dado lugar a que cada vez se le reconozcan mayores facultades a los órganos de investigación. “En este fin de siglo se advierte la existencia de un discurso que al poner el énfasis en la eficiencia y en la eficacia termina avasallando estas garantías que, obviamente, ponen obstáculos a la tan anhelada eficacia”.

Así por ejemplo la figura del agente encubierto hunde sus raíces en el sistema inquisitivo. Detrás de esta figura se alza el objetivo final de averiguar la verdad a cualquier precio. A este aumento de las capacidades persecutorias de los órganos de investigación del Estado se le contrapone la pérdida de derechos por parte de los ciudadanos. El agente encubierto supone la presencia continua del Estado en la

esfera de intimidad de una persona, al punto que puede saber mucho más de ella que aquello estrictamente necesario para obtener una condena judicial.

Las garantías obstan a la acumulación desmedida de poder en manos de los órganos de investigación penal de Estado. El primer interés es (o debería ser) la seguridad y la libertad de las personas. Lo más riesgoso para ellas no son los delitos graves y de difícil esclarecimiento, sino que lo que las pone en un mayor peligro es la concentración de poder del Estado en el ejercicio de la persecución penal. Cuantas menos garantías posea el individuo frente a la coerción estatal, más débil será su posición frente al Estado y mayor será el desequilibrio entre el imputado y la acusación. Precisamente, nos alejamos de un modelo de organización judicial acusatorio para acercarnos a uno claramente inquisitivo.

4.5. Ley N° 30077 – Ley contra el crimen organizado

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

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

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

a) La Investigación y el Proceso Penal:

Respecto de la investigación y el proceso, en virtud de la citada Ley, se aplican supletoriamente las reglas establecidas en el NCPP. Sin embargo, se establece que para la determinación del plazo de investigación, siempre se considerará complejo el proceso contra integrantes de una organización criminal, personas vinculadas a ella o que actúan por encargo de la misma.

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

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

b) Sobre las técnicas de especiales de investigación:

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

Para su implementación se requiere resolución motivada, que indique forma de ejecución de la diligencia, su alcance y duración. Recibida la solicitud el juez resuelve en 24 h, sin trámite. En concordancia con lo establecido en los art. 228°.3 y 228°.4 del NCPP, se indica que ejecutadas las técnicas especiales de investigación, el afectado puede instar la realización de la audiencia judicial de reexamen.

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

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

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

Respecto a la *circulación y entrega vigilada de bienes delictivos*, la Ley N° 30077 regula que el Fiscal es el legitimado para disponer esta técnica especial de investigación respecto de un bien relacionado a la presunta comisión de uno o más delitos vinculados a una organización criminal. En tales casos se seguirán las mismas reglas contenidas en el art. 340ª del NCPP. Asimismo, el Fiscal puede disponer de la técnica especial de investigación de *acciones de seguimiento y vigilancia* tanto de oficio como a instancia de la policía, diligencia que se lleva sin conocimiento del investigado de acuerdo con los fines de la misma.

La ley N° 30077 regula también la figura del *agente encubierto* indicando que, previa autorización fiscal, quedan facultados para participar en el tráfico jurídico y social; así como adquirir, poseer o transportar bienes de carácter delictivo; permitir su incautación e intervenir en toda actividad que resulte útil y necesaria en los márgenes de la investigación del delito. Cabe recordar que el agente encubierto es aquel policía que realiza su labor de investigación ocultando su condición de PNP, de forma que en algunas ocasiones necesitará infiltrarse en la organización criminal haciendo uso de una identidad supuesta¹⁰⁶.

En este sentido queremos hacer referencia a lo ya pronunciado en un trabajo posterior, en tanto es conveniente que el Estado reconfigure su estrategia respecto a la *criminalidad organizada* y aquella *delincuencia organizada* que si bien es menos estructurada que la primera, conlleva el mismo peligro y lesividad en la sociedad. Se sugiere así “la ampliación conceptual y operativa del agente encubierto, respecto de quien no siendo policía se inserta en la organización

¹⁰⁶ DELGADO MARTÍN, Joaquín. Ob. Cit., p. 45.

criminal y, con las prevenciones venidas al caso, es útil para develar la organización delictiva”¹⁰⁷.

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

c) Sobre las medidas limitativas de derechos:

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

d) Sobre la incautación y el decomiso:

En el caso la *incautación y el decomiso* se ha establecido que en todas las investigaciones y procesos penales por delitos cometidos a través de una organización criminal, la PNP no necesita autorización fiscal ni orden judicial, en

¹⁰⁷ PÉREZ ARROYO, Miguel. Ob. Cit., p. 379.

tanto exista flagrante delito o peligro inminente de que se efectúe. No obstante. Deberá dar cuenta inmediata de su ejecución al Fiscal.

Podrán ser objeto de decomiso e incautación los objetos, instrumentos, efectos o ganancias del delito o cualquier otro bien proveniente del delito o al servicio de la organización criminal. La Ley 30077° es clara en tanto indica que el Fiscal y la PNP son los responsables de garantizar la seguridad conservación, así como el seguimiento y control de la cadena de custodia de los bienes incautados.

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

e) Sobre la valoración de la prueba:

Respecto de los aspectos probatorios, se permite que las pruebas admitidas y actuadas a nivel judicial en procesos por delitos cometidos a través de una organización criminal, puedan ser utilizadas o valoradas en otro proceso, observando como requisitos que la actuación de estas pruebas sea de imposible consecución o de difícil reproducción. No obstante, si no concurren dichos requisitos, podrán utilizarse los dictámenes periciales, oficiales, informes y prueba documental admitida o incorporada en otro proceso penal, sin perjuicio del derecho a la oposición de la prueba trasladada.

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

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

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

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

f) Sobre las consecuencias jurídicas aplicables y ejecución penal:

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

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

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

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

- i. Si el agente es líder, jefe o cabecilla o ejerce funciones de administración, dirección y supervisión de la organización criminal.
- ii. Si el agente financia la organización criminal.
- iii. Si el agente, en condición de integrante de la organización criminal o persona vinculada a ella o que actúa por encargo de la misma, es funcionario o servidor público y ha abusado de su cargo o se ha valido del mismo para cometer, facilitar o encubrir el delito.
- iv. Si el agente, en condición de integrante de la organización criminal o persona vinculada a ella o que actúa por encargo de la misma, utiliza a menores de edad u otros inimputables para la comisión del delito.
- v. Si el agente, en condición de integrante de la organización criminal o persona vinculada a ella o que actúa por encargo de la misma, atenta contra la integridad física o psicológica de menores de edad u otros inimputables.
- vi. Si el agente, en condición de integrante de la organización criminal o persona vinculada a ella o que actúa por encargo de la misma, utiliza a terceras personas valiéndose de su conocimiento, profesión u oficio, o abusando de su posición de dominio, cargo, vínculo familiar u otra relación que le otorgue confianza, poder o autoridad sobre ellas.

- vii. Si el agente hace uso de armas de guerra para cometer los delitos a que se refiere la ley N° 30077 en su art. 3°.
- viii. Si el agente, en condición de integrante de la organización criminal o persona vinculada a ella o que actúa por encargo de la misma, posee armas de guerra, material explosivo o cualquier otro medio análogo.

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

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

- i. Multa por un monto no menor del doble ni mayor del triple del valor de la transacción real que se procura obtener como beneficio económico por la comisión del delito respectivo.
- ii. Clausura definitiva de locales o establecimientos.
- iii. Suspensión de actividades por un plazo no mayor a cinco años.
- iv. Prohibición de llevar a cabo actividades de la misma clase o naturaleza de aquellas en cuya realización se haya cometido, favorecido o encubierto el delito.

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

vi. Disolución de la persona jurídica.

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

La prohibición de beneficios penitenciarios será aplicable en cuatro supuestos:

- i.** Cuando el agente es líder, jefe o cabecilla o ejerce funciones de administración, dirección y supervisión de la organización criminal.
- ii.** Cuando el agente financia la organización criminal.
- iii.** Cuando el agente en condición de integrante de la organización criminal o persona vinculada a ella o que actúa por encargo de la misma, utiliza a menores de edad u otros inimputables para la comisión del delito
- iv.** En el caso de los demás integrantes de la organización criminal, siempre que el delito por el que fueron condenados sea Homicidio Calificado (108 CP), Secuestro (152 CP), Trata de personas (153 CP), Robo agravado (189 CP), o Extorsión (200 CP)

B. Sobre la Cooperación Internacional y la Asistencia Judicial:

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

De esta manera, el art. 26° de la mencionada Ley establece que en la asistencia y cooperación recíproca se incluye a la Corte Penal Internacional, por lo que se deben observar los tratados suscritos ratificados por los estados en materia de cooperación internacional; la Ley N° 30077 rige complementariamente a los tratados existentes y –sólo supletoriamente–, las normas relativas a Cooperación Judicial Internacional del Código Procesal Penal.

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

Para lo que respecta a la cooperación judicial, no es necesario que el hecho por el que se solicita la asistencia sea considerado como delito por la legislación nacional. La excepción se encontrará en los casos de bloqueos de cuentas, embargos, incautaciones o secuestro de bienes delictivos, inmovilización de

activos, registros domiciliarios, allanamientos, control de comunicaciones, identificación o ubicación del producto de los bienes o los instrumentos de la comisión de un delito y demás medidas limitativas de derechos de conformidad con el literal h) del inciso 2 del art. 511^a del NCPP.

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

- a) Recibir entrevistas o declaraciones de personas con la finalidad de esclarecer los hechos materia de investigación o juzgamiento. En las entrevistas o declaraciones, las autoridades nacionales pueden permitir la presencia de las autoridades extranjeras requirentes.
- b) Emitir copia certificada de documentos.
- c) Efectuar inspecciones, incautaciones y embargos preventivos.
- d) Examinar e inspeccionar objetos y lugares.
- e) Facilitar información, elementos de prueba y evaluaciones de peritos.
- f) Entregar originales o copias auténticas de documentos y expedientes relacionados con el caso, documentación pública, bancaria y financiera, así como también la documentación social o comercial de personas jurídicas.
- g) Identificar o localizar los objetos, instrumentos, efectos o ganancias del delito u otros elementos con fines probatorios.
- h) Facilitar la comparecencia voluntaria de personas en el Estado requirente.
- i) Detener provisionalmente y entregar a las personas investigadas, acusadas o condenadas.

j) Remitir todos los atestados en casos de entrega vigilada.

k) Cualquier otra forma de cooperación o asistencia judicial autorizada por el derecho interno.

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

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

4.6. Los cuatro grados de las organizaciones criminales

4.6.1. Ideas iniciales

Producto de la globalización, a tenor de Silva Sánchez, “los fenómenos de la globalización y de la integración económica dan lugar a la conformación de modalidades nuevas de delitos clásicos, así como la aparición de nuevas formas delictivas (...). Por lo demás, generan la aparición de una nueva concepción de los delictivos, centrada en elementos tradicionalmente ajenos a la idea de delincuencia como fenómeno marginal; en particular, los elementos de organización, transnacionalidad y poder económico. Criminalidad organizada, criminalidad internacional y criminalidad de los poderosos son, probablemente, las expresiones que mejor definen los rasgos generales de la delincuencia de la globalización”¹⁰⁸. En ese sentido, es necesario intentar neutralizar, por lo menos, la expansión de estos fenómenos.

Por lo anotado, debemos tener en consideración que para tratar de contrarrestar algunas de estas rarezas, es indispensable partir de la creación de su propio concepto; vale decir: intentar abordar una conceptualización sobre las organizaciones criminales. No obstante, a lo expuesto, Roxin anota que, hoy en día, todavía “no existe un concepto de criminalidad organizada jurídicamente claro con una mínima capacidad de consenso. Tan sólo disponemos de heterogéneas descripciones de un fenómeno que hasta ahora no ha sido abarcado con precisión”¹⁰⁹.

¹⁰⁸ SILVA SÁNCHEZ, Jesús-María (1999). *La expansión del Derecho penal*. Madrid: Editorial Civitas, pp. 69-70.

¹⁰⁹ ROXIN, Claus (1998). “*Problema de autoría y participación en la criminalidad organizada*”. En: *Revista Penal* N° 2. Buenos Aires, pp. 65-66.

De ahí que no le falte razón a Zaffaroni cuando arguye que ésta “se trata de una categoría frustrada, o sea de una tentativa de categorización que acaba en una noción difusa”¹¹⁰.

Razón por la cual es que, lamentablemente, en los últimos años, tanto en el ámbito convencional y pedagógico, es resonante escuchar hablar –casi siempre y de forma generalizada– de las organizaciones criminales, sin que se dé alguna diferenciación entre lo que pueda ser, a modo de ejemplo, (i) un concierto criminal, (ii) una banda o, incluso, (iii) una red criminal (quizás a través del intercambio de conversaciones o, en todo caso, por los medios de comunicación: redes sociales o la propia TV); sin embargo, ello no debe seguir sucediendo –por lo menos– en los ámbitos académicos, donde frecuentan los integrantes de la comunidad jurídica: abogados, jueces, fiscales, profesores y estudiantes de Derecho.

Así pues, en líneas posteriores vamos a exponer algunos tópicos de los cuatro grados de las organizaciones criminales que, en buena cuenta, apoyarán a que no se siga teniendo dicha concepción –coloquial– de éstas. Veámoslas:

4.6.2. Los cuatro grados de las organizaciones criminales¹¹¹

A. Concierto criminal (1er grado)¹¹²

- Es el nivel menor de la delincuencia asociada.

