

UN PROBLEMA CAPITAL DE LA CRIMINALIDAD ORGANIZADA: LA LEGITIMACIÓN JURÍDICO-PENAL DEL ARTÍCULO 317 DEL CÓDIGO PENAL PERUANO*

*Elian Mauricio Camere Figueroa***

Resumen: El autor desarrolla una descripción de la realidad positiva que regula el delito de organización criminal (art. 317 del Código Penal peruano).

* El tema de este trabajo está relacionado con mi tesis de grado titulada “Legitimación jurídico-penal del delito de Organización Criminal en el Código Penal peruano. Una revisión normativa desde la teoría de la pena”. Constituye el trabajo previo que sentó las bases para poder desarrollarla. Agradezco a Joseph Rodríguez, Kenner Dionisio y Joseph Pantoja, miembros del Taller de Dogmática Penal (UNMSM), por sus valiosas apreciaciones en las discusiones académicas que se originaron tras la elaboración del presente artículo. Agradezco también al Prof. Miguel Polaino-Orts por las diversas pláticas sobre este tema. Finalmente, preciso que la elaboración del presente trabajo es anterior a las polémicas modificaciones que se dieron en agosto y octubre del 2024. No obstante, ello no afecta el problema abordado aquí.

Fecha de recepción: 1 de mayo de 2024. Fecha de aceptación: 17 de agosto de 2024. Para citar el artículo: Camere Figueroa, Elian Mauricio, “Un problema capital de la criminalidad organizada: La legitimación jurídico-penal del artículo 317 del Código Penal Peruano”, *Revista Derecho Penal y Criminología*, vol. 46, n.º 121 (julio-diciembre de 2025), pp. 153-202.
DOI: <https://doi.org/10.18601/01210483.v46n121.07>

** Abogado por la Universidad Nacional Mayor de San Marcos. Asociado en Mendoza & Herrera Abogados penalistas. Excoordinador general del Taller de Dogmática Penal (UNMSM). Miembro del Grupo de Estudio “Ius Poenale”, organizado por el Centro de Investigación en Filosofía y Derecho de la Universidad Externado de Colombia. ORCID: 0009-0003-1570-1440. Correo electrónico: elian.camere@unmsm.edu.pe.

A partir de la aproximación al derecho vigente, extrae las características de la regulación actual de la organización criminal y plantea algunas reflexiones de cara a su compatibilidad con el principio de culpabilidad y el principio del hecho. De esta manera, se destapan los problemas que representa la regulación jurídico-penal vigente de la criminalidad organizada, especialmente el de su legitimación por parte de un derecho penal de la culpabilidad.

Palabras clave: organización criminal, peligrosidad, culpabilidad, lesividad, injusto penal.

A CAPITAL PROBLEM OF ORGANISED CRIMINALITY: THE LEGITIMATE LEGITIMACY OF ARTICLE 317 OF THE PERUVIAN PENAL CODE

Abstract: The author develops a description of the positive reality that regulates the crime of criminal organisation (art. 317 of the Peruvian Criminal Code). From the approach to the current law, he extracts the characteristics of the current regulation of criminal organisation, and makes some reflections on its compatibility with the principle of guilt and the principle of the act. In this way, it uncovers the problems represented by the current legal-penal regulation of organised crime, especially that of its legitimisation by the criminal law of culpability.

Keywords: criminal organisation, dangerousness, culpability, harmfulness, criminal wrongdoing.

INTRODUCCIÓN

La reacción estatal contra fenómenos delictivos organizados no es para nada algo reciente, sino que durante el devenir histórico cada sociedad ha dado una respuesta adecuada a su época a dichos fenómenos. En efecto, si tenemos en cuenta que el significado general de la delincuencia organizada es que esta es un *modo de delinquir*, es decir, cometer delitos de forma ordenada, con planificación, fines u objetivos previos, reparto de roles, coordinación de medios necesarios, etc., salta a la vista que han existido manifestaciones de esta forma de delinquir desde antaño: el bandolerismo desde la antigua Roma, las cuadrillas, bandas, la piratería, etc. Por ello, es acertado afirmar que la “delincuencia organizada” ha sido un fenómeno siempre existente y reprimido.

La realidad actual pone de manifiesto cómo el fenómeno de la criminalidad organizada genera diversos problemas para el ordenamiento jurídico por sus innumerables formas y dinámicas y las grandes dimensiones que ha adquirido en la sociedad global. Aquí haremos referencia a uno de estos, el cual se mueve en el plano *jurídico-penal*, que tiene como base el derecho positivo.

En ese sentido, desde la perspectiva jurídico-penal la reacción estatal contra la criminalidad organizada encuentra como principal problema el de la *legitimación de la imposición una pena*. A modo de pregunta: ¿Se encuentra legitimado el derecho penal a sancionar con una “pena” a aquellos miembros de una organización criminal o, por el contrario, no es posible que mediante los mecanismos del derecho penal se ocupe de este fenómeno criminal?

Los estudios especializados han abordado con gran exhaustividad las particularidades típicas del delito de organización criminal; aquí, por el contrario, se pretende reflexionar sobre una cuestión de fondo: *la intervención de una pena estatal legítima dentro de un Estado de libertades*. Para ello se parte de una descripción y algunas reflexiones sobre su realidad positiva, esto es, la regulación del artículo 317 del Código Penal y la Ley contra el Crimen Organizado (Ley 30077).

En efecto, la ciencia de la parte especial del derecho penal también se ocupa de dar respuesta a la cuestión fundamental de los tipos de la parte especial, a saber: *¿Por qué es permisible penar a aquel que promueva, organice, constituya, o integre una organización criminal?* Así pues, para que la reacción jurídico-penal del crimen organizado en la regulación peruana sea compatible con los principios del hecho y culpabilidad se deben concentrar los esfuerzos en responder esta cuestión principal.

En lo que sigue realizaré una descripción, junto con algunas reflexiones de la regulación actual del crimen organizado. A partir de la aproximación a la regulación actual de la criminalidad organizada, se extraerán las características de su tipificación, tanto del ámbito sustantivo como del procesal. De esta manera se revelarán los diversos problemas que enfrenta la regulación del crimen organizado en el Código Penal peruano, el cual está indudablemente relacionado con el combate actual a las nuevas formas de criminalidad. Finalmente, se llevará a cabo una reflexión final, mostrando el camino para emprender la legitimación penal del crimen organizado.

I. APROXIMACIÓN A LA REGULACIÓN ACTUAL DEL CRIMEN ORGANIZADO

En el presente acápite se pretende desarrollar los conceptos y características de la regulación del “crimen organizado” que se pueden concluir como resultado de “echar una mirada desde fuera al derecho junto a la interpretación objetiva de éste”¹, es decir, luego de revisar minuciosamente la regulación actual del “crimen organizado” dentro del ordenamiento jurídico. En ese sentido, se trata de una descripción de la realidad positiva, en consecuencia, de *conceptos científicos-descriptivos* que se han extraído

1 Günther Jakobs y Miguel Polaino-Orts. *Delitos de organización: un desafío al Estado*, Lima, Grijley, 2009, p. 14.

de la “destilación” de las leyes que el legislador ha regulado. Y si no se comparte el resultado de la destilación realizada, eso se debe a la “masa de destilación de la ley, no a quien destila”²; después de todo, los conceptos gozan de una robusta constitución, a tal punto que hasta el día de hoy siguen *vigentes*. Empezamos, pues, con la destilación.

El delito de “organización criminal” se encuentra ubicado en el Título XIV del Código Penal, que regula los “Delitos contra la tranquilidad pública” (artículos 315-318), el cual contiene un capítulo único³, a saber: “Delitos contra la paz pública” (artículos 315-318). Así, junto a los tipos penales de disturbios, grave alteración a la tranquilidad, apología, entre otros, se encuentra el delito de organización criminal en el artículo 317 del Código Penal, con la siguiente descripción típica:

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 8 ni mayor de 15 años y con 180 a 365 días - multa, e inhabilitación conforme al artículo 36, incisos 1, 2, 4 y 8.

La pena será no menor de 15 ni mayor de 20 años y con 180 a 365 días - multa, e inhabilitación conforme al artículo 36, incisos 1, 2, 4 y 8 en los siguientes supuestos:

Quando 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 [énfasis agregado].

La regulación actual dista mucho de su formulación inicial⁴, ya que en la regulación original se reprimía el solo hecho de ser miembro de una agrupación de dos o más

2 Günter Jakobs. “¿Derecho penal del enemigo? Un estudio acerca de los presupuestos de la juridicidad”, en VV. AA. *Derecho penal del enemigo. El discurso de la exclusión*. Manuel Cancio Meliá y Carlos Gómez-Jara Díez (coord.), vol. 2, Madrid, B de F, 2006, p. 105.

3 Anteriormente existían dos capítulos, el segundo se correspondía con los delitos de terrorismo; sin embargo, fue derogado por el artículo 22 del Decreto Ley 25475, publicado el 6 de mayo de 1992.

4 En su original tipificación del año 1991, cuando se promulga el Código Penal, el delito de organización criminal estaba regulado de la siguiente forma:

“Artículo 317. *Agrupación ilícita*. El que forma parte de una agrupación de dos o más personas destinada a cometer delitos será reprimido, por el sólo hecho, de ser miembro de la agrupación, con pena privativa de libertad no menor de tres ni mayor de seis años.

Quando la agrupación esté destinada a cometer los delitos de genocidio, contra la seguridad y tranquilidad públicas, contra el Estado y la defensa nacional o contra los Poderes del Estado y el orden

personas destinada a cometer delitos, de ahí que su denominación fuera “agrupación ilícita”. Como es evidente, las conductas típicas de “promover, organizar y constituir” no tenían una cualidad fundante de la responsabilidad, sino que el injusto se configuraba únicamente cuando se *formaba parte* (integrar) de la agrupación ilícita. Además, en la regulación inicial no se habían establecido las características de una “agrupación ilícita” y solamente tenía como requisito que estuviera conformada por dos o más personas, mientras que en la regulación actual la organización criminal debe ser de “carácter estable, permanente o por tiempo indefinido” y estar conformada por lo menos de tres personas. Otro detalle es que en la regulación actual se exige que la organización criminal tenga una estructura “organizada, concertada o coordinada” para que se pueda llevar a cabo los “delitos-fin”. Finalmente, en el ámbito de la penalidad, la regulación inicial sanciona con una pena de tres a seis años al miembro de la agrupación ilícita, mientras que en la regulación actual se llega al extremo de que el “líder, jefe, financista o dirigente” puedan ser reprimidos con una pena de hasta veinte años, lo que equivale a la pena máxima de un homicidio simple consumado (!)⁵.

El actual delito de “organización criminal” (art. 317) ha tenido un total de cinco modificaciones desde su incorporación en el actual Código Penal. A efectos comparativos, ofrecemos un cuadro sintético de la evolución legislativa del delito de crimen organizado (véase la tabla 1 en la siguiente página).

A partir de la evolución del delito de crimen organizado podemos establecer las características sobre a su tipificación actual, no sin antes establecer los elementos típicos que se extraen después de un acercamiento a la regulación del crimen organizado. Las conductas típicas de “promover, organizar, constituir e integrar” están en relación con algo, a saber: *la organización criminal*. Básicamente, se reprime penalmente a aquel que realice alguna de las conductas antes mencionadas en relación con una “organización criminal” destinada a cometer delitos. Ahora bien, para hablar de una “organización criminal” esta debe estar conformada por tres o más personas (elemento cuantitativo de la organización criminal), debe tener un carácter estable, permanente o por tiempo indefinido (elemento cualitativo temporal) y una estructura organizada, concertada y coordinada que posibilita el reparto de funciones o tareas (elemento cualitativo estructural) (véase el gráfico de la página 159).

constitucional, la pena será no menor de ocho años, de ciento ochenta a trescientos sesenticinco días-multa e inhabilitación conforme al artículo 36, incisos 1, 2 y 4.”

5 “Artículo 106. *Homicidio simple*. El que mata a otro será reprimido con pena privativa de libertad no menor de 06 ni mayor de 20 años.”