¹¹⁰ ZAFFARONI, Eugenio Raúl (1996). *El crimen organizado. Una categorización frustrada*. 2da ed. Bogotá: Editorial Leyer, p. 40.

¹¹¹ El desarrollo de estos cuatro grados han sido extraídos, sustancialmente, de: PRADO SALDARRIAGA, Víctor (2007). *Criminalidad Organizada*. Lima: Editorial Idemsa.

¹¹² *Ibid.* pp. 53-54.

- Son pocos los sistemas, en el ámbito internacional, que hacen referencia a este grado.
- Su actividad delictiva es de característica ocasional.
- No es una organización estructurada, propiamente dicha, sino una integración de índole espontánea de dos o más personas.
- Hay división de funciones generalizadas no complejas.
- Mayormente, suele ser considerado como una circunstancia agravante por su multiplicidad de agentes (v.gr., robo agravado por concurso de dos o más personas).
- No tiene jerarquía entre sus vínculos.
- No prevalece la dependencia.
- Cada miembro de este grado contribuye, solamente, en lo que le compete, según sus necesidades, claro está.

B. Asociaciones ilícitas y bandas (2do grado)¹¹³

- Son estructuras de menor importancia que el crimen organizado.
- Son relacionadas, frecuentemente, con los pactos o alianzas entre las cuadrillas de bandoleros o, también, entre los malhechores de los barrios.
- Su forma de actuar (modos operandi), es de característica tradicional, de índole notoria o, inclusive, artesanal.
- No cuentan con roles establecidos entre sus integrantes.
- Las actividades que planifican, no son complejas: son más sencillas, por colocar algún término.

¹¹³ Ibid., pp. 52-53.

- La especialización de sus miembros, son de nivel escaso o ínfimo.
- Su radio de actividad se restringe, mayormente, a los delitos convencionales (Derecho penal nuclear).
- Sus actividades la ejecutan en los ámbitos locales.
- Mayormente, éstas ofrecen sus servicios a las asociaciones criminales de mayor jerarquía.

3. Crimen organizado (3er grado)¹¹⁴

- Su estructura organizacional se asemeja a las pirámides.
- Cuentan con niveles estratégicos.
- Posee un núcleo de mando o dirección central.
- Dicho núcleo, cuenta con capacidad decisoria.
- Su actividad está direccionada a un sector especializado.
- Antes de ejecutar sus actividades, ejecutan un planeamiento lineal.
- Pueden englobar países fronterizos (v.gr. Perú y Bolivia).
- Sus labores se encuentran ligadas, sustancialmente, a los circuitos productivos o de comercio.
- Sus prototipos se encuentran enfocados, principalmente, al: **contrabando, tráfico ilícito de drogas, trata de persona o, incluso, la inmigración ilegal.**

D. Industrias o empresas criminales (4to grado)¹¹⁵

¹¹⁴ Ibid., p. 52.

¹¹⁵ Ibid., pp. 51-52.

- Son la verdadera expresión de la criminalidad organizada.
- Cuentan con una estructura compleja.
- Pueden desarrollar sus actividades de forma lícita.
- Poseen redes de agencias que les atribuyen poder y presencia en el ámbito internacional.
- Tienen mucha influencia en sus entornos, por ello es que cuentan con poder sobre los riesgos que les aseguran permanencia y, sobre todo, cuantiosas ganancias.
- Recurren a los sofisticados servicios que les permiten legitimar sus ingresos ilícitos.
- Su gran recepción de lucro depende, en mayor consonancia, al lavado de dinero (Derecho penal económico).
- Estas son las principales organizaciones criminales que pertenecen a este grado:
 - ✓ La Ndranghetta (opera en Calabria-Italia).
 - ✓ La Camorra (opera en Nápoles-Italia).
 - ✓ La mafia Siciliana (opera en Sicilia-Italia).
 - ✓ La Sacra Corona Unita (opera en Abulia-Italia).
 - ✓ La Medvedkovskaya (opera en Moscú-Rusia).
 - ✓ La Orekhovskaya (opera en países europeos).
 - ✓ Las Triadas chinas (opera en Asia, Europa y América).
 - ✓ La Yakuza Japonesa (opera de forma transnacional).
 - ✓ La Cosa Nostra (opera en los EE.UU).

V. DISCUSIÓN

5.1. El derecho penal del enemigo como manifestación del derecho penal diferenciado: ¿Existe y debe existir un derecho penal del enemigo?

5.1.1. Generalidades

En los últimos tiempos se ha desatado una fuerte discusión en los estratos académicos por el llamado Derecho penal del enemigo. La especial importancia que ha adquirido en la actualidad el debate doctrinal sobre este Derecho penal de excepción, se explica fundamentalmente por el escalamiento del fenómeno del terrorismo nacional e internacional. En efecto, la sensación de inseguridad que, a causa de la globalización de la información, aqueja a prácticamente todos ciudadanos del mundo frente al accionar terrorista, ha llevado a que los diversos países, en mayor o en menor medida, extremen sus mecanismos de protección, y en primera línea la reacción jurídico-penal.

En la generalidad de países, como puede constatarse fácilmente, existe actualmente una legislación penal especialmente represiva contra las actividades terroristas, la cual, por otra parte, se ha ido extendiendo a otros ámbitos especialmente sensibles como el narcotráfico, la criminalidad organizada y la violencia sexual. A partir de este hecho cierto, cabe plantearse la pregunta de si existe realmente un Derecho penal del enemigo o no, pero además si tal regulación penal debería existir en un Estado de Derecho.

La discusión sobre el Derecho penal del enemigo en la doctrina penal contemporánea ha venido de la mano de los trabajos dogmáticos del Prof. Günther

JAKOBS, primero de manera referencial en su trabajo de 1985 sobre la criminalización en el estadio previo a la lesión del bien jurídico y luego de manera abierta en su conferencia en el Congreso de Profesores de Derecho penal de 1999 en Berlín. A partir de entonces JAKOBS se ha encargado de desarrollar los presupuestos filosóficos para explicar dogmáticamente el llamado Derecho penal del enemigo¹¹⁶, llegando a concluir esta labor de forma rigurosa en el trabajo titulado *Bürgerstrafrecht und Feindstrafrecht* aparecido en lengua castellana en el 2003¹¹⁷. A partir del planteamiento esbozado por JAKOBS se ha iniciado una fuerte discusión doctrinal sobre el llamado Derecho penal del enemigo, la cual se ha llevado a cabo desde diversas perspectivas que van desde el plano dogmático hasta el ideológico.

En el plano dogmático SCHÜNEMANN se ha pronunciado críticamente frente a la formulación de un Derecho penal del enemigo, considerándola incorrecta ya desde el plano analítico y reprochándole ser consecuencia de aquella circularidad propia de la dogmática penal a la que califica de ausente de consecuencias¹¹⁸. Con menos adjetivos y con mayor profundidad analítica se pronuncia CANCIO MELIÁ, quien enmarca la actual configuración del Derecho penal del enemigo dentro del fenómeno de expansión del Derecho penal que acusara ya SILVA SÁNCHEZ con suma claridad¹¹⁹, precisando que se trata del resultado de la fusión de dos líneas de

¹¹⁶ Muy importante es, a nuestro parecer, su trabajo *Personalität und Exklusion im Strafrecht*, publicado en lengua castellana en JAKOBS, Günther (2003). *El Funcionalismo en Derecho penal*, Libro Homenaje al Prof., Bogotá, p. 71 y ss.

¹¹⁷ Una versión alemana se publicó el mismo año en: *Foundations and limits of Criminal Law and Criminal Procedure –An Anthology in Memory of Professor Fu-Tseng Hung–*, 2003, p. 41 y ss.

¹¹⁸ Vid., SCHÜNEMANN, “Die deutsche Strafrechtswissenschaft nach der Jahrtausendwende”, *GA* 2001, p. 211.

¹¹⁹ *La expansión del Derecho penal*, Madrid, 1999.

desarrollo de las legislaciones penales modernas: el Derecho penal simbólico y el resurgimiento del punitivismo¹²⁰.

CANCIO MELIÁ pone de manifiesto la irracionalidad o incoherencia del llamado Derecho penal del enemigo, para a partir de ello negarle el carácter de verdadero Derecho penal: “Sólo el Derecho penal del ciudadano es Derecho penal”¹²¹. Por su parte, SILVA SÁNCHEZ destaca igualmente la existencia del Derecho penal del enemigo, al que, con términos gráficos, califica de Derecho penal de “tercera velocidad”, es decir, un Derecho penal en el que co-existen la imposición de penas privativas de libertad y la flexibilización de los principios y reglas de imputación jurídico-penales¹²². Si bien SILVA SÁNCHEZ no le niega el carácter de Derecho a este Derecho penal de excepción (al que llama de tercera velocidad), señala claramente que tendría que quedar reducido “a la mínima expresión”.

Podría decirse que GRACIA MARTÍN no opinaría distinto si es que el Derecho penal del enemigo no entra en conflicto con la dignidad del ser humano, pero agrega que, en tales circunstancias, este Derecho penal no sería un Derecho penal de excepción, sino un ámbito particular del Derecho penal¹²³. Por el contrario, si estas reglas particulares desconociesen el carácter de persona responsable al delincuente,

¹²⁰ JAKOBS, Gunter (2003). “Derecho penal del ciudadano y Derecho penal del enemigo” (trad. Cancio), en Jakobs/Cancio, *Derecho penal del enemigo*, Madrid, p. 55; CANCIO MELIÁ, “¿Derecho penal del enemigo?”, en JAKOBS/Cancio, *Derecho penal del enemigo*, p. 62 y ss.

¹²¹ CANCIO MELIÁ, en Jakobs/Cancio, *Derecho penal del enemigo*, p. 61.

¹²² SILVA SÁNCHEZ, Jesús (2001). *La expansión del Derecho penal*, 2ª ed., Madrid: Editorial Civitas, pp. 231 y ss.

¹²³ Vid., Gracia Martín, “Consideraciones críticas sobre el actualmente denominado “*Derecho penal del enemigo*” En: RECPC 07-02 (2005), <http://criminet.ugr.es/recpc>, p. 02: 42.

estaríamos ante reglas injustas y, por ello, habría que negarles el carácter de Derecho.

Por último, en un plano esencialmente ideológico, ZAFFARONI ha cuestionado los fundamentos filosóficos utilizados por JAKOBS, en la medida que no responden a la contraposición entre Estado totalitario y Estado liberal¹²⁴. Según ZAFFARONI, los partidarios del Estado absoluto niegan el derecho de resistencia a la opresión, asignándole el carácter de enemigo a quien pretende ejercerlo¹²⁵. A pesar de la indudable importancia de los fundamentos filosóficos para la afirmación de un Derecho penal del enemigo, en esta contribución no pretendemos entrar en este nivel de análisis, sino que nos limitaremos a las cuestiones de la existencia y legitimidad del Derecho penal del enemigo a partir de los principios que informan al sistema jurídico peruano actual. En cuanto a la cuestión de la existencia del Derecho penal del enemigo, consideramos necesario mostrar primeramente los rasgos esenciales de este Derecho penal de excepción, de manera que cotejándolo con la legislación penal positiva podamos responder a la pregunta de si existe un Derecho penal del enemigo en el Derecho penal peruano.

A partir de la verificación de este dato, entraremos en el plano de la legitimidad, es decir, en la cuestión de si un Derecho penal del enemigo puede admitirse en el sistema jurídico nacional. Si bien algunos podrían cuestionar que un estudio dogmático entre en el terreno de la legitimidad, también es cierto que el dogmático no se ocupa de sistematizar acriticamente el Derecho positivo, sino que

¹²⁴ ZAFFARONI, Eugenio. “*Es posible un Derecho penal del enemigo no autoritario*”, p. 1082.

¹²⁵ ZAFFARONI, *LH-Rodríguez Mourullo*, p. 1082 y ss.

puede cuestionarlo en función de los diversos principios establecidos en la Constitución y en los tratados internacionales sobre derechos humanos¹²⁶.

Es evidente que la determinación de estos referentes implica necesariamente una toma de postura sobre los fundamentos filosóficos de la persona y el Derecho, pero en este trabajo no nos vamos a ocupar de desarrollarlos de manera detallada.

5.1.2. Sobre la existencia del Derecho penal del enemigo

Para poder determinar si en la legislación penal peruana existe un Derecho penal del enemigo es necesario saber primeramente a qué se le llama Derecho penal del enemigo. Se habla tanto del Derecho penal del enemigo, pero muchas veces no hay claridad respecto de lo que se intenta abarcar con este término.

5.1.2.1. ¿Qué es el Derecho penal del enemigo?

Bajo la denominación “Derecho penal del enemigo” se hace referencia al Derecho penal que trata a los infractores como enemigos, es decir, como meras fuentes de peligro que deben ser neutralizadas del modo que sea¹²⁷. Este Derecho penal se opone al Derecho penal del ciudadano, en donde la imposición de una pena se hace necesariamente en el marco de un procedimiento rodeado de garantías. Precisamente porque no se reacciona frente a ciudadanos¹²⁸, el Derecho penal del

¹²⁶ KAUFMANN, Arthur (1999). *Filosofía del Derecho*, Bogotá: Editora Hamurabi, p. 48.

¹²⁷ CANCIO MELIÁ, “Derecho penal” del enemigo y delitos de terrorismo”, *RPCP* 13, p. 155.