TABLA N.º 1: ASPECTOS GENERALES DE LA EVOLUCIÓN LEGISLATIVA DEL DELITO DE ORGANIZACIÓN CRIMINAL

Modificación	Nominación	Descripción	Penalidad
Regulación inicial (promulgación del CP de 1991)	Agrupación ilícita	Formar parte de una agrupación (dos o más) destinada a cometer delitos. Agravante por las características de los delitos-fin.	Tipo base: 3-6 años. Agravante: 8 años a más.
Modificado por el artículo 1 de la Ley 28355, publicada el 6 octubre de 2004		Se reemplaza agrupación por organización.	Se agrega el rango máximo de pena agravada: 8-35 años.
Modificado por el artículo 2 del Decreto Legislativo n.º 982, publicado el 22 de julio de 2007		Se agregan más delitos en la agravante por las características de los delitos-fin, especialmente los delitos de lavado de activos.	Pena agravada: 8-15 años. Se agregan las consecuencias accesorias del delito.
Modificado por la Primera Disposición Complementaria Modificatoria de la Ley 30077, publicada el 20 agosto de 2013, que entró en vigencia el 1.º de julio de 2014	Asociación ilícita	Se modifica el tipo base y se añaden dos conductas más: “constituir y promover”. Se agregan más delitos en la agravante por las características de los delitos-fin, especialmente los delitos aduaneros. Se añaden otros dos supuestos agravatorios: (1) por la calidad del miembro de la asociación (líder, jefe, etc.); (2) por financiar la organización.	Tipo base: se mantiene en 3-6 años. Tipo agravado: se mantiene en 8-15 años.
Modificado por la Única Disposición Complementaria Modificatoria del Decreto Legislativo n.º 1181, publicado el 27 julio de 2015		El tipo base se mantiene. Se añaden más delitos en la agravante por las características de los delitos-fin, especialmente los delitos de secuestro, conspiración y ofrecimiento.	Se mantienen las mismas penas.
Regulación actual: modificado por el artículo 2 del Decreto Legislativo n.º 1244, publicado el 29 de octubre de 2016	Organización criminal	Se agrega una conducta típica más al tipo base: “organizar”. Se precisan mayores características de una “organización criminal”: (1) Cuantitativas: tres o más personas. (2) Cualitativas: (a) estable, permanente o por tiempo indefinido; (b) Estructura organizada, concertada o coordinada (+) división de trabajo. Se mantiene la agravante por la calidad del miembro y se añade la agravante por causar muerte o lesiones a una persona producto del accionar delictivo.	Se eleva la penalidad del tipo base: 8-15 años. Se eleva la penalidad agravada: 15-20 años.

Fuente: elaboración propia.

ELEMENTOS TÍPICOS DEL DELITO
DE ORGANIZACIÓN CRIMINAL



Fuente: elaboración propia.

A. Anticipación de la punibilidad

Desde su incorporación hasta la regulación actual, el delito de organización criminal ha mantenido un rasgo en común, a saber: “un amplio adelantamiento de la punibilidad, es decir, el cambio de perspectiva del hecho producido por la del hecho que se va a producir”⁶. En efecto, el legislador ha utilizado la técnica de criminalización del “estadio previo a la lesión de un bien jurídico”⁷, de modo que no se espera a que el peligro se materialice (lesión de un bien jurídico, por ejemplo, vida, salud) sino que se *neutraliza –combate– el peligro en los signos prematuros de su manifestación* (por ejemplo, conformar una organización criminal destinada a matar personas). En lo que respecta al delito de organización criminal, el mero hecho de “promover, organizar, constituir e integrar” son conceptualmente anteriores a toda preparación o participación respecto a todo *delito contra la persona*⁸ que lesiona un

6 Günther Jakobs. “La ciencia del derecho penal ante las exigencias del presente”, en *Dogmática de derecho penal y la configuración normativa de la sociedad*, Madrid, Thomson Civitas, 2004, p. 44.

7 Véase al respecto Günther Jakobs. “Criminalización en el estadio previo a la lesión de un bien jurídico”, *Estudios de derecho penal*, Madrid, Civitas, 1997, pp. 293-313; Miguel Polaino-Orts. *Lo verdadero y lo falso del derecho penal del enemigo*, Lima, Grijley, 2009, pp. 59-83; y Elián Mauricio Camere Figueroa. “De nuevo, el derecho penal del enemigo: una necesidad para asegurar las condiciones de juridicidad”, *Revista Derecho Penal y Criminología*, vol. 44, n.º 116, noviembre de 2022, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, pp. 65-80. DOI: <https://doi.org/10.18601/01210483.v44n116.04>.

8 Sobre la normativización de la parte especial del derecho penal, Günther Jakobs. “Sobre el concepto de delito contra la persona”, en vv. AA. *Libro homenaje a Günter Jakobs. El funcionalismo en Derecho penal*. Montealegre Lynett, Eduardo (coord.), Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 2003, pp. 427-428.

bien jurídico personal, de ahí que algunos autores los puedan calificar de supuestos de “pre-preparación o proto-participación”⁹.

Que se haya criminalizado un “estadio previo” es problemático, pues aún no queda claro qué debe entenderse por “estadio previo”. Así, debe establecerse que por regla general la tentativa es punible en tanto que representa la “ejecución del delito”, mientras que los comportamientos anteriores a la tentativa (actos preparatorios, conspiraciones, pensamientos, etc.) no son punibles. En ese sentido, todos los comportamientos que se realicen en un “estadio previo” *son permitidos*, de hecho, muchos de estos son el *ejercicio legítimo de un derecho*: el derecho de asociarse, de libertad de expresión, libre desarrollo de la personalidad, entre otros. Bajo estas consideraciones, cuando el legislador decide criminalizar un estadio previo genera la incertidumbre de delimitar la conducta punible de la permitida: ¿Cuál es inicio y el fin del estadio previo? Esta última cuestión, enhorabuena, ha sido canalizada por la dogmática, de modo que, se han realizado esfuerzos por delimitar el “injusto del delito de organización criminal”, es decir, delimitar la *dañosidad social*¹⁰ que genera este tipo de conductas y que justifican la intervención penal y su penalidad. Por eso, estamos de acuerdo con lo afirmado por Cancio Meliá al señalar: “la tarea que se le plantea con urgencia a la definición del injusto de los delitos de asociación ilícita es extremadamente exigente: la noción de injusto debe estar en condiciones de explicar la criminalización en sí misma y –en la medida de lo político-criminalmente posible– la severidad de la pena prevista”¹¹.

Asimismo, en lo que respecta a la penalidad, el delito de organización criminal reprime en su modalidad base con una pena de entre 8 y 15 años, mientras que en su modalidad agravada con una pena de entre 15 y 20 años, lo cual equivale a la penalidad de muchas afectaciones consumadas de bienes jurídicos personales (homicidios, lesiones, robos, estafas, etc.); por consiguiente, *la regulación actual vincula el marco penal de la preparación delictiva al marco los hechos planeados*¹². Lo más adecuado

9 Así, Manuel Cancio Meliá. “El injusto de los delitos de organización: peligro y significado”, en vv. AA. *Crimen organizado. Tipicidad, política criminal, investigación y proceso*. André Luis Callegari, Manuel Cancio Meliá y Paula Andrea Ramírez Barbosa, Lima, Ara Editores, 2009, p. 33.

10 Al respecto, Günther Jakobs. “¿Daño Social? Anotaciones sobre un problema teórico fundamental en el derecho penal”, en vv. AA. *Bien jurídico, vigencia de la norma y daño social*. Günther Jakobs, Miguel Polaino Navarre y Miguel Polaino-Orts, Lima, Ara Editores, 2010, pp. 13-23; también Alex Van Weezel. *Curso de Derecho Penal. Parte general*, Santiago, Pontificia Universidad Católica de Chile, 2023, p. 45, quien sostiene que *El derecho penal retribuye, pero no el daño individual (“ojo por ojo”), sino el daño social que produce el delito, justamente la lesión del derecho, del orden jurídico de libertades, en cuanto tal* (énfasis agregado).

11 Manuel Cancio Meliá. “El injusto de los delitos de organización: peligro y significado”, en vv. AA. *Crimen organizado. Tipicidad, política criminal, investigación y proceso*. André Luis Callegari, Manuel Cancio Meliá y Paula Andrea Ramírez Barbosa, Lima, Ara Editores, 2009, p. 33.

12 Así, crítico con este proceder, Günther Jakobs y Miguel Polaino-Orts. *Delitos de organización: un desafío al Estado*, Lima, Grijley, 2009, p. 46. Asimismo, el autor explica brevemente el origen

hubiera sido que la penalidad no llegara a esos excesos, puesto que se está anticipando la punibilidad a un “estadio previo” y no existe una lesión material a un bien jurídico personal; en consecuencia, la pena debería ser *proporcional* a esa anticipación y no ser tan elevada (!). Esta idea ha sido mantenida desde su incorporación hasta antes del 2016, en donde se realiza la última modificación del delito de crimen organizado, ya que el tipo base tenía una penalidad entre tres y seis años, proporcional a lo que un autor afecta con un acto preparatorio, a saber: la seguridad pública¹³. En ese sentido, la penalidad del delito de organización criminal no sigue la lógica de que, por ejemplo, el integrante de una organización criminal no es penado en función de los delitos cuya ejecución se espera, sino que la pertenencia a una organización criminal constituye ya un delito y la mera integración representa una “consumación anticipada” respecto a los delitos concretos que pretendía la organización. Por el contrario, la penalidad actual pone de manifiesto cómo un acto preparatorio equivale a una lesión material de un bien jurídico. En definitiva, es cierto que la conformación de una organización criminal amenaza de forma muy considerable la seguridad pública, pero no es menos cierto que la gravedad de la pena permite reconocer que también inciden otros componentes al momento de determinarla (¿eliminación del autor altamente peligroso o intimidación de otros sujetos potencialmente peligrosos?).

Finalmente, debe quedar claro que cuando el legislador decide utilizar una técnica de criminalización de un estadio previo no lo puede hacer de forma arbitraria, sino que debe tomar en cuenta ciertas *garantías mínimas*¹⁴ que todo ciudadano posee en un *Estado de libertades*¹⁵, esto es, *libertades garantizadas por el ordenamiento jurídi-*

histórico de la incorporación de los actos preparatorios punibles señalando que hasta antes de 1871 no se conocían actos preparatorios punibles ni en el Código penal prusiano (1851) ni en el Código penal del Imperio (1871). En lo que respecta a la evolución de las características de la tipificación del delito de “asociación criminal” en Alemania, véase Angélica Romero Sánchez. *La asociación criminal y los delitos en banda en el derecho penal alemán: fundamentos históricos, dogmáticos y de política criminal*, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 2015, pp. 11-34.

- 13 Cabe precisar que la preparación de un hecho delictivo grave lesiona el orden público y puede ser sancionada en tanto *perturbación social*. Ya históricamente el Código Penal del Reich alemán regulaba la punición de actos preparatorios con una pena de entre 3 y 5 años, correspondiente al injusto cometido de un acto preparatorio; sin embargo, en 1943 se elevó excesivamente la penalidad a tal punto que se equiparó con delitos de lesión consumados, lo cual se ha mantenido hasta el día de hoy.
- 14 Al respecto, Günter Jakobs. “Criminalización en el estadio previo a la lesión de un bien jurídico”, en *Estudios de derecho penal*, Madrid, Civitas, 1997, p. 295; Miguel Polaino-Orts. *Lo verdadero y lo falso del derecho penal del enemigo*, Lima, Grijley, 2009, pp. 59-83; y Elián Mauricio Camere Figueroa. “De nuevo, el derecho penal del enemigo: una necesidad para asegurar las condiciones de juridicidad”, *Revista Derecho Penal y Criminología*, vol. 44, n.º 116, noviembre de 2022, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, pp. 71-75. doi: <https://doi.org/10.18601/01210483.v44n116.04>.
- 15 Fundamental sobre el concepto de *autodeterminación* y una fundamentación del Derecho penal que busque garantizar un Estado de libertades, Michael Pawlik. *Ciudadanía y derecho penal. Fundamentos de la teoría de la pena y del delito en un Estado de Libertades*, Barcelona, Atelier, 2016, pp. 33-59; *id.* *La libertad institucionalizada. Estudios de filosofía jurídica y derecho penal*, Madrid, Marcial Pons, 2010, pp. 75-108.

co. En ese sentido, desde la perspectiva de la “protección de bienes jurídicos” no se encontraría un *límite* a la anticipación penal¹⁶, por el contrario, existiría una lógica *expansiva* de las anticipaciones penales para proteger los bienes jurídicos y, de esta manera, el autor es definido como un *enemigo del bien jurídico* y todo peligro que represente justificaría la intervención penal anticipada. Desde la perspectiva preventiva de la protección de bienes jurídicos, se corre el riesgo de instrumentalizar a los ciudadanos para alcanzar una seguridad absoluta –si es que se quiere proteger todos los bienes jurídicos–; en consecuencia, como afirma Pawlik, “no hay nada que no pueda ser percibido y por consiguiente declarado como una amenaza. Esto le otorga a la prevención el carácter de inacabable: nunca se puede prevenir lo suficiente y tampoco lo suficientemente a tiempo”¹⁷. Todo lo anterior tiene repercusiones al momento de determinar la *lesividad* de la organización criminal, ya que este delito reprime la agrupación de varias personas con el fin de cometer un delito ulterior, de modo que son dos los componentes de la organización criminal, a saber: elemento asociativo y elemento subjetivo. Estos componentes no pueden explicar la lesividad de este delito, ni la justificación de la intervención del derecho penal, toda vez que se trata de componentes en sí neutrales¹⁸, es decir, que carecen de sentido delictivo. En efecto, por un lado, el elemento asociativo se corresponde con el ejercicio del derecho constitucional de asociación (art. 2.º, inciso 17, de la Constitución Política del Perú); así por ejemplo, las personas pueden asociarse con otros para ser miembros de un club, un taller, un centro deportivo, entre otros, y eso no sería reprimido. ¿Por qué? Si la respuesta radica en que en estos ejemplos los “fines” son lícitos, mientras que los fines de la organización criminal son rechazables por el ordenamiento jurídico, aún no queda claro como compatibilizar esos “fines rechazables”, que aparentemente justifican su relevancia penal, con el principio *cogitationis poenam nemo patitur*¹⁹. Así, por otro lado, el elemento subjetivo carece de relevancia penal

16 Así, Günter Jakobs. “Criminalización en el estadio previo a la lesión de un bien jurídico”, en *Estudios de derecho penal*, Madrid, Civitas, 1997, p. 295; Michael Pawlik. “El delito, ¿lesión de un bien jurídico?”, en *InDret*, n.º 2-2016, p. 8, señalando que “[...] Con ello, sin embargo, se pone en funcionamiento una lógica expansiva que no puede contenerse con los recursos de fundamentación propios del pensamiento del bien jurídico” (énfasis agregados). También, Elian Mauricio Camere Figueroa. “De nuevo, el derecho penal del enemigo: una necesidad para asegurar las condiciones de juridicidad”, *Revista Derecho Penal y Criminología*, vol. 44, n.º 116, noviembre de 2012, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, p. 68. doi: <https://doi.org/10.18601/01210483.v44n116.04>.

17 Michael Pawlik. “La misión del Derecho penal y la legitimación de la pena en Welzel”, en vv. AA. *Lo vivo y lo muerto en la teoría del delito de Hans Welzel*. Yesid Reyes Alvarado, Carmen Ruiz López, Nathalia Bautista Pizarro y Hernán Darío Orozco López (eds.), Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 2022, p. 112.

18 Fundamental, Miguel Polaino-Orts. “Criminalidad organizada: el combate penal de las organizaciones y de los grupos criminales”, en Günther Jakobs y Miguel Polaino-Orts. *Persona y enemigo. Teoría y práctica del derecho penal del enemigo*, Lima, Ara Editores, 2011, p. 61.

19 Fundamental, Günter Jakobs. “Criminalización en el estadio previo a la lesión de un bien jurídico”, en *Estudios de derecho penal*, Madrid, Civitas, 1997, pp. 295-302; *id.*, “El intento de tentativa”, en *InDret*, n.º 4, 2020, p. 495. También, Michael Pawlik. *La libertad institucionalizada. Estudios de Filosofía Jurídica y derecho penal*, Madrid, Marcial Pons, 2010, p. 156.

en tanto que los pensamientos no delinquen²⁰ y jamás constituirán una perturbación social, en consecuencia, existe una esfera privada –interna– del ciudadano que no es penalmente relevante. De esta manera, como afirma Polaino-Orts: “Si el delito de organización consiste en la suma de dos elementos neutrales, ¿cómo explicar que constituya un delito?”²¹. Con base en lo expuesto, la fundamentación de la incriminación de la organización criminal será todo, pero no dejará de ser problemática²²; en consecuencia, es necesario resaltar esas *garantías mínimas* que todo Estado de libertades –si es que quiere seguir manteniéndose de esta manera– debe respetar:

1. Reconocimiento de una “esfera civil interna” del ciudadano: Un ordenamiento de libertades le reconoce un ámbito privado en el cual el ciudadano dispone, por ejemplo, de creencias, ideas, sueños, vestuario, contactos sociales reservados, vivienda y propiedad²³. En esta esfera civil interna, el ciudadano autodetermina su vida “conforme a la luz de sus propias representaciones de una existencia buena y exitosa”²⁴, es decir, el ciudadano realiza su propio proyecto de vida. En ese sentido, el ámbito interno del ciudadano abarca tanto sus pensamientos como su vida privada; en consecuencia, ni el pensamiento delinque, ni lo hacen las conductas que se mantengan en la esfera interna, en tanto no choquen con la esfera privada de otra persona²⁵. De esta manera, toda anticipación penal –preparación punible, intento de tentativa autónoma o de participación, asociaciones ilícitas, etc., ejemplos de cuando el Estado se inmiscuye en el ámbito interno– entra en contradicción con la esfera privada (desde la intimidad de la persona hasta contactos sociales reservados, por ejemplo los mejores amigos), al no reconocerle su ámbito interno al ciudadano y tratarlo como “enemigo” negándole dicho estatus de persona²⁶, de esta manera, “sin su ámbito privado, el ciudadano no

20 Artículo 2.º, inciso 3, de la Constitución Política del Perú, que señala: “[...] *No hay persecución por razón de ideas o creencias. No hay delito de opinión*” (énfasis agregado).

21 Miguel Polaino-Orts. “Criminalidad organizada: el combate penal de las organizaciones y de los grupos criminales”, en Günther Jakobs y Miguel Polaino-Orts. *Persona y enemigo. Teoría y práctica del derecho penal del enemigo*, Lima, Ara Editores, 2011, p. 61.

22 Así, respecto al § 129 a y b, del Código Penal alemán, Michael Pawlik. *La libertad institucionalizada. Estudios de Filosofía Jurídica y derecho penal*, Madrid, Marcial Pons, 2010, p. 156.

23 Así, Günter Jakobs. “Criminalización en el estadio previo a la lesión de un bien jurídico”, en *Estudios de derecho penal*, Madrid, Civitas, 1997, p. 297, en contraposición con la esfera interna, existe una “esfera externa” a la que pertenecen los derechos de intervención en asuntos públicos, contactos sociales no reservados, derechos a la utilización de bienes de uso común, entre otros.

24 Michael Pawlik. *Ciudadanía y derecho penal. Fundamentos de la teoría de la pena y del delito en un Estado de libertades*, Barcelona, Atelier, 2016, p. 34.

25 Así, Günter Jakobs. “Criminalización en el estadio previo a la lesión de un bien jurídico”, en *Estudios de derecho penal*, Madrid, Civitas, 1997, p. 297. Como señala Michael Pawlik. *La libertad institucionalizada. Estudios de Filosofía Jurídica y derecho penal*, Madrid, Marcial Pons, 2010, p. 101; “*La canción ‘Las ideas son libres’ incluso se incluían en el cancionero de las juventudes hitlerianas*” (énfasis agregado).

26 Fundamental, Günter Jakobs. “Criminalización en el estadio previo a la lesión de un bien jurídico”, en *Estudios de derecho penal*, Madrid, Civitas, 1997, p. 298.

existe”²⁷. Una revisión de nuestro Código Penal pondrá en evidencia lo manifestado, puesto que existen criminalizaciones con tales características: la conspiración y el ofrecimiento para el delito de sicariato (art. 108-D), fabricación o tenencia de materiales peligrosos (art. 279), marcaje o reglaje (art. 317-A), etc. En lo que respecta al delito de “organización criminal” cabe preguntarse: ¿Es la constitución de una organización criminal o la pertenencia a ella un asunto privado? Nuevamente, si la respuesta radica en que los “fines antijurídicos” no pueden ser un asunto privado, se corre el *riesgo* de que toda preparación de un delito sea considerada “no privada”; por consiguiente, no existirá ningún motivo para frenar la criminalización de los pensamientos²⁸. En definitiva, como afirma Jakobs: “La relación social preparatoria de un delito es tan genuinamente privada como cualquier otra relación y como cualquier otra conducta que recaiga en el ámbito privado”²⁹.

2. Principio del hecho: Considerado uno de los principios generales del derecho penal, el cual tiene sus raíces en ideas liberales³⁰, y que básicamente sostiene que los elementos internos de un sujeto no constituyen un problema jurídico-social. En ese sentido, para que exista un comportamiento perturbador es necesario que el sujeto lo manifieste mediante su conducta *arrogatoria*, esto es, mediante una *arrogación –usurpación o heteroadministración– de la configuración de ámbitos de organizaciones ajenos*. A partir de esa manifestación “perceptible” es posible realizar una interpretación del significado de su conducta, ya que existe una justificación para hacerlo. Únicamente cuando existe una conducta en sí misma perturbadora y exteriorizable se legitima la pregunta por lo interno. Así, como señala Jakobs: “La pregunta acerca de lo interno solo está permitida para la interpretación de aquellos fenómenos externos que son ya, en cualquier caso perturbadores”³¹. En esa misma línea, en lo que respecta al delito de organización criminal, algo debe quedar claro: no pueden ser los “fines antijurídicos” los que justifiquen la intervención estatal y el fundamento de la pena, sino que la “acción externa”, por ejemplo de constituir o integrar una organización criminal con las características que establece el tipo, debe ser ya *perturbadora* para el derecho penal. Esto último, es la cuestión del “injusto del delito de organización criminal”.

27 Así, Günter Jakobs. “Criminalización en el estadio previo a la lesión de un bien jurídico”, en *Estudios de derecho penal*, Madrid, Civitas, 1997, p. 297.

28 *Idem*.

29 *Idem*.

30 Así, Michael Pawlik. *La libertad institucionalizada. Estudios de Filosofía Jurídica y derecho penal*, Madrid, Marcial Pons, 2010, p. 101.

31 Günter Jakobs. “Criminalización en el estadio previo a la lesión de un bien jurídico”, en *Estudios de derecho penal*, Madrid, Civitas, 1997, p. 302.

B. ¿Culpabilidad o peligrosidad?

La norma, más allá de su aspecto formal (“validez jurídica”³², ya que ha sido aprobada y se encuentra regulada en el ordenamiento jurídico) mantiene un *aspecto material* (“validez social o vigencia”³³, ya que alude a los efectos que la norma despliega para la sociedad) determinante para la realidad social, a saber: *contiene expectativas sociales, que han sido institucionalizadas (positivizadas), que posibilitan la orientación social –posibilitan la relación e interacción entre personas– y, de este modo, el disfrute real de los derechos y la gestión de los deberes; en definitiva, la norma posibilita el normal desarrollo de la personalidad de los ciudadanos*³⁴. El delito es más que la lesión de un bien individual (suceso externo u ontológico)³⁵, es –ante todo– una *perturbación social*³⁶, esto es, una negación u oposición de lo establecido en la norma. Mediante el delito, el autor propone un mundo alternativo donde, por ejemplo, matar sí es permitido. De esta forma, el autor del delito se opone al derecho, niega el “Estado de libertades” actualmente existente y pretende poner en tela de juicio la vigencia de la norma posibilitadora de la coexistencia social. La pena, más allá de su aspecto externo (coacción permitida³⁷), pretende restaurar el derecho, negando lo afirmado por el delito. Mediante el *significado de la pena*³⁸ se reafirma la vigencia de la norma, en tanto que se expresa que, por ejemplo, la norma que prohíbe

32 Miguel Polaino-Orts. “Vigencia de la Norma: el potencial de sentido de un concepto”, en vv. AA. *Libro homenaje a Günter Jakobs. El funcionalismo en Derecho penal*. Eduardo Montealegre Lynett (coord.), tomo II, Bogotá, Universidad Externado Colombia, 2003, p. 68.

33 *Ibid.*, p. 69, en donde afirma: “La vigencia es la validez materializada, esto es, la validez que cumple una función (de mantenimiento o estabilización) en el seno del sistema [...] la norma vigente es aquella que *constituye* la identidad de la sociedad, que contribuye al mantenimiento del sistema”.

34 Sobre el concepto de *norma y persona* que aquí se defiende, véase Elian Mauricio Camere Figueroa. “De nuevo, el derecho penal del enemigo: una necesidad para asegurar las condiciones de juridicidad”, *Revista Derecho Penal y Criminología*, vol. 44, n.º 116, noviembre de 2022, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, p. 77. DOI: <https://doi.org/10.18601/01210483.v44n116.04>.