¹²⁸ JAKOBS, “La ciencia del Derecho penal ante las exigencias del presente”, (trad. Manso), en *Escuela de verano del Poder Judicial*, Galicia, 1999, p. 139: “El Estado no habla con sus ciudadanos, sino que amenaza a sus enemigos”.

enemigo no está obligado a observar plenamente las condiciones de legitimidad que se exigen para imponer una sanción penal a los ciudadanos.

Los enemigos se encuentran, de alguna forma, excluidos de la sociedad¹²⁹ y, por lo tanto, el sistema jurídico no tiene que reconocerlos como ciudadanos, es decir, como personas. Podría decirse, en síntesis, que el Derecho penal del enemigo no busca confirmar con la pena la vigencia de la norma defraudada por la conducta de un ciudadano, sino neutralizar a aquellos sujetos que no ofrecen la garantía mínima de fidelidad al Derecho (los enemigos). El efecto comunicativo de la pena requiere, en estos casos, un aseguramiento cognitivo que se pretende alcanzar con el aligeramiento de los límites y los controles de la reacción penal¹³⁰.

Las afirmaciones precedentes requieren, sin embargo, de una precisión muy importante. Si bien el Derecho penal del enemigo destaca fundamentalmente una función cognitiva de aseguramiento, lo cierto es que no se trata al delincuente como un mero objeto peligroso y ni tan siquiera como a alguien al que se le ha declarado la guerra en el sentido propio del término¹³¹. La reacción jurídico-penal frente al enemigo requiere ciertos niveles de juridicidad, como son la existencia de un proceso penal con garantías mínimas, la declaración de culpabilidad realizada por

¹²⁹ Vid., sobre la autoexclusión JAKOBS, “Personalidad y exclusión en el Derecho penal”, (trad. Manso), en *El funcionalismo en Derecho penal*, Libro Homenaje al Prof. Günther Jakobs, Bogotá: Universidad Externado de Colombia (2003), p. 85 y ss.

¹³⁰ JAKOBS, en *Escuela de verano*, p. 137 y s.; el mismo en Jakobs/Cancio, *Derecho penal del enemigo*, p. 40 y s.; GRACIA MARTÍN, *Prolegómenos para la lucha por la modernización y expansión del Derecho penal y para la crítica del discurso de resistencia*, Valencia, 2003, p. 123.

¹³¹ PASTOR (2005), “El Derecho penal del enemigo en el espejo del poder punitivo internacional”, en *Los desafíos del Derecho penal en el siglo XXI*, Libro Homenaje al Prof. Dr. Günther Jakobs, Lima, p. 780.

un juez y el cumplimiento de la pena en un régimen penitenciario legalmente previsto.

En este sentido, puede decirse que la lucha contra el enemigo no se mueve solamente en el plano cognitivo, sino que tiene ciertos mínimos normativos que permiten afirmar que el enemigo no se encuentra del todo despersonalizado. De hecho, JAKOBS habla en la actualidad de una *despersonalización parcial* del enemigo.

A partir de las ideas generales esbozadas sobre el Derecho penal del enemigo, la doctrina penal ha intentado establecer cuáles son sus características esenciales. JAKOBS, por ejemplo, menciona tres rasgos fundamentales¹³²: el amplio adelantamiento de la punibilidad con penas que no se reducen proporcionalmente con dicho adelantamiento, el incremento notable de las penas y la relajación o supresión de ciertas garantías individuales de orden procesal (incluiría también garantías de orden sustantivo y penitenciario¹³³). A estas características CANCIO MELIÁ agrega dos más: el castigo con fines puramente simbólicos de comportamientos que no generan ningún peligro (que no es más que un desarrollo del primer rasgo destacado por JAKOBS) y el recurso a cláusulas generales o indeterminadas en los tipos penales¹³⁴.

Debe quedar en claro que las características señaladas deben presentarse de manera conjunta para poder hablar de un Derecho penal del enemigo, pues la

¹³² JAKOBS, en *Escuela de verano*, p. 138.

¹³³ Así, el endurecimiento del Derecho penitenciario en la legislación penal del enemigo es destacado por GRACIA MARTÍN, Martín, *RECPC* 07-02 (2005), <http://criminet.ugr.es/recpc>, p. 02: 11.

¹³⁴ CANCIO MELIÁ, *RPCP* 13, p. 156.

infracción focalizada de alguna garantía material o procesal resulta insuficiente para afirmar la existencia de una política criminal represiva. Un supuesto individualizado de infracción del principio de lesividad o de legalidad, así como la restricción de alguna garantía individual de carácter procesal no puede dar pie a denunciar la configuración de un Derecho penal del enemigo. En consecuencia, no puede considerarse adecuado acudir al término Derecho penal del enemigo y, de paso, a todo el contenido crítico que este término arrastra¹³⁵, para denunciar una infracción focalizada de los principios penales o procesales. El Derecho penal del enemigo es la materialización legislativa de una política criminal represiva frente a determinados delitos especialmente graves.

5.1.2.2. B. ¿Hay un Derecho penal del enemigo 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.

A. El terrorismo

¹³⁵ Ibidem.

En los delitos de terrorismo, por ejemplo, los retazos de un Derecho penal de excepción pueden verse con mucha claridad¹³⁶. 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 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”¹³⁷. 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

¹³⁶ Ibidem.

¹³⁷ HURTADO POZO, José (2005). *Manual de Derecho penal. Parte General*, Lima: Editorial San Marcos, p. 418.

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.

B. 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.

C. 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 semi-libertad y la liberación condicionales, así como el indulto, la conmutación de pena y el derecho de gracia.

D. 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.

5.1.3. Sobre la legitimidad del Derecho penal del enemigo

5.1.3.1. Punto de partida

Si consideramos que la labor del dogmático es construir un sistema conceptual a partir del Derecho o instituciones positivas, entonces la legitimidad del Derecho penal del enemigo estará condicionada solamente por la posibilidad de deducirlo racionalmente del tenor de la ley o de las estructuras sociales vigentes¹³⁸. Consideraciones críticas sobre los puntos de partida de esta legislación penal positiva podrían ser tomadas en cuenta de cara a una futura reforma penal, pero no pasarían de ser para el dogmático no más que buenas intenciones sobre un Derecho penal deseable. Si bien existe la aspiración general a una sociedad mejor, las

¹³⁸ Precisamente desde esta perspectiva es la crítica de CANCIO MELIÁ, *RPCP* 13, pp. 158 y ss.

estructuras de imputación de responsabilidad penal se basan en el Derecho vigente, no en el que sería deseable.

Por el contrario, el juicio de legitimidad adquiere una dimensión distinta si se entiende que el Derecho no es solamente lo convencionalmente establecido por el Derecho positivo, sino que existen ciertos principios naturales que informan igualmente la labor jurídica y que no dependen de la sola convención o el acuerdo. Estos principios naturales no pueden ser desconocidos como criterios de decisión en la resolución jurídica de los conflictos, por lo que si la regulación positiva o la decisión judicial los dejan de lado, la legitimidad de esta regulación o decisión podrá ser cuestionada. En este sentido, la legitimidad jurídica no se reduce al respeto del procedimiento formal de creación del Derecho positivo o la legalidad de la decisión judicial, sino que abarca su correspondencia con un conjunto de principios naturales igualmente vinculantes. Es evidente que el desarrollo de estos principios desborda el marco expositivo de este trabajo, bastando simplemente con señalar que la referencia material de estos principios se encuentra en la naturaleza de persona y que cuentan con un reconocimiento expreso y con mecanismos de protección tanto en la Constitución como en los tratados internacionales sobre derechos humanos.

En efecto, no puede negarse que en la actualidad existe no sólo un reconocimiento expreso de la vigencia de ciertos principios naturales irrenunciables en las constituciones políticas y tratados internacionales sobre derechos humanos, sino que se han implementado diversos procedimientos legales para hacer efectivo dicho reconocimiento. En la actualidad una ley puede cuestionarse mediante una

acción de inconstitucionalidad, así como una decisión judicial puede ser revocada mediante una acción de garantía. Del mismo modo, una actuación o decisión ajustada a la legalidad de un país no impide que pueda ser cuestionada en tribunales extranjeros o internacionales con base en los diversos tratados internacionales. La actividad del Tribunal Constitucional peruano y los diversos casos que se han llevado ante la Corte Interamericana de Derechos Humanos en los últimos seis años confirman esta tendencia del Derecho actual.

A partir de las ideas expuestas, puede concluirse que el Derecho penal del enemigo que se encuentra reconocido en la legislación penal positiva no alcanza, por ese solo hecho, legitimidad. Esta legislación penal debe ser sometida a un control sobre su compatibilidad con los diversos principios y garantías jurídico-penales recogidos en la Constitución Política y en los diversos tratados internacionales sobre derechos humanos. En este sentido, el hecho comprobado de que nuestra legislación penal posea, en determinados grupos de delitos, los rasgos característicos de un Derecho penal del enemigo, no permite afirmar su legitimidad. Un Derecho penal de excepción que no se ajuste a los principios constitucionales, no podrá aceptarse en el actual sistema jurídico-penal por más que se encuentre previsto positivamente en la legislación penal¹³⁹.

5.1.3.2. El control de legitimidad del Derecho penal del enemigo

Como lo hemos dicho, para determinar la legitimidad de la legislación penal del enemigo hay que someter sus rasgos característicos a un juicio de

¹³⁹ CANCIO MELIÁ, en JAKOBS/CANCIO, *Derecho penal del enemigo*, p. 89, llama a este juicio de legitimidad “externo”. La pregunta será ¿externo a qué?, ¿al Derecho, al Derecho penal, al fin de la pena, a la visión funcionalista?

constitucionalidad y compatibilidad con el respecto de los derechos humanos. Si es que las reglas excepcionales de represión penal no encuentran justificación desde esta perspectiva, la llamada legislación penal del enemigo no podrá encontrar asidero en nuestro sistema jurídico.

A. La severidad de las penas

En primera línea salta la cuestión de la extrema dureza de las penas contempladas en la legislación penal del enemigo. ¿Puede cuestionarse el hecho de que la pena para los delitos de terrorismo, narcotráfico, secuestro, violación de menores de edad y corrupción de funcionarios sea en la actualidad tan elevada? La respuesta a esta pregunta requiere diferenciar la gravedad de las penas en un sentido cualitativo y cuantitativo.

En primer lugar, habría que discutir la legitimidad de penas cualitativamente graves como la pena de muerte. Si bien la legislación penal ordinaria no contempla la pena de muerte para ningún delito, la Constitución Política del Perú reconoce la posibilidad de imponerla para los casos de terrorismo. Esta disposición constitucional no se ajusta, sin embargo, al artículo 4.2. de la Convención Americana de Derechos Humanos asumida por el Perú. En este artículo de la Convención se prohíbe ampliar la pena de muerte a nuevos delitos¹⁴⁰ y en la medida que la Constitución Política de 1979 contemplaba dicha pena solamente para los casos de traición a la patria en caso de guerra exterior, su posterior ampliación a los

¹⁴⁰ STC 010-2002-AI de fecha 3 de enero de 2003, n.m. 124.

delitos de terrorismo en la Constitución de 1993 constituye una vulneración a la referida Convención.

Pero con independencia de esta cuestión de responsabilidad internacional, es evidente que la pena de muerte tampoco resultaría admisible en nuestro sistema jurídico, ya que su aplicación conllevaría una infracción a principios constitucionalmente reconocidos como el principio de dignidad y de resocialización del reo. Por lo tanto, la severidad de las penas en la legislación penal no puede llegar, en principio, hasta la pena de muerte.

En el ámbito de la pena privativa de libertad, la severidad de la pena tiene como punto máximo indudablemente la cadena perpetua, prevista para determinados casos de terrorismo, violación sexual y secuestro. Sin embargo, el Tribunal Constitucional peruano se ha pronunciado sobre la necesidad de que toda pena privativa de libertad contemple mecanismos de temporalidad. Ahora bien, hay que precisar que si bien el Tribunal Constitucional no considera inconstitucional *per se* la cadena perpetua, impone al legislador penal la obligación de incorporar mecanismos que hagan que la cadena perpetua no sea una pena sin un plazo de culminación. En consecuencia, la previsión legal de la cadena perpetua para determinados delitos graves no es inconstitucional, siempre que prevea en su ejecución mecanismos temporales de excarcelación¹⁴¹.

En el plano cuantitativo, las penas privativas de libertad temporales deben ajustar su duración a la gravedad de la infracción penal. En este contexto, adquiere

¹⁴¹ STC 010-2002-AI de fecha 3 de enero de 2003, n.m. 137.

una importancia central el llamado principio de proporcionalidad reconocido en el artículo 200 de la Constitución Política del Perú¹⁴². La severidad de las penas no puede pasar por encima el límite impuesto por el principio de proporcionalidad. Siguiendo los importantes desarrollos jurisprudenciales realizados por el Tribunal Constitucional Peruano, para determinar la proporcionalidad de una pena hay que someterla a un *test* que determine su idoneidad, necesidad y proporcionalidad en sentido estricto.

En cuanto a la idoneidad, debe determinarse que las penas previstas para los delitos de terrorismo, narcotráfico, secuestro, violación de menores de edad y corrupción de funcionarios resultan adecuadas para mantener la identidad normativa esencial de la sociedad. Parece claro que nadie puede dudar de la grave lesividad social de los delitos mencionados y, por lo tanto, la adecuación del *quantum* de pena para el mantenimiento de la vigencia de la norma. En el caso del terrorismo, por ejemplo, el propio Tribunal Constitucional peruano ha considerado estos delitos como “muy graves”¹⁴³.