35 El derecho civil se encarga de la superación de la lesión del bien como un daño mediante la restitución o su compensación. En ese sentido, el Derecho civil se mueve en el plano de la lesión externa del bien individual; por el contrario, el Derecho penal no puede restituir el bien (“no puede revivir el muerto”), la pena no produce indemnización alguna, de hecho muchas veces dificulta la misma, y no en todos los delitos es posible una indemnización; por el contrario, la pena supone la reacción pública a una contravención también pública, el delito. Véase al respecto, Heiko Hartmut Lesch. *La función de la pena*, Madrid, Dykinson, 1999, pp. 12-13; Michael Pawlik. *La libertad institucionalizada. Estudios de filosofía jurídica y derecho penal*, Madrid, Marcial Pons, 2010, p. 82.

36 De esta forma, la pena y el delito se encuentran en el plano del significado, delito y pena son pues actos simbólicos; véase Heiko Hartmut Lesch. *La función de la pena*, Madrid, Dykinson, 1999, p. 49; Günther Jakobs. *Sociedad, norma y persona en una teoría de un derecho penal funcional*, Madrid, Civitas, 2000, p. 18.

37 Detallado sobre la pena como “Heteroadministración permitida”, Miguel Polaino-Orts. *Derecho penal como sistema de autodeterminación personal*, Lima, Ara Editores, 2012, p. 75.

38 Günther Jakobs. *El lado comunicativo y el lado silencioso del derecho penal*, Lima, Editores del Centro, 2015, pp. 66-67.

el homicidio sigue siendo vigente pese a que el comportamiento del autor la puso en tela de juicio. De esta forma, la pena pone de manifiesto que el autor no ha organizado el mundo normativo de forma correcta; por ello se le retiran los medios para seguir organizándolo (dolor penal) y demostrar que su comportamiento no marca la pauta³⁹. En definitiva, como señala Jakobs: “La pena confirma la norma quebrantada y fundamenta a través del dolor penal su cimentación cognitiva. De ese modo, y no obstante el delito cometido, se mantiene (no: se mejora) el poder de orientación del derecho”⁴⁰.

El delito es siempre un “hecho pasado” al que se le impone una pena; de ahí que el “motivo real” de la pena ha de buscarse siempre en el pasado⁴¹. Sea que se asuma un “programa” preventivo o retributivo de la pena, no podemos desligarnos del hecho pasado; pese a este consenso (la pena siempre está en relación con un hecho pasado, esto es el motivo real de la pena), la legitimación de su imposición, es decir, la “razón jurídica” de la pena, dependerá del programa que se asuma. Desde un programa preventivo, no bastará la mirada al pasado, sino que es necesario que la legitimación de la pena mire al futuro (aumentando el nivel de seguridad en la sociedad, por ejemplo); por el contrario, un programa retributivo⁴², encuentra en “el pasado no solo la ‘razón real’ de la pena, sino también su ‘razón jurídica’”⁴³.

Bajo estas consideraciones, el delito de organización criminal no solo es un hecho pasado, sino que fundamentalmente constituye una criminalización de un estadio previo a la lesión de un bien jurídico. Ello implica, *de facto*, que no se ha lesionado un bien jurídico personal y pese a ello se le impone una pena, que en su marco actual se equipara a la lesión consumada de un bien personal (por ejemplo, el homicidio consumado, que tiene una penalidad de 6 a 20 años). En ese sentido, teniendo en cuenta que estamos ante un derecho penal de la culpabilidad, el autor únicamente

39 Heiko Hartmut Lesch. *La función de la pena*, Madrid, Dykinson, 1999, p. 48; coincidente, Daniel Huamán Castellares. *El sistema jurídico penal*, Lima, Editores del Centro, 2016, p. 137.

40 Así, Günther Jakobs. “Imputación. Fundamentos y determinación de la conducta no permitida”, en vv. AA. *Desarrollos actuales de las ciencias criminales en Alemania*. Kai Ambos y María Laura Böhm (coords.), Bogotá, Temis, 2012, p. 13.

41 Así, Michael Pawlik. *La libertad institucionalizada. Estudios de filosofía jurídica y derecho penal*, Madrid, Marcial Pons, 2010, p. 80.

42 Debe hacerse la aclaración que mientras se asuma un fundamento retributivo de la pena, esta no se reduce la imposición de un mal contra otro mal (contraataque), de hecho es necesario una *fundamentación exhaustiva* de la pena retributiva situado en el “espíritu de su tiempo”, pues como sostiene Rainer Zaczyk. *Libertad, derecho y fundamentación de la pena*, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 2010, p. 163: “[...] para una adecuada comprensión de aquello que una teoría ‘absoluta’, desarrollada a partir del concepto moderno de libertad, puede querer decir con el concepto de ‘retribución’ es forzosamente necesario tener intelectualmente siempre presente el contexto de fundamentación. Si no se hace así, la pena se convertirá en un puro instrumento de poder para la intervención violenta camuflado de conceptos jurídicos”.

43 Así, Michael Pawlik. *La libertad institucionalizada. Estudios de filosofía jurídica y derecho penal*, Madrid, Marcial Pons, 2010, p. 80.

responde por su culpabilidad en tanto perturbación del orden social, de ahí que, la medida de la pena se determina en función de lo que el autor *debe reparar*, a saber: *la evitación de la puesta en peligro de la vigencia de la norma que emana del hecho acabe convirtiéndose en un daño (erosión de la norma)*⁴⁴. Así, como explicamos en el apartado anterior, la culpabilidad del autor se determina en función de lo que ya *de facto* ha lesionado: *la seguridad pública*; sin embargo, si esto fuera así, *no se explica por qué la penalidad del delito de organización criminal se equipara a un delito de lesión consumada* (8 a 15 años en el tipo base y 15 a 20 años en el agravado). Esto último nos permite afirmar que el autor no es responsable por su culpabilidad, sino que es instrumentalizado para lograr ciertos fines; no obstante, por muy acuciantes que sean los intereses que hablen a favor de una excesiva penalidad, la persona en derecho responde siempre por su culpabilidad; en consecuencia, es necesario respetar la *prohibición kantiana* de no mezclar al delincuente “entre los objetos del derecho de cosas”⁴⁵ o, como sostiene Zaczyk, la pena –antes de vincularla con ciertos “fines”– debe estar fundamentada como “derecho frente al autor”⁴⁶. En definitiva, la regulación del delito de organización criminal deja abierta dos cuestiones, a saber: (1) ¿Cuál es la función de la pena en este delito? y (2) ¿La responsabilidad del autor ha de orientarse según su culpabilidad o según su peligrosidad? A ello le dedicamos unas cuantas líneas.

TABLA N.º 2: FUNCIÓN DE LA PENA EN EL DELITO DE ORGANIZACIÓN CRIMINAL EN LA PRIMERA REGULACIÓN

	Regulación anterior
Lesividad	Lesión de la “seguridad pública”
Penalidad	Pena no menor de 3 ni mayor de 6 años
Medida de la pena	Culpabilidad (perturbación culpable de la seguridad pública)
Función de la pena	Pena retributiva

Fuente: elaboración propia.

44 Así, respecto al fundamento del deber de reparación del autor, Günther Jakobs. *La pena estatal: significado y finalidad*, Navarra, Civitas, 2006, p. 148.

45 Immanuel Kant. *La metafísica de las costumbres*, 4.^a ed., Madrid, Tecnos, 2008, p. 166, quien de forma contundente sostiene: “La pena judicial (*poena forensis*), distinta de la natural (*poena naturalis*), por la que el vicio se castiga a sí mismo y que el legislador no tiene en cuenta en absoluto, no puede nunca servir simplemente como medio para fomentar a otro bien, sea para el delincuente mismo sea para la sociedad civil, sino que ha de imponérsele solo *porque ha delinquido*; porque el hombre nunca puede ser manejado como medio para los propósitos de otro ni confundido entre los objetos del derecho real (*Sachenrecht*)”.

46 Rainer Zaczyk. *Libertad, derecho y fundamentación de la pena*, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 2010, p. 162, quien –siguiendo a Kant– afirma que “Lo cierto es que esa certeza burguesa fue sacudida muy pronto por un argumento repetido una y otra vez que provenían de Kant: con una fundamentación de la pena de tales características se somete al autor a los fines de los demás y se le convierte en un objeto. La pena como una lesión que se le inflige al autor tiene que estar más bien, fundamentada por su parte como derecho frente al autor, *antes de* que se puedan vincular a ella otros fines adicionales; no basta con tomar como fundamentación estos fines mismos”.

La discusión de la “culpabilidad vs peligrosidad”⁴⁷ no es una discusión reciente, sin embargo, desde que Franz von Liszt (1851-1918) introduce la idea de *fin* en el derecho penal⁴⁸, esto es, que la misión del derecho penal consiste en alcanzar ciertas finalidades político-criminales⁴⁹, se puede afirmar que la dogmática penal ha recibido de forma “no escandalosa” el concepto de *peligrosidad* como fundamento de las medidas de seguridad. En el contexto de esas ideas, Liszt critica el programa retributivo, representado principalmente por Karl Binding (1841-1920), por su insuficiente éxito de lucha contra el delito, es decir, carente de consecuencias prácticas (disminución de la criminalidad). Por esta razón, Liszt defiende la idea de que la pena debe tener ciertas finalidades que busquen garantizar la defensa de la sociedad frente al delincuente. De esta manera, Liszt distinguía tres cometidos esenciales de la sanción penal⁵⁰, a saber: (1) prevención especial positiva; (2) prevención especial negativa y (3) prevención especial neutralizante. Bajo las consideraciones anteriores, se buscaba proteger a la sociedad del “peligro” que representa el delincuente; en consecuencia, el autor del delito sí bien era responsable por su hecho, la medida de la pena se determinaba en función de lo que su peligrosidad representa para la sociedad, lo cual finalmente justificaba imponer una pena “más allá de su culpabilidad”⁵¹. ¿Será esto lo que explica por qué el artículo 317 CP es considerado un crimen y tenga un marco penal que se equipara a la de un homicidio consumado?

El principal problema que conlleva la idea de la “peligrosidad” como fundamento de la pena radica en la renuncia de los principios de culpabilidad y del hecho⁵², lo cual implica la renuncia de esas “garantías mínimas” que en todo Estado de libertades se deben garantizar. En efecto, si somos consecuentes con lo que representa

47 Sobre ello, véase Günther Jakobs y Miguel Polaino-Orts. *Delitos de organización: un desafío al Estado*, Lima, Grijley, 2009, pp. 22-29; Miguel Polaino-Orts. *Lo verdadero y lo falso del derecho penal del enemigo*, Lima, Grijley, 2009, pp. 550-566.

48 En detalle, Franz von Liszt. *La idea de fin en el derecho penal*, México, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 1994, pp. 55-127. Sobre la evolución histórica de las ideas jurídico-penales, véase Thomas Vormbaum. *Historia moderna del derecho penal alemán*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2018, p. 192; fundamental e impecable, Santiago Mir Puig. *Introducción a las bases del Derecho penal*, 2.ª ed., Buenos Aires, BdeF, 2003, pp. 176-250.

49 La función del Derecho penal es la “lucha contra el delito y la delincuencia”, Michael Pawlik. *La libertad institucionalizada. Estudios de filosofía jurídica y derecho penal*, Madrid, Marcial Pons, 2010, p. 154.

50 Al respecto, Miguel Polaino-Orts. *Lo verdadero y lo falso del derecho penal del enemigo*, Lima, Grijley, 2009, p. 551. De forma detallada, Thomas Vormbaum. *Historia moderna del derecho penal alemán*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2018, pp. 195-197; Franz von Liszt. *La idea de fin en el derecho penal*, México, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 1994, p. 115.

51 Liszt afirmaba que “La sociedad debe protegerse de los irrecuperables y como no podemos decapitar ni ahorcar, y como no nos es dado deportar, no nos queda otra cosa que la privación de libertad de por vida (en su caso, por tiempo indeterminado)”, Franz von Liszt. *La idea de fin en el derecho penal*, México, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 1994, p. 120.

52 Así, contundente con la crítica, Michael Pawlik. *La libertad institucionalizada. Estudios de filosofía jurídica y derecho penal*, Madrid, Marcial Pons, 2010, p. 155.

la “peligrosidad” entonces será la “peligrosidad futura” del delincuente la que justifique una intervención estatal con el fin de evitar la criminalidad y salvaguardar del mundo social los bienes jurídicos⁵³. De esta manera, la “peligrosidad” encuentra un fundamento independiente y autónomo del concepto de *culpabilidad*, toda vez que ya no sería necesario un hecho *pasado* que signifique una perturbación social, sino que únicamente será la peligrosidad para los bienes jurídicos lo que justifique la intervención del derecho penal. En atención a lo anterior, se puede sostener que con la regulación actual del delito de organización criminal se ha introducido –y no sería el único caso– una finalidad radicalmente *preventivo-especial* con la forma de una “norma penal”⁵⁴ (artículo 317); de ahí que el marco penal extraordinariamente riguroso del artículo 317 CP sea incompatible con el principio de culpabilidad⁵⁵.