En cuanto a la necesidad, este juicio nos permite señalar que solamente hay que recurrir a las características de un Derecho penal del enemigo si no es posible conseguir el mismo efecto confirmador de la vigencia de la norma con el Derecho penal del ciudadano. Al Derecho penal del enemigo sólo hay que recurrir cuando sea necesario para asegurar el mínimo de confianza en las normas del sistema social. En cuanto a la proporcionalidad en sentido estricto, resulta fácilmente constatable

¹⁴² STC 010-2002-AI de fecha 3 de enero de 2003, n.m. 138.

¹⁴³ STC 010-2002-AI de fecha 3 de enero de 2003, n.m. 144.

que la severidad de la pena de estos delitos no resulta preponderante sobre el mantenimiento de la identidad normativa del propio sistema social¹⁴⁴.

B. El adelantamiento de las barreras de protección

El otro rasgo característico de la legislación penal del enemigo es el adelantamiento de la barrera de punición, en el sentido de autorizar la imposición de una sanción penal aunque no se haya producido aún la afectación de un bien jurídico. La utilización de este mecanismo de represión penal entra en conflicto con el llamado principio de lesividad u ofensividad, el cual se encuentra expresamente contemplado en el artículo IV del Título Preliminar del Código penal peruano.

Conforme a este principio, la pena requiere necesariamente de la lesión o puesta en peligro de un bien jurídico. Si se sigue de forma estricta la exigencia del principio de lesividad difícilmente se podría legitimar un adelantamiento de las barreras de punición, ya que no sería posible castigar una conducta preparatoria que no ha realizado aún la conducta propiamente lesiva.

En los escritos especializados existe una justificación más retórica que real para adelantar las barreras de punición sin afectar el principio de lesividad. Se construyen conceptualmente bienes jurídicos supraindividuales o difusos con una formulación nominal que suena muy convincente, pero que en realidad no constituye ningún elemento material plausible¹⁴⁵.

¹⁴⁴ Ibidem

¹⁴⁵ Vid., así la crítica de HERZOG, *Gesellschaftliche Unsicherheit und strafrechtliche Daseinvorsorge*, Heidelberg, 1991, p. 110; PRITTWITZ, “Risiken des Risikostrafrechts”, en *Konstruktion der Wirklichkeit durch Kriminalität und Strafrecht*, Frehsee/Löschper/Smaus (Hrsg.), Baden-Baden, 1997, p. 53.

Bienes jurídicos como la seguridad o tranquilidad públicas, en donde se puede meter todo lo que se quiera, permitirían justificar la punición de actos preparatorios que aún no han puesto o peligro o lesionado algún interés individual. Es evidente que la justificación del adelantamiento de las barreras de punición no puede discurrir con éxito por esta vía, sino que la única alternativa científicamente posible sería reinterpretar el propio concepto del delito y, por lo tanto, de lesividad. En efecto, si el delito deja de entenderse como una lesión de intereses empíricamente individualizables y pasa a ser interpretado como la defraudación de expectativas sociales de respecto de bienes jurídicos, las cosas adquirirán evidentemente otro cariz¹⁴⁶.

La defraudación de una expectativa normativa no precisa necesariamente de la lesión empírica de un interés individual, sino que se sustenta en lo socialmente perceptible, es decir, en la perturbación social del hecho punible. De manera que si formar un grupo terrorista, cultivar determinadas plantas alucinógenas, promocionar la prostitución de menores de edad u ofrecer la venta de influencias constituyen de por sí hechos socialmente intolerables, la intervención penal en estos ámbitos de actuación podrá quedar completamente justificada.

C. La indeterminación de los elementos del tipo

Al Derecho penal del enemigo se le ha acusado también de infringir el mandato de certeza o determinación, en la medida que recurre a formulaciones legales amplias e indeterminadas que no permiten precisar suficientemente la

¹⁴⁶ GARCÍA CAVERO, Percy (2003). *Derecho penal económico, Parte General*, Lima: Jurista Editores, pp. 306, 315 y ss.

conducta prohibida. El llamado mandato de certeza o determinación establece que la ley penal debe precisar suficientemente la conducta delictiva, de manera tal que el ciudadano pueda saber con anterioridad el ámbito de lo punible. Se trata de una derivación del principio de legalidad, reconocido expresamente en el artículo 2 inciso 24 literal d) de la Constitución Política del Perú. Si los tipos penales no respetan las exigencias derivadas del principio de legalidad, no podrán legitimar la imposición de sanciones penales.

La vigencia del mandato de certeza lleva, como primera consecuencia, a rechazar las descripciones típicas que no precisen suficientemente el hecho punible. En esta línea, el Tribunal Constitucional peruano declaró inconstitucional, por ejemplo, el delito de apología del terrorismo, en la medida que no describía con precisión el objeto sobre el que debía recaer la apología¹⁴⁷.

El sentido de esta decisión del Tribunal Constitucional no debe, sin embargo, entenderse en un sentido absoluto, ya que los tipos penales no pueden pretender determinar completamente la conducta punible. Semejante exigencia significaría obligar al legislador a hacer una descripción casuística inconciliable con la formulación general y abstracta de las leyes penales.

En este sentido, el mandato de certeza no impone una determinación absoluta de la conducta punible, sino que constituye una garantía frente a la arbitrariedad de

¹⁴⁷ STC 010-2002-AI de fecha 3 de enero de 2003, n.m. 88.

la decisión judicial, en el sentido de establecer de manera previa criterios objetivos a la decisión judicial¹⁴⁸.

Lo anteriormente expuesto permite aceptar que el mandato de certeza no rechaza el recurso a ciertas técnicas de tipificación que facilitan la adaptación de los tipos penales a la multiformidad y dinamismo de la realidad. Las leyes penales en blanco, la accesoriedad administrativa y las cláusulas generales o indeterminadas son precisamente instrumentos legales que contribuyen a esta labor de adaptación de los tipos penales.

En consecuencia, la denunciada porosidad de los elementos típicos utilizados en la legislación penal del enemigo no permite considerar de plano ilegítimo este recurso típico. En la literatura especializada, las cláusulas generales se admiten cuando no existe otra manera de realizar una tipificación mínimamente eficaz de las conductas delictivas¹⁴⁹.

Es cierto que se tiene que recurrir a conceptos valorativos con cierto núcleo de significación asegurado y admitir una mayor participación creadora del juez, pero no por ello se puede calificar de ilegítimo el uso de este recurso.

En consecuencia, el Derecho penal del enemigo que recurre a cláusulas generales en los tipos penales no es necesariamente ilegítimo, pues podrá admitirse cuando sea la única forma de reprimir eficazmente dicha criminalidad y se recurra a conceptos generales con un núcleo de significación asegurado. Lo contrario sería

¹⁴⁸ Vid., similarmente, JAKOBS, *Strafrecht*, AT, Berlin, 1991, apdo 4, n.m. 12; GARCÍA CAVERO, *Derecho penal económico*, PG, p. 150.

¹⁴⁹ GARCÍA CAVERO, Percy. *Derecho penal económico*, p. 163.

dar origen a una legislación penal que no cubre el mínimo de aseguramiento cognitivo necesario para la credibilidad en el sistema penal.

D. La restricción de garantías materiales, procesales y penitenciarias

El punto en el que posiblemente se cuestione más las particularidades del Derecho penal del enemigo es el referido a la exclusión o restricción de diversas garantías y beneficios de carácter sustantivo, procesal o penitenciario. El hecho de que la legislación penal del enemigo autorice, por ejemplo, un plazo de detención policial mayor al ordinario o la posibilidad de incomunicar al detenido o privar al condenado de algunos beneficios penitenciarios, despierta entre los penalistas un natural sentimiento de rechazo inmediato frente a este Derecho penal de excepción. La idea muy internalizada de un Derecho penal garantista trae como lógica consecuencia la negación de plano de la legitimidad de un Derecho penal que restringe garantías jurídico-penales.

Sin embargo, para poder hacer un análisis objetivo sobre la legitimidad de un Derecho penal del enemigo que restringe garantías hay que desprenderse necesariamente del instintivo sentimiento de rechazo a esta forma de Derecho penal que ya desde el nombre levanta serias objeciones. La cuestión central es saber si la legislación penal puede limitar, en algunos casos, los derechos y garantías jurídico-penales.

El Tribunal Constitucional Peruano ha señalado que “en el Estado Constitucional de Derecho, por regla general, no hay derechos cuyo ejercicio pueda realizarse de manera absoluta, pues éstos pueden ser limitados, ya sea en atención

a la necesidad de promover otros derechos constitucionales, ya sea porque su reconocimiento se realiza dentro de un ordenamiento en el cual existen también reconocidos una serie de principios y valores constitucionales. En consecuencia, ninguna garantía o beneficio jurídico-penal es, por regla, general, absoluto, sino que puede ser limitado mientras se respete su contenido esencial”¹⁵⁰.

A partir de la doctrina constitucional citada, puede afirmarse que la restricción de garantías o beneficios no resulta ilegítima *per se*, sino que requiere estar justificadas en una razón objetiva, más allá del solo ánimo de ser drásticos con determinadas formas de criminalidad como el terrorismo o los violadores sexuales.

Por ejemplo, el propio Tribunal Constitucional ha señalado, en cuanto al mandato de detención para los delitos de terrorismo que dicho tribunal “debe recordar, especialmente teniendo en consideración los graves problemas ocasionados por las prácticas terroristas en nuestro país durante los últimos años, que además de las razones previstas en el artículo 135 del Código Procesal Penal (en donde se establecen los requisitos del mandato de detención), el legislador puede introducir otras razones adicionales para decretar la detención judicial preventiva. En particular, las que tienen que ver con el riesgo de la comisión de nuevos delitos o, excepcionalmente, con la finalidad de preservar el orden público”¹⁵¹.

Del mismo modo, ha considerado constitucional la incomunicación del detenido, señalando que no se trata de un derecho absoluto, sino que puede

¹⁵⁰ STC 010-2002-AI de fecha 3 de enero de 2003, f.j. 112.

¹⁵¹ STC 010-2002-AI de fecha 3 de enero de 2003, n.m. 128.

perfectamente limitarse siempre que sea necesario para esclarecer el delito y se comunique sin dilación y por escrito dónde se halla la persona detenida¹⁵². En consecuencia, la restricción de ciertas garantías y beneficios jurídico-penales puede hacerse de manera legítima siempre que dicha restricción se encuentre justificada razonablemente por los objetivos que se persigan y no se afecte el contenido esencial de los derechos constitucionales.

El especial cuestionamiento de la limitación de ciertos principios o garantías penales por parte del Derecho penal del enemigo justifica unas breves reflexiones de base filosófica sobre la cuestión. En primer lugar, considero que no constituye un acto de lealtad científica descontextualizar las afirmaciones que JAKOBS hace sobre el enemigo y sobre la falta del estatus de persona para atribuirle un tamiz totalitario a su planteamiento. En un Estado totalitario hablar de persona o de derecho es, como lo dice el propio JAKOBS, una burla para los violentados¹⁵³.

Cuando JAKOBS habla de que el enemigo es una no-persona, no hace referencia a una cosificación de la persona, sino a que la normatividad pura (ser persona) no se desarrolla en una normatividad realizada (actuar como persona). El enemigo sigue siendo persona en otros ámbitos (de ahí que se hable también de una despersonalización parcial) e incluso tiene la posibilidad de volver a los estándares de organización social y reasumir el rol de ciudadano. En este sentido, consideramos que debe hacer menos demagogia con el Derecho penal del enemigo

¹⁵² STC 010-2002-AI de fecha 3 de enero de 2003, n.m. 115.

¹⁵³ Vid., Prólogo al libro *El Fundamento del sistema jurídico penal*, Lima, 2005.

y ser un poco más científicos al analizar este fenómeno de la legislación penal contemporánea.

Sin embargo, hay ciertas diferencias filosóficas que presentamos en nuestro planteamiento con respecto a las seguidas por JAKOBS, aunque nos pueda llevar a conclusiones similares. En opinión de Muñoz Conde y Gracia Martín, el delincuente que infringe las condiciones básicas para la convivencia pacífica entre ciudadanos (terrorista, narcotraficante, secuestrador, violador o funcionario corrupto) puede ver restringidos ciertos derechos fundamentales precisamente por su renuncia al estatus de ciudadano, pero de ninguna forma puede desprenderse de su calidad de persona que obliga al Estado a tratarlo como un ser con dignidad¹⁵⁴.

En este sentido, los llamados enemigos no pueden ser considerados no-personas frente a los que se puede reaccionar de cualquier forma con la finalidad de eliminar su carácter de fuente de peligro¹⁵⁵. La fundamentación de la exclusión o restricción de ciertas garantías o beneficios jurídico-penales no puede apoyarse en la negación de la personalidad jurídica, sino en la posibilidad de ingerencia sobre los ámbitos de reserva de los ciudadanos cuando abiertamente no ofrezcan las garantías de fidelidad al Derecho.

5.1.3.3. ¿Puede haber un régimen penal de excepción legítimo?