En atención al cuestionamiento esbozado, se podría objetar que tomar conocimiento de la existencia de una “organización criminal” implica una amenaza difusa y genera un efecto de inseguridad latente, toda vez que su existencia representa *el anuncio de un futuro quebrantamiento de la norma*⁵⁶; en consecuencia, ¿la especial peligrosidad que representa la conformación o constitución de una organización criminal no justifica acaso la intervención anticipada del derecho penal? ¿El ordenamiento jurídico se tiene que quedar de “brazos cruzados” frente la existencia de tal peligro? Pese a lo persuasivo que pueda ser dicho argumento, cabe replicar que, por ejemplo, hasta un detallado plan para la comisión de un delito puede ser altamente peligroso, incluso cuando solo exista en mi mente, en un cuaderno o en mi computadora⁵⁷, e incluso aunque se “constituya” una organización criminal, está todavía tiene que alcanzar las fases de consolidación y planificación de los delitos que se planean cometer y al solo hecho de constituir una organización criminal junto con otras personas no

53 Afirma Von Liszt que “La pena se pone al servicio de la protección de los bienes jurídicos”, Franz von Liszt. *La idea de fin en el derecho penal*, México, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 1994, p. 89.

54 En idéntico sentido, Michael Pawlik. *La libertad institucionalizada. Estudios de filosofía jurídica y derecho penal*, Madrid, Marcial Pons, 2010, p. 155.

55 Recordemos que el principio de culpabilidad, desde un programa preventivo, cumple una función “limitadora” de la medida de la pena en tanto que constituye (1) el punto de orientación de la pena concreta (Jescheck); (2) un medio de limitación de la intervención (Roxin); y (3) un límite a las necesidades de la política-criminal (Stratenwerth); sin embargo, con un tipo penal que tiene un marco penal excesivo al demerito del comportamiento es evidente la infracción a dicha función; véase fundamentalmente, Günther Jakobs. *Sobre la teoría de la pena*, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 1998, pp. 12-15; Michael Pawlik. *La libertad institucionalizada. Estudios de filosofía jurídica y derecho penal*, Madrid, Marcial Pons, 2010, p. 160.

56 Fundamental, Günter Jakobs. “Criminalización en el estadio previo a la lesión de un bien jurídico”, en *Estudios de derecho penal*, Madrid, Civitas, 1997, pp. 317-318.

57 Critico respecto a la teoría de la anticipación penal basada en la “especial peligrosidad” que justifica su excepcional incriminación, Manuel Cancio Meliá. “El injusto de los delitos de organización: peligro y significado”, en vv. AA. *Crimen organizado. Tipicidad, política criminal, investigación y proceso*. André Luis Callegari, Manuel Cancio Meliá y Paula Andrea Ramírez Barbosa, Lima, Ara Editores, 2009, pp. 56-60; Michael Pawlik. *La libertad institucionalizada. Estudios de filosofía jurídica y derecho penal*, Madrid, Marcial Pons, 2010, p. 157.

le es inherente la característica de “peligrosidad” de la misma entidad que un plan delictivo elaborado en detalle y con todos los medios necesarios para llevarlo a cabo. Es más, en el marco penal actual del artículo 317 CP la ilicitud de haberse incorporado a una organización criminal difícilmente se equipara a la de aquel que dolosamente produce la muerte o lesiona; por consiguiente, como sostiene Pawlik: “La referencia a la peligrosidad, en consecuencia, fundamenta demasiado –porque también alcanza al merecimiento de pena de los pensamientos– o demasiado poco –porque excluye la no punibilidad de numerosas actividades preparatorias”⁵⁸.

Así, por un lado, el hecho de que se criminalice este tipo de comportamientos porque representan un peligro –prematureo– para los bienes jurídicos (prevención de hechos *futuros*) implica que el ordenamiento jurídico pretende suplir sus deficiencias de “seguridad” mediante una *pena preventiva*. En efecto, la pena actúa como un “elemento de reemplazo de falta de capacidad preventiva del Estado”⁵⁹; de esta manera, mediante una función de pura “seguridad”, se pretende hacer inocuo al peligroso (neutralizarlo). En ese sentido, se produce un cambio de paradigma: de la reacción penal frente a un hecho *pasado* a la reacción *preventiva* de un hecho *futuro*⁶⁰. Este “paradigma de la seguridad” asumido por el ordenamiento jurídico-penal, como bien se ha mencionado líneas atrás, no es nuevo, pues tanto en la legislación penal como en la doctrina se ha aceptado la introducción de las “medidas de seguridad”⁶¹, las cuales se aplican en ocasión de un hecho ya sucedido que manifiesta la peligrosidad del autor⁶². Este “nuevo” paradigma se corresponde con lo que algunos autores han denominado la “policialización del derecho penal”⁶³, el cual se produce *abiertamente* en el caso de las medidas de seguridad (mayoritariamente aceptado y con respaldo constitucional); sin embargo, junto con esta “abierta” policialización existe otra que

58 Así, Michael Pawlik. *La libertad institucionalizada. Estudios de filosofía jurídica y derecho penal*, Madrid, Marcial Pons, 2010, p. 158.

59 *Ibid.*, p. 168.

60 Esto fue advertido por Jakobs, quien sostenía que este tipo de normas eran parte del derecho penal del enemigo: “el Derecho penal de enemigos optimiza la protección de bienes jurídicos, el Derecho penal de ciudadanos optimiza las esferas de libertad”; véase Günter Jakobs. “Criminalización en el estadio previo a la lesión de un bien jurídico”, en *Estudios de derecho penal*, Madrid, Civitas, 1997, p. 298.

61 Por cierto, en Alemania se introdujeron a partir de 1933 mediante la Ley contra delincuentes habituales y sobre medidas de seguridad y corrección (24 de noviembre de 1933). Sobre una explicación detallada del fundamento y las clases de medidas de seguridad, véase Miguel Polaino Navarrete. *Instituciones de Derecho Penal. Parte general*, Lima, Grijley, 2005, pp. 357-405.

62 “Artículo 72. *Requisitos para la aplicación*. Las medidas de seguridad se aplicarán en concurrencia con las circunstancias siguientes: 1. Que el agente haya realizado un hecho previsto como delito; y 2. Que del hecho y de la personalidad del agente pueda deducirse un pronóstico de comportamiento futuro que revele una elevada probabilidad de comisión de nuevos delitos.”

63 Véase en detalle: Günther Jakobs. “Sobre la teoría del derecho penal del enemigo”, en Miguel Polaino-Orts y Günther Jakobs. *Persona y enemigo: Teoría y práctica del derecho penal del enemigo*, Lima, Grijley, 2012, pp. 41-44.

se da de forma *oculta*, que consiste básicamente en que el legislador introduce en el Código Penal ciertos “delitos” con una enorme penalidad que difícilmente pueden explicar el injusto cometido. Esto último sucede con diversas regulaciones como los delitos de feminicidio, sicariato⁶⁴, marcaje o reglaje, entre otros, y específicamente el delito de organización criminal.

Por otro lado, que se impongan penas preventivas –por muy cuestionables que sean– a los ciudadanos lleva implícita una problemática que difícilmente se puede dejar pasar, y que de hecho fue advertida por dos grandes representantes de la ciencia del derecho penal⁶⁵, a saber: *¿Es la persona en derecho quien debe proporcionar una seguridad suficiente para seguir siendo reconocido cotidianamente como portador de derechos y deberes?* Ante esta cuestión, Grolman (1775-1829) consideraba que en la sociedad civil todos gozan de la *presunción* de ausencia de voluntad de no lesionar a los demás; sin embargo, esa “presunción” se pierde *permanentemente* cuando se comete un delito, en tanto obstáculo para la libertad, toda vez que el hecho cometido demostraba que al delincuente le faltaría una *actitud adecuada a derecho*, lo cual implicaba *seguridad de ausencia de perturbación* (tanto presente como futura). La única forma de restaurar dicha presunción –sostiene Grolman– era mediante una pena *asegurativa*⁶⁶ que nos permita protegernos del autor. Por el contrario, su adversario –Feuerbach (1775-1833)– sostenía que era la sociedad civil –El Estado– quien garantiza la *ausencia de violencia* que posibilitaba las relaciones recíprocas, de ahí que, no se exigía a cada ciudadano que preste dicha *garantía de seguridad*, ya que dicha garantía la ofrece la institución de la *policía*, que en tanto esté en funcionamiento posibilita la continuidad de la sociedad. En ese sentido, en lo que respecta al delito –sostenía Feuerbach–, una actitud subjetiva (moral) propensa a cometer delitos jamás vulneraría el derecho en tanto no se ha exteriorizado (legalidad). En atención a la discusión expuesta, debe quedar claro que, en primer lugar, Grolman exagera al considerar a todo delincuente como una “figura sospechosa” de la cual ya no se puede confiar, sino solo proteger mediante la adecuada utilización de medios de prevención; y en segundo lugar, Feuerbach es muy ingenuo al no considerar que en ciertos casos “una actitud interna deficitaria de respecto de legalidad” *manifestada* y de forma más o menos duradera no amerita un *tratamiento diferenciado*: piense,

64 Sobre la vinculación del delito de feminicidio y sicariato como formas de Derecho penal del enemigo y su legitimación como condiciones de un Estado de libertades, véase Elian Mauricio Camere Figueroa. “De nuevo, el derecho penal del enemigo: una necesidad para asegurar las condiciones de juridicidad”, *Revista Derecho Penal y Criminología*, vol. 44, n.º 116, noviembre de 2022, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, pp. 80-87.

65 Sobre la discusión entre Grolman y Feuerbach, véase Günther Jakobs y Miguel Polaino-Orts. *Delitos de organización: un desafío al Estado*, Lima, Grijley, 2009, pp. 24-29.

66 Explica Jakobs que bajo la concepción de Grolman, “todo delincuente se convertiría a sí mismo mediante su hecho delictivo en una figura sospechosa, de cuya fidelidad al Derecho ya no puede confiarse más, por lo que lo único que vale es protegerse de él”, Günther Jakobs y Miguel Polaino-Orts. *Delitos de organización: un desafío al Estado*, Lima, Grijley, 2009, p. 27.

por ejemplo, en los depredadores sexuales, terroristas, delincuentes profesionales y grupos organizados delictivamente, entre otros.

La controversia doctrinal que tuvo lugar alrededor de 1800 nos enseña que en determinadas situaciones el legislador penal emplea la pena como un *medio de aseguramiento frente al autor*. Esas “determinadas situaciones” se configuran cuando el autor manifiesta mediante su actitud, no de forma incidental, episódica o accidental, que se ha alejado del derecho de modo no solo momentáneo o pasajero, sino probablemente de manera duradera o permanente, de ahí que ya no se pueda mantener la presunción de su conducta conforme a derecho. Sin embargo, la pena –como bien expusimos– es reacción frente a un delito, y su retribución busca procurar que la vigencia de la norma no quede erosionada, por eso la pena es siempre *retrospectiva* en tanto que busca *compensar* la puesta en peligro de la vigencia de la norma con el hecho pasado. Como ha quedado de manifiesto, esto último no ocurre –nuevamente, no sería el único caso– en el delito de organización criminal (art. 317 CP), ya que la pena (principalmente privativa de libertad) busca retirar al autor de la *circulación durante un tiempo* (aseguramiento), pues ya no se espera que este mantenga una actitud conforme a derecho, sino lo opuesto, a saber: *manifiesta mediante su conducta inseguridad de seguir orientándose conforme a las normas*. De esta manera, la pena se asemeja más a una *custodia de seguridad*⁶⁷, que es siempre prospectiva y que tiene como única finalidad la prevención de ulteriores delitos. Así las cosas, como señala Jakobs, en determinados delitos de la parte especial “la pena es un medio para un fin policial, un paso en la lucha por la seguridad”⁶⁸ y en el caso del delito de organización criminal se puede afirmar que (1) la punición de la promoción, organización, constitución e integración de una organización criminal amerita una pena elevada para “evitar escaladas”; (2) el precepto de la organización criminal es manifestación de una “policialización encubierta”, es decir, derecho de policía en forma jurídico-penal (defensa frente a peligros); (3) la pena deja de ser retrospectiva para pasar a ser *prospectiva*, esto es, evitar ulteriores hechos delictivos; (4) la finalidad de retirar al autor de los medios de organización del mundo es distinta en el caso del autor que manifiesta de forma probablemente duradera una falta de actitud conforme a derecho, que respecto de un delincuente ocasional o incidental; (5) la pena tiene la finalidad de *garantizar el aseguramiento*, esto es, que sea correspondientemente extensa; (6) esto último es la razón de la elevada pena que contiene el precepto del

67 Al respecto, Jesús María Silva Sánchez. “¿Es la custodia de seguridad una pena?”, en *InDret*, n.º 2, 2010, p. 1, señalando que “La respuesta histórica de la legislación alemana al fenómeno de los delincuentes imputables peligrosos ha sido la denominada custodia de seguridad (*Sicherungsverwahrung*): una medida de seguridad de internamiento impuesta de modo acumulativo a la pena. En la última década, y como consecuencia de las demandas sociales de aseguramiento frente a aquellos sujetos, la regulación de dicha institución fue sometida a modificaciones drásticas”.

68 Günther Jakobs. “¿Terroristas como personas en derecho?”, en *VV. AA. Derecho penal del enemigo. El discurso de la exclusión*. Manuel Cancio Meliá y Carlos Gómez-Jara Díez (coord.), vol. 2, Madrid, B de F, 2006, p. 78.

delito de organización criminal, la cual no se podría explicar a través de aquello que ya ha sucedido (la lesión de la seguridad pública), sino sobre la base del peligro manifestado, existente y latente; y (7) una pena de estas características se asemeja a una idea de prevención general negativa y prevención especial.

TABLA N.º 3:
LA FUNCIÓN DE LA PENA DE LA REGULACIÓN ACTUAL
DEL DELITO DE ORGANIZACIÓN CRIMINAL

	Regulación actual	
Lesividad	Seguridad pública	¿Peligrosidad?
Penalidad	Pena no menor de 8 ni mayor de 15 años	
Medida de la pena	Culpabilidad (lesión de la <i>seguridad pública</i>) + peligrosidad	
Función de la pena	Pena preventiva y asegurativa	

Fuente: elaboración propia.

C. El tránsito de una legislación de tutela a una de “lucha o combate”

El ordenamiento jurídico, para materializar el tratamiento especial y diferenciado de determinadas manifestaciones de la criminalidad moderna, denomina abiertamente *leyes de combate o de lucha*⁶⁹. El legislador peruano se toma las cosas en serio al denominar estas leyes de *lucha o combate*, y no las reduce a una cuestión nominal o para generar “impacto o impresión”, pues en el contenido de estas leyes se podrá observar que se regula un tratamiento especial *proporcional* al tipo de criminalidad que nos encontremos. Pese a ello, podría pensarse que estas leyes están dirigidas hacia el “fenómeno criminal”, sin embargo, esta afirmación pasaría por alto que muchas de estas leyes tienen incidencia *penal*, de modo que la pena no se aplica al fenómeno delictivo “terrorismo, crimen organizado o violencia contra la mujer”, sino a una persona en concreta⁷⁰ o, mejor dicho, al terrorista, al integrante de la organización y al tirano doméstico.

69 Mayores detalles sobre la proliferación de las diversas leyes de lucha o combate en la legislación penal peruana, véase Elian Mauricio Camere Figueroa. “De nuevo, el derecho penal del enemigo: una necesidad para asegurar las condiciones de juridicidad”, *Revista Derecho Penal y Criminología*, vol. 44, n.º 116, noviembre de 2022, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, p. 71.

70 Günter Jakobs. “¿Terroristas como personas en derecho?”, en VV. AA. *Derecho penal del enemigo. El discurso de la exclusión*. Manuel Cancio Meliá y Carlos Gómez-Jara Díez (coord.), vol. 2, Madrid, B de F, 2006, p. 78.

En lo que respecta al crimen organizado, el legislador ha introducido –dentro de sus muchos productos– la “Ley contra el Crimen Organizado” (Ley 30077)⁷¹, publicada el 20 de agosto de 2013, la cual, en principio, sólo regularía aspectos de alcance procedimental tanto en el ámbito investigativo, procesal y de beneficios penitenciarios⁷². La Ley se compone de tres títulos, los cuales son: (I) “Objeto, definición y ámbito de aplicación”, compuesto por cuatro artículos; (II) “Investigación, consecuencias jurídicas aplicables y ejecución penal”, conformado por seis capítulos⁷³ y un total de 21 artículos; y (III) “Cooperación internacional y asistencia judicial”, con cinco artículos. Por último, complementa sus funciones y efectos con tres disposiciones complementarias finales, cuatro disposiciones complementarias transitorias y con seis disposiciones complementarias modificatorias.

En ese sentido, sin ánimo de tratar de forma exhaustiva cada aspecto y articulado de la ley, se abordarán algunas implicancias de la respuesta *diferenciada* del ordenamiento jurídico frente a este fenómeno criminal y sus consecuencias inmediatas para aquellos que forman parte de una organización criminal.

1. *Repercusiones sustantivas de la Ley 30077*

Pese a que la ley refiera que tiene por objeto “fijar las reglas y procedimientos relativos a la investigación, juzgamiento y sanción de los delitos cometidos por organizaciones criminales”, esto es, abordar diversos aspectos relativos al crimen organizado excluyendo cuestiones sustantivas, sorprendentemente da una definición de la organización criminal en su artículo 1.º, que en su momento ocasionó una discusión dogmática respecto a su compatibilidad con el artículo 317 del Código Penal⁷⁴.

71 Sobre un análisis exhaustivo de todos los aspectos sustantivos, procesales y de ejecución penal, véase Laura Zúñiga Rodríguez y Fidel Mendoza Llamaconcca (coords.). *Ley contra el crimen organizado* (Ley n.º 30077). *Aspectos sustantivos, procesales y de ejecución penal*, Lima, Instituto Pacífico, 2016, pp. 33-716.

72 “Artículo 1. *Objeto de la ley*. La presente ley tiene por objeto fijar las reglas y procedimientos relativos a la investigación, juzgamiento y sanción de los delitos cometidos por organizaciones criminales.”

73 Estos son: (1) Investigación y proceso penal; (2) Técnicas especiales de investigación; (3) Medidas limitativas de derechos; (4) Incautación y decomiso; (5) Valoración de la prueba; y (6) Consecuencias jurídicas aplicables y ejecución penal.

74 Antes de que entrara en vigor la Ley n.º 30077, el artículo 317 (*Asociación ilícita*) establecía: “El que forma parte de una organización de dos o más personas destinada a cometer delitos [...]”. Tras la incorporación de la Ley, el precepto –pese a la modificación que se hizo respecto de las conductas típicas– seguía manteniendo las mismas características de la organización criminal de la regulación anterior: “una organización de dos o más personas destinada a cometer delitos”. Sobre esta cuestión, sosteniendo que la definición de la Ley llena de contenido el elemento normativo “organización” del artículo 317 CP, Laura Zúñiga Rodríguez. “El concepto de organización criminal de la Ley n.º 30077 sobre crimen organizado y el delito de asociación ilícita del art. 317 CP: Una difícil relación”, en vv. AA. *Ley contra el crimen organizado* (Ley n.º 30077). *Aspectos sustantivos, procesales y de ejecución penal*. Laura Zúñiga Rodríguez y Fidel Mendoza Llamaconcca (coords.), Lima, Instituto Pacífico, 2016, p. 62.

Asimismo, en el citado artículo 2.º de la ley, en su inciso 2, se establece una definición de la *intervención de los integrantes de la organización criminal*, cosa que no sucede en el artículo 317 CP. Además, el artículo 3.º de la ley establece un *catálogo de los delitos-fin* de la organización criminal, mientras que el artículo 317 CP lo deja abierto. Bajo estas consideraciones, pese a lo establecido en el artículo 1.º de la Ley 30077, esta sí regula aspectos *sustantivos* que necesariamente tienen implicancia al momento de interpretar el delito de organización criminal: (1) elemento normativo “organización”, su concepto; (2) el programa criminal (delimitación de los delitos-fin); y (3) grado de integración y colaboración punible.

En lo que respecta al elemento organizacional⁷⁵, la situación actual es distinta a la regulación anterior de “asociación ilícita”, toda vez que el actual delito de organización criminal al contener características muy similares que se definieron en la Ley 30077 no genera la incompatibilidad respecto a la búsqueda sobre los aspectos definidores de la “organización”. Lo cierto es que la *dimensión colectiva* desempeña un papel determinante para poder afirmar la configuración del delito de organización criminal, pues sin elemento organizacional no es posible imputar este delito. A su vez, que se describan las características de lo que debe entenderse por “organización” –tanto en el artículo 317 y en la ley– va en sintonía con el principio de legalidad en su manifestación de taxatividad, pues no genera la incertidumbre jurídica de lo que debe entenderse por “organización”. Evidentemente el legislador no puede establecer una definición exacta de la organización criminal, pues al ser este fenómeno criminal expresión de las características actuales de la sociedad moderna –una consecuencia de la globalización o el capitalismo sostienen algunos– es necesario que exista cierto margen interpretativo (leyes relativamente determinadas⁷⁶) para poder hacer una interpretación de este delito acorde a las necesidades actuales de nuestra sociedad.

En todo caso, lo que podría generar cierta “incompatibilidad” es que el artículo 2.º de la Ley delimita el alcance de la organización criminal al establecer que los “delitos-fin” son los *delitos graves señalados por la ley*, mientras que el artículo 317 del CP únicamente hace referencia a cualquier delito. Esta cuestión del programa criminal ha sido abordada por algunos autores que han propuesto que únicamente debe sancionarse la organización criminal que este orientada a determinados delitos (establecer un catálogo de los delitos-fin) o solamente delitos “graves”. Esto último,

75 Al respecto, Manuel Cancio Meliá. “El injusto de los delitos de organización: peligro y significado”, en vv. AA. *Crimen organizado. Tipicidad, política criminal, investigación y proceso*. André Luis Callegari, Manuel Cancio Meliá y Paula Andrea Ramírez Barbosa, Lima, Ara Editores, 2009, p. 63, quien señala que “[...] parece prometer un progreso en la definición del injusto examinar con mayor detenimiento dos segmentos de relevancia social de las organizaciones que aquí interesan: en primer lugar, su *dimensión colectiva*; en segundo lugar, la especial amenaza que su existencia supone respecto de determinados valores jurídico-políticos, amenaza que constituye su *significado*”.

76 Sobre la taxatividad de la Ley (*lex certa*), su función y su flexibilización, véase Percy García Cavero. *Derecho penal. Parte general*, 3.ª ed., Lima, Ideas, 2019, p. 147.

debido a que una gravedad suficiente de los delitos-fin justificaría el excesivo adelantamiento de las barreras de intervención⁷⁷. Por el contrario, nuestro Código Penal en sus anteriores regulaciones⁷⁸ del artículo 317 únicamente establecía un catálogo de los delitos-fin como *agravante* de la penalidad, mientras que la orientación de la organización siempre estuvo destinada a cualquier delito. El actual delito de organización criminal no contiene un *numerus clausus* de los delitos-fin, ni siquiera como agravante, toda vez que a efectos de evitar incongruencias se ha dejado vigente únicamente el catálogo establecido en el artículo 3.º de la Ley 30077⁷⁹. Puede

77 Así, Jesús María Silva Sánchez. “¿Pertenencia o intervención? Del delito de pertenencia a una organización criminal a la figura de la participación a través de organización en el delito”, en vv. AA. *Los desafíos del derecho penal en el siglo XXI. Libro homenaje al profesor Dr. Günther Jakobs*. Guillermo Yacobucci (dir.), Lima, Ara Editores, 2005, p. 238. En idéntico sentido, Manuel Cancio Meliá. “El injusto de los delitos de organización: peligro y significado”, en vv. AA. *Crimen organizado. Tipicidad, política criminal, investigación y proceso*. André Luis Callegari, Manuel Cancio Meliá y Paula Andrea Ramírez Barbosa, Lima, Ara Editores, 2009, p. 78, quien señala que “[...] para la definición del injusto la necesidad de limitar mediante un *catálogo las infracciones* cuya comisión por parte de la asociación criminal justifica la incriminación autónoma de la intervención en la organización: al menos deberá formar parte de estas la *violencia* dirigida por medios típicos *ad intra* o *ad extra*”.

78 “Artículo 317. *Agrupación ilícita*. Cuando la agrupación esté destinada a cometer los delitos de genocidio, contra la seguridad y tranquilidad públicas, contra el Estado y la defensa nacional o contra los Poderes del Estado y el orden constitucional, la pena será no menor de ocho años, de ciento ochenta a trescientos sesenticinco días-multa e inhabilitación conforme al artículo 36, incisos 1, 2 y 4.”