Como se ha tratado de demostrar a lo largo de nuestra exposición, sí es posible un régimen penal de excepción que contenga penas severas, adelante las barreras

¹⁵⁴ Vid., igualmente, MUÑOZ CONDE, *Edmund Mezger y el Derecho penal de su tiempo*, Valencia, 2000, p. 75; GRACIA MARTÍN, *RECPC* 07-02 (2005), <http://criminnet.ugr.es/recpc>, p. 02: 29.

¹⁵⁵ Tampoco se les puede reconocer sólo una personalidad potencial (como lo hace JAKOBS, en *Escuela de verano*, p. 138), para evitar una reacción excesiva.

de protección, utilice elementos típicos abiertos y restrinja ciertas garantías jurídico-penales. Sin embargo, hay que resaltar especialmente que con esta afirmación no se quiere legitimar cualquier forma de Derecho penal del enemigo, pues una legislación penal del enemigo sólo será de recibo excepcionalmente si sus rasgos distintivos se encuentran justificados en razones objetivas de excepción y respeten el contenido esencial de los derechos constitucionales. Lo que, en todo caso, debe quedar en claro es que no se puede negar de plano la configuración de un Derecho penal especialmente severo y restrictivo de ciertas garantías. La legislación penal no puede ser considerada ilegítima por el solo hecho de intensificar los estándares ordinarios de represión penal¹⁵⁶.

5.2. Análisis del delito de organización criminal: definición, estructura y sanción¹⁵⁷

En los últimos tiempos, el delito de organización criminal ha vuelto a suscitar debate a propósito de los casos del ex Juez Supremo César Hinostroza y el ex Fiscal de la Nación Pedro Chavarry, quienes fueron involucrados con la organización criminal “Los Cuellos Blancos”. Esta organización habría sido creada para controlar el Poder Judicial y el Ministerio Público¹⁵⁸. Sin embargo, no están siendo investigados debido a que, en el caso de Hinostroza, la justicia española no admitió

¹⁵⁶ De opinión contraria, PASTOR, en *LH-Jakobs*, p. 803: Las herramientas del derecho penal del enemigo no responden a las características exigidas por el orden constitucional para permitir al poder la utilización legítima del derecho punitivo”.

¹⁵⁷ GONZALES CIEZA, Marie, TORRES PACHAS David y CHANJAN DOCUMET Rafael (consultor). “*El delito de organización criminal: definición, estructura y sanción*”. Equipo Anticorrupción del IDEHPUCP. Lima. Disponible: <https://idehpucp.pucp.edu.pe/notas-informativas/el-delito-de-organizacion-criminal-definicion-estructura-y-sancion/>. Consulta: 19-07-19.

¹⁵⁸ Como se menciona en el informe final de las denuncias constitucionales N° 243, 248, 270, 285 y 288, realizado por Juan Sheput.

la extradición en su contra por ese delito y, en el caso de Chavarry, porque el Congreso archivó las denuncias constitucionales planteadas en su contra.

Asimismo, es preciso señalar que existen otros casos en los que, conforme a las investigaciones del Ministerio Público, habrían existido organizaciones criminales dentro de instituciones públicas, tal y como se plantea en el caso de Susana Villarán, e incluso dentro de partidos políticos, como sucedería en el caso de Keiko Fujimori y Fuerza Popular. Por tal motivo, es importante entender qué son las organizaciones criminales y cómo responden estas frente a los delitos cometidos.

5.2.1. Elementos esenciales:

El delito de organización criminal se encuentra tipificado en el artículo 317° del Código Penal peruano, según el cual:

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

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

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

Asimismo, se define en el artículo 2º inciso 1 de la Ley N° 30077, “Ley contra el crimen organizado”, de la siguiente manera: “Una organización criminal es aquella agrupación que cuenta con tres miembros o más, entre quienes se reparten tareas o funciones, cualquiera sea su estructura y ámbito de acción, que tenga carácter estable o tiempo indefinido, funcione de manera coordinada y tenga el propósito de cometer delitos”.

A. Integrantes

Según el tipo penal, se requiere (como mínimo) que la organización criminal esté conformada por tres miembros, entre los cuales se repartan tareas o funciones. Sin embargo, debemos advertir que no bastará probar la pluralidad de miembros para encontrarnos frente a una organización criminal, ya que este elemento debe ser analizado en conjunto con los otros que señala nuestro Código Penal.

Asimismo, es importante diferenciar a los sujetos que tengan la calidad de líder, jefe, financista o dirigente de la organización criminal¹⁵⁹, pues estos tendrán una pena mayor respecto de los demás integrantes. Como menciona Prado Saldarriaga¹⁶⁰:

¹⁵⁹ No será necesario que existan todas estas figuras dentro de la organización criminal.

¹⁶⁰ PRADO SALDARRIAGA, Víctor (2017). *Derecho Penal parte especial: los delitos*. Lima: Fondo Editorial PUCP, pp. 156 y 157.

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

El jefe es un órgano intermedio. Se encuentra subordinado al poder central del dirigente, pero posee autonomía a nivel operativo dentro de la organización; por lo que, tiene control sobre la ejecución de las acciones delictivas que deben cumplir quienes están bajo su mando. Esta figura aparece frecuentemente en las organizaciones descentralizadas que adoptan la estructura de la jerarquía regional.

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

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

B. Estructura y tareas entre los miembros

En el tipo penal no se define cómo tiene que ser la estructura de una organización criminal. En otras palabras, no existe uniformidad en ella, sino que

varía según el origen, grado de desarrollo alcanzado, el tipo de actividades delictivas que realiza o el número de integrantes¹⁶¹. Por lo que, hay organizaciones con estructuras altamente jerarquizadas, así como también estructuras flexibles que buscan adaptarse a esquemas corporativos horizontales¹⁶².

El Acuerdo Plenario N° 01-2017-SPN, señala que la estructura de la organización criminal puede deducirse a partir del análisis de las tareas conjuntas y actividades que realizan sus integrantes. Siendo ello así, no bastará la sola presentación de un organigrama, sino que será necesario probar dichas actividades para así acreditar la estructura de la organización criminal¹⁶³.

Del mismo modo en la Apelación N° 06-2018-1, Corte Suprema de Justicia de la República¹⁶⁴, citando a Zúñiga Rodríguez, se mencionan los elementos a tener en cuenta en la configuración estructural de la organización, como es poseer medio técnicos materiales y personales, objetivos comunes, códigos de conducta comunes, un sistema de toma de decisiones propio, regulaciones de las relaciones entre los miembros y de relaciones con el mundo exterior, así como una tendencia a la auto conservación.

C. Temporalidad

¹⁶¹ PRADO ALDARRIAGA, Víctor (2018). “*Sobre la criminalidad organizada en el Perú y el artículo 317 del Código Penal*”. En: <https://bit.ly/2j5vCCS>. Consulta: 11 de junio de 2019.

¹⁶² Ibidem.

¹⁶³ De acuerdo con el fundamento 19 del Acuerdo Plenario N° 01-2017-SPN. Es importante señalar que no siempre se tratan de estructuras piramidales, sino que también existen estructuras horizontales

¹⁶⁴ Apelación N° 06-2018-1. Sentencia emitida por la Sala Penal Especial el 7 de noviembre de 2018.

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

D. Finalidad

Como lo menciona el tipo penal, basta el propósito de cometer delitos, por lo que no será necesario que la organización cometa crímenes para poder sancionarlos. Y ello, porque se trata de un delito de peligro abstracto¹⁶⁵ destinado a reprimir comportamientos criminológicos, para así evitar poner en peligro bienes jurídicos tutelados por el Derecho Penal¹⁶⁶.

Se trata, en palabras de Zúñiga Rodríguez, de una figura de adelantamiento de la intervención penal, porque castiga un ámbito previo a la comisión de delitos¹⁶⁷. Lo que sí será indispensable es que se trate de una organización idónea para cometer delitos.

E. Conductas sancionadas por el tipo penal

Las conductas sancionadas por el tipo penal son: constituir, organizar, promover o integrar una organización criminal.

“Constituir” implica dar nacimiento formal a la estructura criminal de la organización. En tal acto fundacional se define la composición funcional, los

¹⁶⁵ PRADO SALDARRIAGA, Víctor (2017). Derecho Penal parte especial... Ob. cit., p. 148.

¹⁶⁶ ZÚÑIGA RODRÍGUEZ, Laura (2019). “Comentarios al art. 317 del Código Penal: La criminalización de las asociaciones ilícitas a la luz del Derecho Comparado”. En: Criminalidad de empresa y Criminalidad Organizada. Lima: Jurista Editores. p. 517.

¹⁶⁷ Ibid., p. 515.

objetivos, las estrategias de desarrollo, la forma de operar, y las acciones inmediatas y futuras de la organización¹⁶⁸.

“Organizar” comprende todo acto dirigido a diseñar y proporcionar una estructura funcional y operativa a la organización ya constituida. Quien organiza construye el organigrama y la dota de un orden para su funcionamiento¹⁶⁹.

“Promover” involucra la posterior realización de actos de difusión, consolidación y expansión de la ya creada organización e incluso en plena ejecución del proyecto delictivo. La persona que promueve se encuentra a cargo del proceso de planificación estratégica orientada al futuro del grupo. Buscará alianzas, así como impulsar la diversificación de las actividades ilícitas¹⁷⁰.

Finalmente, “integrar” comprende cualquier acto de adhesión personal y material a una estructura preexistente. De tal modo que la persona se somete a los propósitos de la organización, comprometiéndose, de manera expresa o implícita, a realizar las tareas que le sean asignadas¹⁷¹.

5.2.2. Características adicionales

La doctrina señala características adicionales a los elementos esenciales ya mencionados, como son la búsqueda de impunidad (redes de protección); el

¹⁶⁸ PRADO SALDARRIAGA, Víctor (2017). Derecho Penal parte especial... Ob. cit., p. 153.

¹⁶⁹ Ibid., pp. 153-154.

¹⁷⁰ Ibid., p. 154.

¹⁷¹ Ibid., pp. 153-154.

secretismo o clandestinidad; las vinculaciones con el mundo empresarial o con la política, y el carácter transnacional o internacional de sus actividades¹⁷².

5.2.3. Diferencias con el delito de banda criminal

El artículo 317-B tipifica el delito de banda criminal, el cual se diferencia de la organización criminal, principalmente, por el número de miembros, pues para este delito solo se exige como mínimo 2 integrantes. Asimismo, estaremos ante una organización criminal cuando falte alguno de los supuestos mencionados por el tipo penal del delito de organización criminal.

Como señala Zúñiga Rodríguez, se trataría de una simple conexión de personas con cierto grado de planificación y estabilidad para la comisión de delitos¹⁷³.

¹⁷² ZÚÑIGA RODRÍGUEZ, Laura (2008). “*Criminalidad organizada y Derecho penal, dos conceptos de difícil conjunción*”. En: AA. VV. Cuestiones actuales del Derecho penal. Crisis y desafíos. Lima: Ara Editores, pp. 140-149.

¹⁷³ Ibid., p. 233 y 234.

5.3. Justificación de la flexibilización de garantías penales en favor de la lucha contra la criminalidad organizada

Estas características, brevemente señaladas, pretenden dar cuenta del potencial dañino que tiene la delincuencia organizada para el orden social y económico establecido. Si consideramos las manifestaciones clásicas del delito como simple negación a la vigencia de la norma, ésta se reafirma a través de la aplicación de la pena, por lo que cabe decir que delito y pena conforman una relación funcional para el mantenimiento de las expectativas cognitivas generales de la sociedad.

No ocurre así con la delincuencia organizada. Esta forma de criminalidad no se explica como una negación eventual a la vigencia de la norma, sino que sus manifestaciones y aun su mera existencia ponen en jaque las bases mismas del Estado de derecho.

Estas organizaciones criminales, especialmente por su poder económico y su carácter transnacional, poseen un potencial especialmente perjudicial para las instituciones sociales y democráticas ya que aprovechan la jurisdicción limitada de los países para lograr impunidad; su compleja estructura organizativa y los códigos internos de lealtad y silencio por los que se rigen hacen que las posibilidades de detección de los responsables de dirigir la asociación criminal sean reducidas o que, aun reconociéndolos, puedan ser sujetos imputables en calidad de autor mediano o partícipe de un delito concreto, dadas las grandes dificultades probatorias de establecer el nexo causal entre el sujeto y la comisión del hecho.

Así también, aun con la identificación de los sujetos subordinados de la organización encargados de la ejecución de la conducta delictiva, ésta se vería muy seguramente consumada de cualquier modo pues otro ocuparía el lugar del ejecutor dadas las condiciones de la organización¹⁷⁴.

La identificación y condena del hombre de atrás no garantiza el fin de la actividad delictiva pues gracias a su poder económico y capacidad de corrupción estos sujetos continúan realizando actos criminales desde la cárcel. Así mismo, el conjunto de actividades de las cuales obtienen su provecho económico tiene un costo alto para la sociedad en sí misma. La criminalidad organizada se asocia con problemas como el tráfico ilegal de drogas, la trata de personas (principalmente mujeres y niños), corrupción de funcionarios, monopolios ilegales, como también con el terrorismo.¹⁷⁵

5.3.1. ¿Cuáles son los obstáculos que existen para enfrentar la delincuencia organizada?

Para responder a esta pregunta me permito transcribir la opinión de González y Buscaglia: “En primer lugar, porque el Derecho penal moderno establece reglas muy claras para poder castigar a las personas. Éste es un logro del iluminismo que de ninguna manera debe ser empañado. Sin embargo, la tarea de acusar y procesar a los responsables de los delitos realizados por estos grupos se

¹⁷⁴ ROXIN, Claus. (1998). *“Problemas de autoría y participación de la criminalidad organizada”*. Madrid: Revista Penal, p. 61.

¹⁷⁵ GONZÁLEZ RUIZ, Samuel y BUSCAGLIA, Edgardo. (2003). *“Cómo diseñar una estrategia nacional contra la delincuencia organizada transnacional dentro de la convención de las Naciones Unidas”*. En: Macedo de la Concha (Coordinador). *Delincuencia organizada*. México: Instituto Nacional de Ciencias Penales., p. 82.

dificulta aun más cuando se trata de obtener evidencias contra la delincuencia organizada (...), la delincuencia organizada utiliza el trípode violencia-corrupción-obstrucción de la justicia para impedir la aplicación del Derecho. Por tanto, es frecuente que carezca de pruebas suficientes contra los dirigentes de las organizaciones criminales porque sus acciones delictivas no son cometidas de propia mano, ni están en contacto directo con los objetos o productos de los delitos. Por otro lado, existe corrupción en los cuerpos de seguridad del Estado y el Poder Judicial y las organizaciones criminales atraen a lo más prominente de los círculos financieros y políticos con que buscan protección para el desarrollo de sus negocios”¹⁷⁶.

Estas razones, aunadas al gran poder económico que derivan de las ingentes cantidades de dinero de su quehacer delictivo y a que su presencia transnacional hace que la evidencia en su contra se encuentre dispersa en varios países, obliga a la adopción de medidas de carácter excepcional para enfrentar de manera eficaz la amenaza que plantea la criminalidad organizada.

Estas estrategias se encuentran en contradicción con postulados básicos del Estado de derecho que defiende el derecho penal de garantías. Estas medidas son tanto penales como procesales. Entre las primeras, se destaca sin duda la tipificación de delitos de mera asociación, así como la previsión de penas elevadas para esta conducta al margen de la realización de otros delitos concretos. De las segundas, encontramos la ampliación de las facultades de la policía, las limitaciones al derecho de defensa y la flexibilización de la carga de la prueba, la interceptación de

¹⁷⁶ Ibid., p. 84.

comunicaciones y la infiltración de agentes encubiertos, así como la negociación de las penas y la impunidad de arrepentidos y delatores que faciliten información valiosa que sea útil para el desmonte de la organización.

5.3.2. Un modelo de legitimación: El derecho penal de enemigo

La idea de que la delincuencia organizada obedece a una categoría criminal especial frente a otros fenómenos de delincuencia clásica traza los contornos de la necesidad de establecer excepciones al sistema de derechos y garantías de los imputados y condenados con la finalidad de facilitar la demostración de la responsabilidad penal y, en consecuencia, la prevención y represión del fenómeno. Esto presenta ya un dilema difícil de sanear pues la formulación misma del Estado de derecho “no admite la legitimación de ninguna excepción, pues esta importa su neutralización como instrumento orientador de la función del derecho penal”¹⁷⁷

No obstante, se plantea que un modelo de justificación de un régimen penal de excepciones frente a la delincuencia organizada y otros fenómenos delictivos considerados como una grave amenaza para la pervivencia del Estado de derecho, se encuentra en el modelo del derecho penal de enemigo . Partiendo de que el derecho, y específicamente el derecho penal, cumple una función de aseguramiento de las expectativas cognitivas de la sociedad, expresadas a través de las normas que componen el ordenamiento jurídico, las cuales no son modificables por actos particulares de los individuos, pues son estabilizadas a través de la imposición de

¹⁷⁷ ZAFFARONI, Eugenio Raúl. (2006). *El enemigo en el derecho penal*. Bogotá: Grupo Editorial Ibáñez, p. 253.

la sanción¹⁷⁸, el derecho penal, y en concreto su expresión por medio de la pena, es portador de un significado frente al delito: el comportamiento del autor (contradicción de la norma) es irrelevante y la vigencia de la norma conculcada, en virtud de la imposición de la sanción, permanece vigente. De esta manera se mantiene también intacta la configuración de la sociedad¹⁷⁹.

5.4. ¿Medidas eficaces contra el crimen organizado?

La persecución, investigación, procesamiento y sanción de casos de crimen organizado tienen un nivel de complejidad mayor que los casos de delitos comunes. Por ello, en la Ley 30 077 (Ley contra el Crimen Organizado), se autoriza el uso de las de las comunicaciones, circulación y entrega vigilada de bienes delictivos, agente encubierto, y acciones de seguimiento y vigilancia. La aplicación de dichas técnicas debe cumplir con los requisitos de idoneidad, necesidad y resultar indispensable para llevar a cabo con éxito la investigación en casos de criminalidad organizada (Art. 7), además de respetar los principios de razonabilidad y proporcionalidad en función al caso concreto en el que se aplica.

Paralelamente a la regulación de las técnicas descritas, el Estado peruano ha aprobado diferentes normas que buscan dotar de eficacia la investigación y la persecución de los delitos de criminalidad organizada. Una de ellas fue el Decreto Legislativo 13075 , que, entre otras cosas, dispuso la ampliación de la duración de

¹⁷⁸ GARCÍA AMADO, Juan Antonio. (1997). “Introducción a la obra de Niklas Luhmann”. En: La filosofía del derecho de Habermas y Luhmann. Bogotá: Universidad Externado de Colombia, p. 172

¹⁷⁹ JAKOBS, Günther (2005). “Derecho penal del ciudadano y derecho penal del enemigo”. En: Jakobs & Cancio Meliá: El derecho penal de enemigo. Bogotá: Universidad Externado de Colombia, p. 18.

la prisión preventiva a 18 meses, prorrogables por 12 meses adicionales a las personas que se encuentren siendo investigadas por delitos asociados al crimen organizado.

Esta medida implica que una persona procesada por un delito previsto en la Ley 30 077 podría estar recluida en un centro penitenciario durante cuatro años sin tener una sentencia firme que confirme su responsabilidad por el hecho investigado. Ello evidencia la priorización de la seguridad pública en detrimento de las garantías y derechos constitucionales de los procesados. En ese sentido, se puede advertir una desnaturalización del fin de estas medidas excepcionales presuntamente más eficaces para la lucha contra el crimen organizado.

Así, por ejemplo, destaca el abuso de la prisión preventiva. La frecuente aplicación de esta desvirtúa su naturaleza excepcional, reafirmando una tendencia político-criminal predominante en la región latinoamericana que prioriza la inocuización del delincuente, como lo indica el Centro de Estudios de Justicia de las Américas (2011; Corte Interamericana de Derechos Humanos [CIDH], 2013). La “Relatoría sobre los derechos de las personas privadas de libertad” de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos ha manifestado su preocupación por la situación descrita, señalando sus efectos negativos en la protección y garantía de los derechos de las personas (CIDH, 2017).

Además, esto se agrava al no contar con un sistema de información eficiente en la materia, lo cual impide tener un panorama completo sobre la gestión procesal de los casos de crimen organizado y medir la eficacia de las medidas empleadas para controlar el fenómeno. Si bien en el año 2015 se aprobó el reglamento del

Sistema de Control Reforzado de Internos de Criminalidad Organizada (Siscrico), actualmente no se encuentra implementado por completo.

Desafortunadamente, la realidad peruana demuestra que no es suficiente la previsión legal para una adecuada implementación de las técnicas especiales de investigación o la aplicación de la prisión preventiva. Por el contrario, su regulación no ha venido acompañada de una dotación de recursos logísticos y administrativos suficientes. Ello se traduce en muchos casos en un uso y aplicación distorsionados de estas medidas, lo que ha puesto en tela de juicio el respeto a los derechos humanos y a las garantías constitucionales del debido proceso y de presunción de inocencia. Sin duda, este constituye uno de los grandes desafíos a abordar de cara a una lucha más eficiente contra el crimen organizado.

5.5. Validación de hipótesis

Las hipótesis formuladas han quedado validada en base a los siguientes fundamentos:

1° Si bien las formas de delincuencia organizada no son nuevas, su tipificación en el ordenamiento jurídico internacional y nacional datan recién del siglo XXI. Normativamente, el punto de partida para la implementación de políticas específicas y transnacionales sobre este tema es la Convención de las Unidas contra la Delincuencia Organizada transnacional, conocida también como la Convención de Palermo.

En el Perú las disposiciones de la Convención fueron retomadas por la Ley 30077 (Ley contra el Crimen Organizado), la cual detalla los 21 delitos

comprendidos en esta categoría y dispone la implementación de técnicas especiales de investigación para desarticular organizaciones criminales dedicadas a estas actividades.

Los delitos relacionados al Crimen Organizado pueden clasificarse, de acuerdo a la literatura internacional¹⁸⁰ en al menos tres tipos generales de actividades: crimen predatorio, mercados ilegales y delitos comerciales (o corporativos). El primer tipo está relacionado principalmente a delitos patrimoniales en los que se deprecia la riqueza de un territorio (como en el caso de la extorsión, la usurpación o el robo); el segundo se relaciona con la producción y comercio de bienes o servicios ilegales; y el tercero tiene que ver con crímenes de naturaleza corporativa para reducir gastos empresariales (como por ejemplo disposición ilegal de desechos tóxicos, entre otros). En el Perú, el Estado se ha focalizado principalmente en combatir los dos primeros tipos.

2° En la legislación peruana podemos encontrar dos preceptos que contienen una definición de crimen organizado, en sentido estricto la definición está en el artículo 2 de la Ley 30077 y en el artículo 317 que prevé el delito de organización criminal, en ambos artículos podemos ver las características del crimen organizado. Tanto en la Ley 30077 como en el Código Penal se hace referencia que el crimen organizado es un grupo de individuos en concreto tres o más personas en la que existe un reparto de tareas y con un carácter indefinido en el tiempo, es decir, con la vocación de permanencia. La Ley hace referencia a que el grupo debe estar

¹⁸⁰ NAYLOR, R (2000) Economic and Organized Crime: Challenges for Criminal Justice. Strategic Issues Series rp02-12e. Research and Statistics Division. Government of Canada. Disponible en: http://www.justice.gc.ca/eng/rp-pr/csj-sjc/jsp-sjp/rp02_12-dr02_12/rp02_12.pdf

abocado a la comisión de los delitos señalados en el artículo 3 de la Ley 30077, mientras que el código penal solo hace referencia a la comisión de delitos.

3° La literatura internacional tiene como consenso señalar que el crimen organizado es de naturaleza económica, con una lógica empresarial que lo que busca es maximizar las ganancias de la actividad ilegal. En ese sentido, es necesario comprender esta lógica económica para poder combatirlo exitosamente, así como identificar las manifestaciones específicas en el país. El crimen predatorio ha asentado su presencia principalmente en la franja costera entre Tumbes e Ica, a pesar de que existen organizaciones dedicadas a esta actividad en el resto del país, el modus operandi de estas organizaciones asociados al uso de armas de fuego, amenazas y sicariato ha causado preocupación en la opinión pública. Las tasas de homicidio de la franja costera han sido significativamente superiores a la tasa promedio nacional (por ejemplo, la ciudad de Tumbes registró en 2015 una tasa de 44.5, en contraste con la tasa de 7.2 a nivel nacional, según el INEI). Sin embargo, su visibilidad mediática no significa necesariamente que sean las actividades ligadas al crimen organizado más extendidas en el territorio nacional.

4° La inexistencia de un trabajo coordinado de la Policía Nacional y Ministerio Público. Si bien es necesario garantizar la independencia del judicial también es necesario que todos los operadores hablen el mismo lenguaje. Así existe una diferencia cuando los casos los maneja la Sala Penal Nacional o los juzgados provinciales (especialmente en los casos en los que las organizaciones criminales solo operan en un distrito judicial). A ese nivel existen dificultades para hacer comprender la dinámica específica de la investigación en temas de Crimen

Organizado, por ejemplo en relación a la prueba indiciaria para ciertos delitos o en los requisitos que sustentan los requisitos de prisión preventiva. Ello puede llevar a que los casos terminen cayéndose y que delincuentes sean liberados por temas formales. Si bien es difícil superar estas dificultades, espacios de capacitación conjunta de los operadores del sistema judicial podrían ayudar a establecer un lenguaje común y ayudar a que todas las partes involucradas se familiaricen con el trabajo de los otros. El Poder Judicial ha tratado de también poner empeño en el tema.

5° Hay otras entidades que sí se ven relegadas en lo referente a la implementación de medidas contra la criminalidad organizada. En primera línea está el Instituto Nacional Penitenciario, ya que las cárceles peruanas han sido el escenario de reconfiguración y comando de varias organizaciones criminales en los últimos años. El traslado de cabecillas de Barrio King a Challapalca parece indicar que al fin dicha identidad está realizando esfuerzos en el tema, pero tiene aún varios pendientes como la implementación completa del Sistema de Control Reforzado de Internos de Criminalidad Organizada (SISCRICO) contemplado por la Ley 30077 que debería evitar que miembros de conocidas organizaciones compartan espacios en los penales, además de trabajar en el bloqueo de las telecomunicaciones en los penales, reinserción de menores infractores pertenecientes a organizaciones criminales, entre otros. Además, hay otros sectores, que no necesariamente están en la primera línea de combate, pero cuyos aportes son fundamentales para la lucha contra el crimen organizado, por ejemplo el Ministerio de la Producción, que apoya estrategias para la prevención de extorsión a pequeñas y medianas empresas o el

Ministerio de Trabajo, redoblando los esfuerzos en lo referente a la fiscalización de sindicatos de construcción civil.