79 “Artículo 3. *Delitos comprendidos*. La presente ley es aplicable a los siguientes delitos:

1. Homicidio calificado, sicariato y la conspiración y el ofrecimiento para el delito de sicariato, de conformidad con los artículos 108, 108-C, 108-D del Código Penal.
2. Secuestro, tipificado en el artículo 152 del Código Penal.
3. Trata de personas, tipificado en el artículo 153 del Código Penal.
4. Violación del secreto de las comunicaciones, en la modalidad delictiva tipificada en el artículo 162 del Código Penal.
5. Delitos contra el patrimonio, en las modalidades delictivas tipificadas en los artículos 186, 189, 195, 196-A y 197 del Código Penal.
6. Pornografía infantil, tipificado en el artículo 183-A del Código Penal.
7. Extorsión, tipificado en el artículo 200 del Código Penal.
8. Usurpación, en las modalidades delictivas tipificadas en los artículos 202 y 204 del Código Penal.
9. Delitos informáticos previstos en la ley penal.
10. Delitos monetarios, en las modalidades delictivas tipificadas en los artículos 252, 253 y 254 del Código Penal.
11. Tenencia, fabricación, tráfico ilícito de armas, municiones y explosivos y demás delitos tipificados en los artículos 279, 279-A, 279-B, 279-C y 279-D del Código Penal.
12. Delitos contra la salud pública, en las modalidades delictivas tipificadas en los artículos 294-A y 294-B del Código Penal.
13. Tráfico ilícito de drogas, en sus diversas modalidades previstas en la Sección II del Capítulo III del Título XII del Libro Segundo del Código Penal.
14. Delito de tráfico ilícito de migrantes, en las modalidades delictivas tipificadas en los artículos 303-A y 303-B del Código Penal.
15. Delitos ambientales, en las modalidades delictivas tipificadas en los artículos 307-A, 307-B, 307-C, 307-D y 307-E, 310-A, 310-B y 310-C del Código Penal.
16. Delito de marcaje o reglaje, previsto en el artículo 317-A del Código Penal.
17. Genocidio, desaparición forzada y tortura, tipificados en los artículos 319, 320 y 321 del Código Penal, respectivamente.

valorarse positivamente la opción de reducir el alcance del delito de organización criminal, pero hay que tener en cuenta que manejar un catálogo de los delitos-fin conlleva el riesgo de omitir ciertas figuras delictivas que puedan aparecer⁸⁰ o ciertas manifestaciones de la organización criminal que aún no han aparecido.

TABLA N.º 4:
DEFINICIÓN LEGAL DE LA CRIMINALIDAD ORGANIZADA

Artículo 317 CP	Artículo 2.º de la Ley 30077
“[...] 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.”	“[...] se considera organización criminal a cualquier agrupación de tres o más personas que se reparten diversas tareas o funciones, cualquiera sea su estructura y ámbito de acción, que, con carácter estable o por tiempo indefinido, se crea, existe o funciona, inequívoca y directamente, de manera concertada y coordinada, con la finalidad de cometer uno o más delitos graves señalados en el artículo 3 de la presente ley.”

Fuente: elaboración propia.

Finalmente, en lo que respecta al grado de integración y colaboración punible, nuestro Código Penal en el artículo 317 establece cuatro conductas típicas: (1) promover; (2) organizar; (3) constituir y (4) integrar. A su vez, distingue la penalidad en función del concreto rol –*estatus especial*– que desempeñe cada uno dentro de la organización en cuatro supuestos: (1) líder; (2) jefe; (3) financista y (4) dirigente. De esta manera, nuestro legislador penal ha previsto dos niveles de imputación dentro del tipo penal de organización delictiva, a saber: (1) primer nivel (genérico), donde se abarcan las conductas de promover, organizar, constituir e integrar, las cuales permiten

18. Delitos contra la administración pública, en las modalidades delictivas tipificadas en los artículos 382, 383, 384, 387, 393, 393-A, 394, 395, 396, 397, 397-A, 398, 399, 400 y 401 del Código Penal.

19. Delito de falsificación de documentos, tipificado en el primer párrafo del artículo 427 del Código Penal.

20. Lavado de activos, en las modalidades delictivas tipificadas en los artículos 1, 2, 3, 4, 5 y 6 del Decreto Legislativo 1106, Decreto Legislativo de lucha eficaz contra el lavado de activos.

21. En los artículos 153-B, 153-D, 153-F, 153-G, 153-H, 153-I, 153-J, 179, 180, 181 y 181-A del Código Penal.

Los alcances de la presente ley son de aplicación a los delitos en los que se contemple como circunstancia agravante su comisión mediante una organización criminal y a cualquier otro delito cometido en concurso con los previstos en el presente artículo.”

80 Así, Laura Zúñiga Rodríguez. “El concepto de organización criminal de la Ley n.º 30077 sobre crimen organizado y el delito de asociación ilícita del art. 317 CP: Una difícil relación”, en vv. AA. *Ley contra el crimen organizado (Ley n.º 30077). Aspectos sustantivos, procesales y de ejecución penal*. Laura Zúñiga Rodríguez y Fidel Mendoza Llamaponceca (coords.), Lima, Instituto Pacífico, 2016, p. 68.

fundamentar su responsabilidad en función de que son *miembros*⁸¹ de la organización; (2) segundo nivel (especial), de mayor responsabilidad, que se determina en función del rol que desempeña el miembro de la organización, los cuales pueden ser de líder, jefe, financista y dirigente. Este no es el espacio para desarrollar el *significado de los comportamientos típicos*⁸² del delito de organización criminal; sin embargo, debe precisarse que la conducta típica de “promover” no presupone la existencia de la organización, sino que se sitúa en un momento anterior a su *constitución*, esto es, antes de que la organización criminal exista⁸³; mientras que los otros comportamientos típicos presuponen que la organización ya se ha creado. Asimismo, la conducta de promover supone una rechazable *anticipación de la anticipación penal*; se trata, pues, de un “doble adelantamiento” de la punibilidad, de modo que representa un exceso por parte del legislador, más aún cuando equipara dicha conducta a las otras conductas del tipo penal de organización criminal; en estos casos lo más adecuado será situar las conductas de promoción en el límite ínfimo de la pena del delito de organización criminal.

Como se puede apreciar, la regulación del artículo 317 CP no establece una definición de los miembros de la organización criminal, ni personas vinculadas a ella;

-
- 81 Se puede discutir si aquel que “financia” la organización es realmente integrante de ella, ya que básicamente este tipo de comportamientos implica aportar bienes importantes a la organización; sin embargo, es dudoso que quien posibilita las condiciones de existencia de una organización y el curso fluido del suceso típico se pueda desligar completamente de ella; más problemático es la posibilidad de atribuir los delitos concretos de la organización a aquel que financia, a lo cual hasta ahora la doctrina no ha dado una respuesta satisfactoria. Desde nuestro punto de vista, lo determinante de una prestación de tal magnitud (financiar) no es que el financista simplemente aporte bienes y subjetivamente se desligue o no de la organización, sino la valoración objetiva de su conducta en relación con la organización; en consecuencia, el *sentido objetivo de su comportamiento* implica que no se pueda desligar de la organización, toda vez que su prestación se acopla y posibilita la existencia y proyecto criminal de la organización; en consecuencia, es considerado miembro aunque él no se considere así. De otro parecer, Laura Zúñiga Rodríguez. “El concepto de organización criminal de la Ley n.º 30077 sobre crimen organizado y el delito de asociación ilícita del art. 317 CP: Una difícil relación”, en VV. AA. *Ley contra el crimen organizado (Ley n.º 30077). Aspectos sustantivos, procesales y de ejecución penal*. Laura Zúñiga Rodríguez y Fidel Mendoza Llamapconcca (coords.), Lima, Instituto Pacífico, 2016, p. 71.
- 82 En contra de una interpretación del tipo penal como “exegesis del texto de la ley”, esto es, una interpretación en función del *significado de los signos lingüísticos mediante reglas convencionales sobre el uso del idioma*, Michael Kubiciel. *La ciencia de la parte especial del derecho penal*, Buenos Aires, Editores del Sur, 2021, pp. 64-70. En ese mismo sentido, respecto al significado del comportamiento delictivo de las conductas típicas de cohecho activo en el ámbito de la función policial, véase Elian Mauricio Camere Figueroa. “El delito de cohecho activo en el ámbito de la función policial: una revisión normativa”, *Forsetti*, vol. 12, n.º 18 (2023), pp. 68-95.
- 83 En contra, Víctor Prado Saldarriaga. *Criminalidad organizada. Parte especial*, Lima, Instituto Pacífico, 2016, p. 81, quien señala que “Promover una organización criminal comprende la realización posterior de actos de difusión, consolidación y expansión de una organización criminal ya creada e incluso en aplicación de su proyecto delictivo. Esto es, el agente promotor puede impulsar alianzas delictivas así como la diversificación de las actividades ilícitas o la proyección hacia otras áreas geográficas de influencia”.

por el contrario, la Ley 30077, en su artículo 2.º, inciso 2, señala que “La intervención de los integrantes de una organización criminal, personas vinculadas a ella o que actúan por encargo de la misma puede ser temporal, ocasional o aislada, debiendo orientarse a la consecución de los objetivos de la organización criminal”. De esta manera, la ley hace referencia a tres tipos intervenciones: (1) miembros de la organización; (2) personas vinculadas a la organización y (3) personas que actúan por encargo a la organización. Así, sus aportes pueden ser de tres formas: (1) temporales; (2) ocasionales y (3) aislados. Asimismo, se exige que tanto los sujetos como sus aportes –*intervinientes*– deben estar “orientados a la consecución de los objetivos de la organización”. En atención a las formas de intervención, resulta problemático establecer el grado de vinculación del interviniente con el de la organización, piense por ejemplo en aquellas personas que realizan un aporte a la organización pero de forma estereotipada: la cocinera, la esposa o el chofer. Esta complicada tarea de delimitación debe determinarse en función del contexto social donde se desarrolla el comportamiento delictivo, puesto que en la ley se establece un *límite* a este tipo de intervenciones al establecerse que deben tener el *sentido inequívoco* de contribución a los objetivos de la organización criminal. De esta manera, no se trata un favorecimiento causal o intencional a los objetivos de la organización, sino que será el contexto el que determine realmente las prestaciones de tal magnitud para que luego en el plano subjetivo nos permita imputar este elemento subjetivo adicional.

Por todo lo expuesto, el problema de fondo que hay detrás, más allá de la definición de la organización criminal de la Ley 30077 o la descripción típica del artículo 317 CP o los alcances de los “delitos-fin”, es uno de tipo “ontológico”⁸⁴, esto es, *debe encontrarse un aparato conceptual adecuado que permita abordar los diferentes niveles de la criminalidad organizada: su estructura, características, funcionalidad y fines*. Esta tarea es sumamente compleja, ya que la dogmática tradicional siempre ha estado orientada hacia *hechos individuales* o, por mejor decir, ha predominado el *paradigma individual*⁸⁵. Frente a esto, la realidad social con las nuevas formas de criminalidad ha puesto de manifiesto la insuficiencia de comprender dichos fenómenos en atención al aspecto fenomenológico e individual, que reducen a la organización

84 Así, Juan Pablo Mañalich Raffo. “Organización delictiva: bases para su elaboración dogmática en el derecho penal chileno”. *Revista Chilena de Derecho*, vol. 38, n.º 2 (2011), p. 280, <https://dx.doi.org/10.4067/S0718-34372011000200005>. En la doctrina peruana, abordando el problema conceptual y su tratamiento dogmático, Eduardo Oré Sosa. “La organización criminal. A propósito de la Ley n.º 30077, ley contra el crimen organizado”, en vv. AA. *Ley contra el crimen organizado (Ley n.º 30077). Aspectos sustantivos, procesales y de ejecución penal*. Laura Zúñiga Rodríguez y Fidel Mendoza Llamacponcca (coords.), Lima, Instituto Pacífico, 2016, pp. 82-89; Víctor Prado Saldarriaga. *Criminalidad organizada. Parte especial*, Lima, Instituto Pacífico, 2016, pp. 37-64, quien pretende construir un concepto operativo y legal de criminalidad organizada, que nos permitirá aproximarnos a sus características más constantes y así diferenciar este fenómeno delictivo con otras manifestaciones de las nuevas formas de criminalidad.

85 Fundamental al respecto, Miguel Polaino-Orts. *Lo verdadero y lo falso del derecho penal del enemigo*, Lima, Grijley, 2009, p. 423.

criminal como la mera *suma de individuos asociados con un fin criminal*. La respuesta de la doctrina especializada apunta a superar el paradigma del autor individual y asumir el *paradigma del sistema de injusto*, de modo que se centran en el factor organizacional, que es la base para definir la estructura, la funcionalidad, las características, los fines, las políticas y directrices internas de la organización criminal.