6° En efecto, la Ley 30077 considera organización criminal a cualquier agrupación de 3 o más personas que se dedican a diversas tareas o funciones y poseen un determinado ámbito de acción, además tienen como característica que son estables o permanecen en la criminalidad por tiempo indefinido y existen de manera concertada con la finalidad de cometer delitos graves. En ese sentido, Víctor Prado Saldarriaga sostiene que la estructura organizacional y operativa de una organización criminal permite identificar el grado de importancia y desarrollo que ella ha alcanzado. Además las organizaciones que sostienen la criminalidad organizada adoptan nuevas estructuras altamente flexibles, para intercambiar sus servicios ilícitos.

7° Existe más de una veintena de modalidades de crimen organizado en el Perú, que son muchas veces convencionales, pero al mismo tiempo pueden ser muy letales y violentas. Allí tenemos los delitos de secuestro, extorsión, sicariato, terrorismo, financiamiento al terrorismo, tráfico ilícito de drogas, trata de personas, defraudación de renta de aduanas, lavado de activos, tráfico de moneda extranjera, delitos de evasión de impuestos, contra la administración pública o corrupción, delitos informáticos, minería ilegal, tala ilegal de árboles, delitos contra el medio ambiente, entre otros.

Según estudios realizados por el propio magistrado supremo Prado Saldarriaga, la mayoría de las organizaciones criminales tienen idénticas características, como pueden ser: a) poseen un liderazgo, b) sus integrantes son

personas que rondan desde los 18 hasta los 39 años de edad, c) provienen de sectores pobres, en algunos casos provienen de personal licenciado, cesado o desertado de la Policía Nacional o de las Fuerzas Armadas, d) actúan provistas con armas de fuego, aplican técnicas de inteligencia, reglaje y reconocimiento previo de la rutina, e) se distribuyen roles y sus niveles internos del grupo son muy limitados para evitar la infiltración de los «informantes».

8° No está demás precisar que, la modificación del texto constitucional, referido al plazo de detención de las personas vinculadas a las organizaciones criminales; es decir, la Policía Nacional está facultada para detener a cualquier integrante de estas hasta un plazo no menor de 15 días, al igual que a los sospechosos de los delitos de terrorismo, espionaje y tráfico ilícito de drogas.

De la misma forma, el juez de investigación preparatoria evaluará el requerimiento de prisión preventiva solicitado por el representante del Ministerio Público, cuando los investigados pertenezcan a una organización criminal, así como también se tendrá en cuenta esta condición cuando se solicite la detención preliminar judicial.

En tal sentido, podríamos señalar que en el Perú existe, a ciencia cierta, una pequeña y mediana criminalidad, que coexiste con una gran criminalidad traducida en las organizaciones criminales que tratamos en este artículo. Estos grupos, dedicados a la comisión de actos ilícitos, pueden ser privados o pertenecer a la administración pública; y además, desde hace algunas semanas se está investigando a las organizaciones políticas por presuntamente incorporarse directamente a las organizaciones criminales. Sin duda provoca la alarma en la sociedad.

Asimismo, en la actualidad, es bastante común observar que las actividades de lavado de activos se mimetizan en diferentes actividades o negocios; como puede ser el caso de hostales, casa de cambios, casinos, empresas de transportes, agencias de viajes, grifos, restaurantes, entre otros.

Finalmente, cabe resaltar que el dinero que se incorpora al circuito financiero, con formal apariencia de legalidad, proviene muchas veces de las actividades ilícitas y de la comisión de delitos graves, propias del crimen organizado; por ello urge establecer nuevas políticas públicas de aprehensión, persecución y sanción contra las organizaciones criminales. Se corre traslado.

9° Una de las características actuales del Derecho Penal - y por tanto de la política criminal de la que es tributario - consiste en su tendencia expansionista. Dentro de esta tendencia, y como resultado de la confluencia entre un renovado punitivismo y el Derecho Penal simbólico surgen las bases del denominado Derecho Penal de Enemigo, cuyos rasgos son aplicados para combatir a la criminalidad organizada.

El Derecho Penal de Enemigo, se caracterizaría por los siguientes rasgos: un amplio adelantamiento de la punibilidad caracterizado porque la visión retrospectiva del sistema punitivo ha sido reemplazada por una lógica prospectiva, por un aumento de la magnitud de las penas en contraste con el derecho penal "de ciudadanos" -desproporcionalidad en las penas - por la disminución e incluso supresión de las garantías procesales individuales (esto último incluso hace hablar a algunos de un Derecho Procesal Penal de Enemigo), y por - siendo esta una característica propuesta por Luis Gracia Martín, el surgimiento de una segmento

especial del Derecho Penitenciario destinado a ser aplicado en contra de los destinatarios del Derecho Penal del Enemigo.

10° El crimen organizado, aunadas al gran poder económico que derivan de las ingentes cantidades de dinero de su quehacer delictivo y a que su presencia transnacional hace que la evidencia en su contra se encuentre dispersa en varios países, obliga a la adopción de medidas de carácter excepcional para enfrentar de manera eficaz la amenaza que plantea la criminalidad organizada. Donde muchas de estas estrategias se encuentran en contradicción con postulados básicos del Estado de derecho que defiende el derecho penal de garantías. Estas medidas son tanto penales como procesales.

Entre las primeras, se destaca sin duda la tipificación de delitos de mera asociación, así como la previsión de penas elevadas para esta conducta al margen de la realización de otros delitos concretos. De las segundas, encontramos la ampliación de las facultades de la policía, las limitaciones al derecho de defensa y la flexibilización de la carga de la prueba, la interceptación de comunicaciones y la infiltración de agentes encubiertos, así como la negociación de las penas y la impunidad de arrepentidos y delatores que faciliten información valiosa que sea útil para el desmonte de la organización.

VI. CONCLUSIONES

1. La forma como se pretende enfrentar la criminalidad organizada es mediante una legislación penal diferenciada y simbólica, sustentada en la concepción del derecho penal del enemigo y en discursos influenciados por la idea de “ley y

orden”, justificando la actuación del sistema punitivo. Así, las violaciones de derechos y garantías fundamentales del ciudadano que cada vez más se presentan en el centro del “nuevo” Derecho Penal, caracterizado por la implementación de un modelo de Derecho Penal máximo, diferenciador y de emergencia.

2. La regulación de la criminalidad organizada en el ordenamiento jurídico internacional y nacional tienen una configuración reciente. Constituyéndose a nivel internacional la Convención de las Unidas contra la Delincuencia Organizada transnacional, conocida también como la Convención de Palermo. Normativamente, el punto de partida para la implementación de políticas específicas y transnacionales sobre este tema; y en el caso peruano peruano las disposiciones de la Convención fueron retomadas por la Ley 30077 (Ley contra el Crimen Organizado), la cual detalla los 21 delitos comprendidos en esta categoría y dispone la implementación de técnicas especiales de investigación para desarticular organizaciones criminales dedicadas a estas actividades.
3. La organización criminal, se constituye como injusto colectivo penalmente relevante, lo que no quiere decir que será objeto de imputación penal como tal, sino que su existencia, como algo socialmente intolerable, es la que merece una política criminal que ataque sus avances y frene su crecimiento; de ahí que se justifique la configuración de un derecho penal diferenciado, excepcional y de emergencia para enfrentar estas nueva forma de delincuencia, donde los medios del derecho penal clásico o tradicional son deficientes para afrontar dicha realidad.

4. Las medidas normativas y las técnicas para la persecución, investigación, procesamiento y sanción de casos de crimen organizado asumidas por el Estado peruano muestran una clara tendencia sustentada en la maximación del derecho penal, la misma que se evidencia en la priorización de la seguridad pública en detrimento de las garantías y derechos constitucionales de los procesados, flexibilizándolo y limitando su ejercicio.
5. Los mecanismos de lucha contra la criminalidad organizada son compatibles con la configuración de un derecho penal diferenciado que se muestra como un derecho penal de emergencia, caracterizado por el uso intensivo de técnicas especiales de investigación criminal, el empleo de técnicas especiales de investigación, que permitirán a los operadores de justicia conocer el núcleo operativo de la organización delictiva, a efectos de identificar a sus líderes y la estructura jerárquica, fuentes de financiamiento, mecanismos de actuación, entre otros.

VII. RECOMENDACIONES

1. A nivel del Poder Ejecutivo y los legisladores pensar en desarrollar una política criminal unificada y no diferenciada para enfrentar el crimen organizado, sustentado en la vigencia del Estado Constitucional y el respeto de los derechos y garantías. Ello implica, no concebir que los problemas que presentan la sociedad no se solucionan acudiendo solo al derecho penal y mucho menos agravando las penas y creando nuevos tipos de penas, que solo responde a un populismo penal basado en la inseguridad. Ello, pasa por establecer una estrategia que combine labores de inteligencia con labores especializadas de investigación criminal a nivel policial, una estrecha coordinación con los operadores del sistema judicial.
2. El ejecutivo debe fortalecer las capacidades humanas, logísticas y tecnológica con un presupuesto asegurado para tal finalidad; la desestigmatización de la labor de inteligencia y las pertinentes adecuaciones doctrinarias para su mejor aplicación en materia de delincuencia organizada; la mejora de los mecanismos de coordinación entre los diferentes operadores a nivel nacional e internacional; estas tareas no son únicamente responsabilidad del sector interior, sino que otros sectores, la sociedad civil y la academia pueden aportar al respecto.
3. Para una lucha eficaz contra el crimen organizado se requiere de un Estado fuerte, pero no autoritario; para ello es necesario lograr una gestión de calidad de los recursos públicos, del sistema de información integrada entre todas las instituciones y con la más alta tecnología, así también de una gestión de calidad en la formación de recursos humanos como operadores de justicia penal y

personal especializado, que se disponga de una adecuada legislación y una garantía en su aplicación, teniendo como base el respeto de las garantías y derechos constitucionales; en ese sentido se debe asegurar una eficiente y efectiva intervención estatal en la lucha contra la criminalidad organizada, a efectos de que el estado cumpla con su deber primordial de "proteger a la población de las amenazas contra su seguridad y promover el bienestar general" (artículo 44 constitución) .

4. A la academia, cuestionar las bases de los fenómenos simbolismo/punitivismo, y frente al fenómeno del crimen organizado, es analizar si la nueva legislación que viene surgiendo son solo respuestas del modelo punitivo y de hecho responden a las nuevas necesidades objetivas de protección o si son tan solamente fruto de una demanda social exagerada e irracional de punición.

VIII. REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS

- ALBERTO, Carlos (2015). *Los paradigmas de la investigación científica*, Lima: UNIFE.
- ALBRECHT, Hans-Jörg (2001). *Criminalidad transnacional, comercio de narcóticos y lavado de dinero*. Bogotá: Universidad Externado de Colombia.
- ARANZAMENDI, Lino (2011). *Fundamentos Epistemológicos de la Investigación básica y aplicada al Derecho*. Lima: Jurídica Grijley.
- ARANZAMENDI, Lino (2013). *Guía de Redacción científica*, Lima: Grijley.
- ATIENZA, Manuel (2004). *Las razones del derecho /Teorías de la argumentación jurídica*. Lima: Palestra.
- ATIENZA, Manuel (2006). *El derecho como argumentación*. Barcelona: Ariel.
- BECCARIA, Cesare (1993). *De los delitos y las penas*. Lima: AFA Editores.
- BOBBIO, Norberto (2007). *El problema del positivismo jurídico*. México: Fontamara.
- BONORINO, Pablo y PEÑA, Jairo (2002). *Filosofía del Derecho*. Consejo Superior de la Judicatura. Escuela judicial “Rodrigo Lara Bonilla”. Bogotá: Universidad Nacional de Colombia - Facultad de Derecho, Ciencias Políticas y Sociales.
- BRAMONT – ARIAS TORRES, Luis (2004). *Manual de Derecho Penal*. Lima: EDDILI S.A.
- BRIONES, Guillermo (1986). *Métodos y Técnicas de Investigación para las Ciencias Sociales*. México: Trillas.

- BUENO, Francisco (2008). La ciencia del Derecho Penal un modelo de inseguridad jurídica. Navarra: Thomson – Civitas.
- BULYGIN, Eugenio (1998). “¿Hay vinculación necesaria entre Derecho y Moral?”
En: Varios autores. Derecho y Moral. Ensayos Sobre un Debate Contemporáneo. Barcelona: Gedisa.
- BULYGIN, Eugenio (2006). El positivismo jurídico. México: Fontamara.
- CARBONELL, Juan (1999). Derecho Penal. Concepto y principios constitucionales. Valencia: Tirant lo blanch.
- CARO, Carlos (1998). “Sociedades de riesgo y bienes jurídicos colectivos”. En Themis No 37 Lima: PUCP.
- DEL ROSAL, Bernardo (2009). ¿Hacia el Derecho Penal de la Postmodernidad?, en: Criminet, Revista Electrónica en Ciencia Penal y Criminológica, RECPC 11-08, pp. 03-04, disponible en: <http://criminet.ugr.es/recpc/11/recpc11-08.pdf>.
- DÍEZ, José (2006). “De la Sociedad del Riesgo a la Seguridad Ciudadana: Un debate desenfocado”, En: CANCIO MELIÁ y GÓMEZ-JARA DÍEZ (Coordinadores), Derecho Penal del Enemigo. El Discurso Penal de la Exclusión, Volumen 1, Buenos Aires- Montevideo: IB de F.
- DONINI, Massimo (2007). “El derecho penal diferenciado. La coexistencia de lo clásico y lo postmoderno en la penalidad contemporánea”. Disponible en sitio web: http://www.iustel.com/v2/revistas/detalle_revista.asp?id_noticia=401099.
- GARCÍA, Juan Antonio. (1997). “Introducción a la obra de Niklas Luhmann”. En: La filosofía del derecho de Habermas y Luhmann. Bogotá: Universidad Externado de Colombia.

- GARCÍA, Alfonso (1998). Principios y positivismo jurídico, Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales.
- GASCON, Marina y GARCIA, Alfonso (2005). La argumentación en el derecho. Lima: Palestra.
- GIRALDO ÁNGEL, Jaime y otros (2002). Metodología y técnica de la investigación sociojurídica. Bogotá: Librería del profesional.
- GONZALES CIEZA, Marie, TORRES PACHAS David y CHANJAN DOCUMET Rafael (consultor). “El delito de organización criminal: definición, estructura y sanción”. Equipo Anticorrupción del IDEHPUCP. Lima. Disponible: <https://idehpucp.pucp.edu.pe/notas-informativas/el-delito-de-organizacion-criminal-definicion-estructura-y-sancion/>.
- GONZÁLEZ RUIZ, Samuel y BUSCAGLIA, Edgardo. (2003). “Cómo diseñar una estrategia nacional contra la delincuencia organizada transnacional dentro de la convención de las Naciones Unidas”. En: Macedo de la Concha (Coordinador). Delincuencia organizada. México: Instituto Nacional de Ciencias Penales.
- GRACIA, Luis (2006). ¿Qué es modernización del Derecho Penal?”. En: Estudios de Derecho Penal. Lima: IDEMSA.
- HABERMAS, Jürgen (1984). Ciencia y técnica como ideología. Madrid: Tecnos.
- HERNÁNDEZ, Roberto et al (2010). Metodología de la Investigación. México: McGraw-Hill.
- HERRERA, Eduardo (2005). ¿Seguridad ciudadana vs. seguridad jurídica?? En Sección Jurídica del Diario Oficial El Peruano del 04 de junio de 2005. Lima.

- HERRERA, Eduardo. “Los fines del Derecho Penal ¿protección de bienes o protección de normas”. En: www.cosaslibres.com/search/pdf/derecho-penal/2
- HURTADO, José (2002). Manual de Derecho Penal. Parte General. Volumen I. Lima: Jurídica Grijley.
- JAKOBS, Günther (1997). “Criminalización en el estadio previo a la lesión de un bien jurídico”, En: Estudios de Derecho penal, trad. Enrique Peñaranda Ramos, Madrid: Civitas.
- JAKOBS, Günther (2003). “El Derecho penal del ciudadano y Derecho penal del enemigo”, En: Derecho penal del enemigo, trad. Manuel Cancio Meliá, Madrid: Civitas.
- JAKOBS, Günther (2004). Dogmática del Derecho penal y configuración normativa de la sociedad, trad. Teresa Manso Porto, Madrid: Thomson-Civitas.
- JAKOBS, Günther (2005). “Derecho penal del ciudadano y derecho penal del enemigo”. En: Jakobs & Cancio Meliá: El derecho penal de enemigo. Bogotá: Universidad Externado de Colombia.
- KELSEN, Hans (1982). Teoría Pura del Derecho. México: Universidad Nacional Autónoma de México.
- KELSEN, Hans (1995). Teoría General del Derecho y del Estado. México: Universidad Nacional Autónoma de México.
- KUHN, Thomas (1996). La Estructura de las Revoluciones Científicas. México: Fondo de Cultura Económica.

- LOPEZ, Jacobo (2004). Derecho Penal. Parte General. Tomo I. Lima: Gaceta Jurídica.
- MARTÍNEZ, Miguel. (2004). Ciencia y arte en la metodología cualitativa. México: Trillas.
- MEJÍA, Arauz, (1999). Tras las vetas de la investigación cualitativa. México: ITESO.
- MENDOZA, Blanca (2001). El Derecho penal en la sociedad del riesgo. Madrid: Civitas.
- MIXAN, Florencio (2002). Lógica enunciativa jurídica. Trujillo: Ediciones BLG,
- MONTERO, Alberto et al (1998). La economía del delito y de las penas – un análisis crítico. Granada: COMARES.
- PAREDES, José María (2003). “Sobre el concepto de Derecho penal del riesgo: algunas notas”, en DPCRI, Madrid.
- PICÓ I. JUNOY, Joan (2012). “El derecho procesal entre el garantismo y la eficacia: Un debate mal planteado”. En: Revista Iberoamericana de Derecho Procesal. Disponible en sitio web: <http://www.uru.edu/fondoeditorial/revista/pdf/rcj/v6.n1/El%20Derecho%20Procesal%20entre%20el%20garantismo.pdf>.
- POLAINO, Miguel (2004). Derecho Penal – Modernas bases dogmáticas. Lima: Editora Jurídica Grijley,
- PRADO, Víctor (2018). “Sobre la criminalidad organizada en el Perú y el artículo 317 del Código Penal”. En: <https://bit.ly/2j5vCCS>.
- PRADO, Víctor (2007). Criminalidad Organizada. Lima: Idemsa.
- PRADO SALDARRIAGA, Víctor (2017). Derecho Penal parte especial: los delitos. Lima: Fondo Editorial PUCP.

- RAMOS, Carlos (2011). *Cómo hacer una Tesis y no envejecer en el intento*. Lima: Grijley.
- REYNA, Luis y CUARESMA, Sergio (2008). *Derecho Penal y Estado de Derecho. Reflexiones sobre la Tensión entre Riesgos y Seguridad*, Montevideo-Buenos Aires: IB de F.
- ROBLES, Luis (2014). *Guía metodológica para la elaboración del proyecto de Investigación Jurídica*. Lima: Ffecaat.
- ROBLES, Luis et al (2012). *Fundamentos de la investigación científica y jurídica*. Lima: Fecatt.
- ROEMER, Andrés (2004). *Economía del crimen*. México: Grupo Noriega Editores.
- ROXIN, Claus. (1998). “Problemas de autoría y participación de la criminalidad organizada”. Madrid: Revista Penal.
- SÁNCHEZ, Ignacio (2005). *La criminalidad organizada. Aspectos penales, procesales, administrativos y policiales*. Madrid: Dykinson.
- SCHMILL, Ulises (1988). “Derecho y Moral. Una Relación Externa” En: Varios autores. *Derecho y Moral. Ensayos Sobre un Debate Contemporáneo*. Barcelona: Gedisa,
- SILVA, Jesús María (2001) (1999). *La expansión del Derecho penal. Aspectos de política criminal en las sociedades postindustriales*. 2º ed. Madrid: Civitas.
- SOLÍS, Alejandro (1991). *Metodología de la Investigación Jurídico Social*. Lima: UNMSM.

- SOTOMAYOR, Juan Oberto (2010) “Criminalidad organizada y criminalidad económica: los riesgos de un modelo diferenciado de derecho penal” en Revista de Estudios de la Justicia, Medellín: Universidad EAFIT.
- SOUSA, Boaventura de (2006). “Conocer desde el Sur-Para una Cultura Política Emancipatoria”. Lima: Fondo de Editorial de la Facultad de Ciencias Sociales de la UNMSM.
- ULRICH, Beck (1998). La sociedad del riesgo. Hacia una nueva modernidad. Barcelona: Paidós.
- UNIVERSIDAD EXTERNADO DE COLOMBIA (2003). El funcionalismo en Derecho penal, Libro Homenaje al Prof. Günther Jakobs, Bogotá: Universidad Externado de Colombia.
- VILLABELLA, Carlos. (2009). “La investigación científica en la ciencia jurídica. Sus particularidades”. En: IUS. Revista del Instituto de Ciencias Jurídicas de Puebla A.C., Núm. 23, pp. 5-37. Puebla: Instituto de Ciencias.
- VIRGOLINI, Julio – SLOKAR, Alejandro (Coordinadores), Nada personal..., Nada personal... Ensayos sobre crimen organizado y sistema de justicia. Buenos Aires: Depalma,
- ZACCARIA, Giuseppe (s.f.e.). “Hermenéutica jurídica, comprensión del derecho, traducción”. En:
<http://www.racmyp.es/R/racmyp/docs/corr/2014%20Zaccaria%20texto%20ingreso1.pdf>.
- ZAFFARONI, Eugenio Raúl (1996). El crimen organizado. Una categorización frustrada. 2da ed. Bogotá: Leyer.

- ZAFFARONI, Eugenio Raúl. (2006). El enemigo en el derecho penal. Bogotá: Ibáñez.
- ZAFFORE, Jorge (2012). El derecho como conocimiento, Buenos Aires: Astrea.
- ZELAYARAN, Mauro (2007). Metodología de la investigación jurídica, Lima: Ediciones Jurídicas.
- ZÚÑIGA, Laura (2008). “Criminalidad organizada y Derecho penal, dos conceptos de difícil conjunción”. En: AA. VV. Cuestiones actuales del Derecho penal. Crisis y desafíos. Lima: Ara Editores.
- ZÚÑIGA, Laura (2019). “Comentarios al art. 317 del Código Penal: La criminalización de las asociaciones ilícitas a la luz del Derecho Comparado”. En: Criminalidad de empresa y Criminalidad Organizada. Lima: Jurista Editores.

VI. ANEXO: MATRIZ DE CONSISTENCIA LÓGICA

TITULO: EL DERECHO PENAL DIFERENCIADO EN EL ÁMBITO DE LA CRIMINALIDAD ORGANIZADA EN LA LEGISLACIÓN PERUANA

PROBLEMAS	OBJETIVOS	HIPÓTESIS	VARIABLES	ASPECTOS METODOLÓGICO
<p>Problema general ¿Cuáles son los alcances y riesgos del derecho penal diferenciado en el ámbito de la criminalidad organizada en la legislación peruana)</p> <p>Problemas específicos a) ¿Cuál es la justificación dogmática y político criminal de la existencia de un modelo de derecho penal diferenciado en el ámbito de la criminalidad organizada? b) ¿Cómo la modernización del derecho penal y las demandas derivadas de la denominada sociedad del riesgo vienen influyendo en la configuración de un modelo de derecho penal diferenciado en el ámbito de la criminalidad organizada? c) ¿Qué riesgos presenta la existencia de un modelo de derecho penal diferenciado en el ámbito de la criminalidad organizada en la legislación peruana? d) ¿Cuáles son las consecuencias que vienen experimentando la presencia de un modelo de derecho penal diferenciado en el ámbito de la criminalidad organizada en la legislación peruana?</p>	<p>Objetivo general Determinar los alcances y riesgos del derecho penal diferenciado en el ámbito de la criminalidad organizada en la legislación peruana.</p> <p>Objetivos específicos a) Describir la justificación dogmática y político criminal de la existencia de un modelo de derecho penal diferenciado en el ámbito de la criminalidad organizada. b) Explicar cómo la modernización del derecho penal y las demandas derivadas de la denominada sociedad del riesgo vienen influyendo en la configuración de un modelo de derecho penal diferenciado en el ámbito de la criminalidad organizada. c) Analizar los riesgos que presenta la existencia de un modelo de derecho penal diferenciado en el ámbito de la criminalidad organizada en la legislación peruana. d) Establecer las consecuencias que vienen experimentando la presencia de un modelo de derecho penal diferenciado en el ámbito de la criminalidad organizada en la legislación peruana.</p>	<p>El derecho penal diferenciado en el ámbito de la criminalidad organizada se muestra como un modelo diferenciado de derecho penal que implica, caracterizado fundamentalmente por la ampliación o agravación de tipos penales tradicionales, restricción de algunos principios y garantías, así como por la flexibilización de algunas de las reglas, así como a plantear la responsabilidad penal de las personas jurídicas; en consecuencia, el modelo diferenciado se ha ido configurando de la mano de las denominadas propuestas de modernización del derecho penal, acorde con las demandas derivadas de la denominada sociedad del riesgo</p>	<p>Variable Independiente (X): El derecho penal diferenciado Variable Dependiente (Y): Criminalidad organizada</p>	<p><u>TIPO DE INVESTIGACIÓN:</u> Dogmática <u>TIPO DE DISEÑO:</u> No Experimental <u>DISEÑO GENERAL:</u> Transversal <u>DISEÑO ESPECÍFICO:</u> Explicativa <u>UNIDAD DE ANÁLISIS:</u> Estará será Documental conformada por la Doctrina, Normatividad y jurisprudencia. <u>PLAN DE RECOLECCIÓN, PROCESAMIENTO Y ANÁLISIS</u> <ul style="list-style-type: none"> ▪ 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. ▪ Sistematización de la información Para el análisis de la información se empleará la técnica de análisis cualitativo: Triangulación de teorías. <u>INSTRUMENTO(S) DE RECOLECCIÓN DE LA INFORMACIÓN</u> Recojo de información: Técnica documental Instrumentos: Fichas y la técnica de análisis de contenido cuyo instrumento es la ficha de análisis de contenido. <u>ANÁLISIS DE LA INFORMACIÓN</u> Para el análisis de la información se empleó la técnica cualitativa y la triangulación de teorías. <u>VALIDACIÓN DE LA HIPOTESIS:</u> Método de la argumentación jurídica.</p>