2. *Repercusiones procesales*

La situación en el derecho material se corresponde con la procesal. Dentro del proceso, el investigado es un “sujeto procesal” y como tal posee determinados derechos y deberes. Lo que principalmente caracteriza a todo sujeto procesal son sus *prestaciones de participación*⁸⁶. De esta manera, todo sujeto procesal tiene el derecho a la tutela jurisdiccional, el derecho a solicitar pruebas, asistir a interrogatorios y, fundamentalmente, a no ser engañado, ni coaccionado, ni amenazado⁸⁷. Frente a esta “personalidad abstracta” reconocida y garantizada en el ámbito procesal, existen determinadas situaciones en donde se ve *reducida* por la existencia de múltiples formas de “desnuda coacción”⁸⁸ que buscan asegurar el proceso. No se niega que el sujeto procesal tenga un ámbito de personalidad reconocido y garantizado, sino que se pone de manifiesto que *en determinadas situaciones* lo que determina su personalidad es el ámbito que es reducido. Así, la Ley 30077 en varios de sus artículos pone de manifiesto la reducción de la personalidad del sujeto procesal, lo cual significa reducción de derechos fundamentales. Veamos, pues, las formas de *heteroadministración* que la ley regula.

En el ámbito procesal⁸⁹, más allá de la elevación a 60 días del plazo ordinario de la investigación preliminar, dejando a potestad del fiscal fijar un plazo distinto debido a

86 Aquí la diferencia con el proceso inquisitorial, que básicamente mediante coacción o amenaza se obliga a participar en el proceso, véase Javier Sánchez-Vera Gómez-Trelles. *Variaciones sobre la presunción de inocencia. Análisis funcional desde el derecho penal*, Madrid, Marcial Pons, 2012, pp. 37-45.

87 Al respecto, Günther Jakobs. “Derecho penal del ciudadano y derecho penal del enemigo”, en Günther Jakobs y Manuel Cancio. *Derecho penal del enemigo*, Madrid, Civitas, 2003, p. 44.

88 Sin lugar a duda, la forma más drástica de reducción de la personalidad es la “prisión preventiva”. ¿Por qué un “ciudadano” debe estar obligado –coaccionado– a participar en el proceso mediante su encarcelamiento sin condena firme? Es más, la aplicación de la prisión preventiva para los supuestos de crimen organizado tiene una duración especial, diferente a situaciones normales, a saber: plazo no más de 36 meses, pudiendo prolongarse hasta 12 meses adicionales.

89 Para algunos autores, las disposiciones procesales o sobre la cooperación judicial internacional son innecesarias, toda vez que ya están contemplados en el Código Procesal penal (véase Víctor Prado Saldarriaga. *Criminalidad organizada. Parte especial*, Lima, Instituto Pacífico, 2016, p. 74); por el contrario, consideramos que si bien es cierto muchas de las regulaciones están establecidas en el Código Procesal Penal, no es menos cierto que en la regulación procesal estas van dirigidos a diversos delitos y no de forma exclusiva a la criminalidad organizada, por consiguiente, lo que el legislador pretende es poder *enfaticar* el tratamiento diferenciado –no exclusivo– de este fenómeno criminal y lograr la unificación del tratamiento jurídico a dicho fenómenos por los diversos operadores jurídicos.

la mayor complejidad⁹⁰ (artículos 5.º y 6.º de la ley), se han dispuesto determinadas *técnicas especiales de investigación*, lo cual es necesario frente a la complejidad del fenómeno criminal de la organización criminal. Lo que no debe pasar desapercibido es lo que dichas *técnicas* implican, que no es otra cosa que *reducción de derechos fundamentales*, de ahí que resulta necesario abordar su *fundamentación* frente a quienes las *toleran*; a modo de pregunta: *¿Por qué el integrante de la organización criminal debe tolerar, por ejemplo, que se practiquen técnicas de investigación encubiertas que desconoce completamente?* Evidentemente la criminalidad organizada es un fenómeno complejo, sin embargo, dicha complejidad no puede sortear las cuestiones de legitimidad, sino se terminaría justificando todo tipo de excesos.

En concreto, *las técnicas especiales de investigación* se utilizarán de forma excepcional (siempre que resulten idóneas, necesarias e indispensables para el esclarecimiento de los hechos materia de investigación), y su aplicabilidad estará orientada por los principios de necesidad, razonabilidad y proporcionalidad. Estas técnicas

Para un análisis más detallado de la regulación procesal del crimen organizado, véase Pablo Sánchez Velarde. "Criminalidad organizada y proceso penal", en vv. AA. *Ley contra el crimen organizado (Ley n.º 30077). Aspectos sustantivos, procesales y de ejecución penal*. Laura Zúñiga Rodríguez y Fidel Mendoza Llamapconcca (coords.), Lima, Instituto Pacífico, 2016, pp. 650-654; César San Martín Castro. "El proceso penal contra el crimen organizado", en vv. AA. *Ley contra el crimen organizado (Ley n.º 30077). Aspectos sustantivos, procesales y de ejecución penal*. Laura Zúñiga Rodríguez y Fidel Mendoza Llamapconcca (coords.), Lima, Instituto Pacífico, 2016, pp. 663-689.

- 90 Asimismo, como tercera modificación complementaria, el plazo de la investigación preparatoria es de 36 meses en casos de crimen organizado (342 del Código procesal penal). Cabe resaltar el pronunciamiento de la Sala Penal Permanente, Casación n.º 599-2018, Lima, fundamentos jurídicos 1.10 al 1.3, que se pronuncian sobre la investigación en casos de crimen organizado: "En los delitos de criminalidad organizada, por su impacto social, su peligrosidad y efectos en el contexto, la necesidad de la actividad indagativa es mayor, pues se debe realizar un tramado de diligencias especiales, recurriendo incluso a técnicas especiales de investigación, la propia complejidad de la criminalidad organizada deriva en que realice una pluralidad de actos especiales de investigación, es por ello que lo urgente o inaplazable no puede calificarse en su sentido temporal estricto. Hay que considerar que existen dinámicas criminales donde las estructuras mismas evolucionan y hacen más compleja su indagación, allí es donde el rol del fiscal, encaminado a obtener indicios reveladores de la existencia del hecho criminal (delito) y la individualización de un significativo número de personas, conforme al artículo trescientos treinta y seis.uno [sic] del CPP, se complejiza. Por ello no es lo mismo realizar actos urgentes e inaplazables en la investigación de un delito común, que en una investigación de crimen organizado (en el presente caso, por ejemplo, se materializan con elaboración de un informe financiero y contable respecto de los fondos recaudados en los eventos "Rifa fujimorista" y "cocteles o cenas fujimoristas" o la solicitud de información a entidades públicas como Registros Públicos, Municipalidad y notarías). Afirma el carácter que lo urgente e inaplazable tiene una connotación distinta en las indagativas de crimen organizado el que la propia norma señale "[...] no obstante ello, el Fiscal podrá fijar un plazo distinto según las características, complejidad y circunstancias de los hechos objeto de investigación [...]" (artículo 334.2 del CPP), lo que en correlato con lo preceptuado en el artículo cinco, incisos uno y dos, de la Ley número treinta mil setenta y siete (Ley Contra el Crimen Organizado), afirma el sentido interpretativo que se fija. De ahí que lo afirmado por el casacionista respecto a que lo urgente e inaplazable en diligencias preliminares por crimen organizado solo debe vincularse al factor tiempo, y que todos los actos que se desarrollen durante esta fase tengan dichas características, no determina que la Sala Penal Nacional haya inobservado el artículo trescientos treinta.dos [sic] del CPP".

especiales son las siguientes: (1) interceptación postal (artículo 9.º); (2) intervención de las comunicaciones (artículo 10.º); (3) circulación y entrega vigilada de bienes delictivos (artículo 12); (4) agente encubierto (artículo 13) y (5) acciones de seguimiento y vigilancia (artículo 14). Además, de forma incorrecta la ley considera como “única” medida limitativa de derechos al levantamiento del secreto bancario, reserva tributaria y bursátil (artículo 16), cuando en realidad todos estos supuestos constituyen una limitación de derechos fundamentales.

Así mismo, la ley establece determinados deberes de colaboración y de confidencialidad de instituciones públicas como privadas (artículo 15). En ese sentido, existe un deber de participar en el proceso a personas naturales o jurídicas ajenas a los hechos delictivos pero que pueden contribuir a la investigación penal, cuyo incumplimiento podrá configurar alguna responsabilidad penal, civil o administrativa.

Por otro lado, respecto de los actos relacionados con los “bienes de carácter delictivo” de una organización criminal, se resaltan las facultades de los agentes policiales al momento de intervenir sin autorización del fiscal ni orden judicial para la incautación de dichos bienes en supuestos de flagrancia o inminente perpetración. Además, frente a los bienes de carácter delictivo rige lo establecido por el “proceso de pérdida de dominio” (artículo 18). En relación con esto último, una de las manifestaciones del combate contra el crimen organizado es la lucha contra las “finanzas criminales”, ya que al atacar el dinero producto del negocio ilícito hace más efectivo y eficiente el combate contra dicho fenómeno al incentivar que el delito no resulte provechoso⁹¹. Su fundamento radica en garantizar la *juridicidad* de la propiedad privada, ya que el Estado garantiza dicha relación entre los ciudadanos y la propiedad, dentro de los parámetros de la normalidad jurídica que han sido establecidos, y de esta manera se pretende evitar que los bienes ilícitos no se consoliden en el tráfico jurídico⁹².

Pese a que no se encuentran en la Ley 30077, en los códigos Penal y Procesal Penal existen otras manifestaciones del *tratamiento especial* al fenómeno criminal que merece la pena destacar. Por un lado, en lo que respecta a la parte general del Código Penal (1) se excluye la aplicación la responsabilidad restringida por la edad (art. 22 del CP); (2) la pena de inhabilitación deja de ser por un tiempo definido y pasa a ser perpetua (art. 38 del CP); (3) el plazo de prescripción se duplica (art. 80 del CP, concordante con la primera disposición complementaria). Por otro lado, en lo que respecta al Código Procesal Penal (1) en investigaciones de crimen organizado

91 Jorge Fernando Perdomo Torres. “Nueva política criminal en la lucha contra las finanzas criminales”, *Blog de Derecho Penal y Criminología*, 15 de marzo de 2023. Recuperado de <https://blogpenal.uexternado.edu.co/nueva-politica-criminal-en-la-lucha-contra-las-finanzas-criminales/>.

92 En detalle sobre el proceso de extinción de dominio, Mercedes Herrera Guerrero y Fidel Mendoza Llamaconca. “Principios y garantías del proceso de extinción de dominio en el Perú”, en vv. AA. *Extinción de dominio y lucha contra la criminalidad organizada y económica. Homenaje al profesor Carlos Santiago Nino*, José Hurtado Pozo (ed.), Lima, Instituto Pacífico, 2021, pp. 429-434.

se mantiene de forma *permanente* como medida adicional el carácter reservado del denunciante a pesar de haber concluido la investigación (249 del CPP); (2) el plazo de detención en delitos cometidos por organizaciones criminales puede durar hasta diez días (264 del CPP); (3) el mero hecho de pertenecer a una organización criminal constituye un “peligro de fuga” (269 del CPP); (4) la prisión preventiva en casos de crimen organizado dura hasta 36 meses (272 del CPP), (5) pudiendo prorrogarse hasta 12 meses adicionales (274 del CPP).

Las instituciones jurídico-procesales mencionadas, según la perspectiva de nuestro ordenamiento jurídico-penal, son necesarias para dar una respuesta ajustada a este fenómeno criminal, por ello sería muy complicado rechazarlas en su integridad, sin embargo, que dichas instituciones rijan de forma general resulta más que cuestionable. A modo de pregunta: ¿es posible aplicarlas en todos los casos? Por ejemplo, las acciones de seguimiento y vigilancia no son otra cosa que “vigilancia secreta masiva” contra un ciudadano. *Estas medidas, que sin lugar a duda se inmiscuyen en la esfera interna de una persona y son permitidas por el ordenamiento jurídico, ¿realmente encajan con el concepto de “ciudadano”?* Una respuesta afirmativa parece dudosa.

Ahora bien: por más especial que sea el fenómeno criminal ello no justifica una intervención ilimitada; por el contrario, las intervenciones que se realizan en el marco de la persecución penal solo podrán ser legítimas en tanto buscan asegurar el proceso con medios legítimos, idóneos, necesarios y adecuados: *¿Resulta legítimo y proporcional que a un miembro “joven” (19 años) de la organización criminal se le excluya de la disminución de la pena por la responsabilidad restringida?* Sobre ello, sorprendentemente, la doctrina no tiene nada que agregar. Por esta razón es necesario enfatizar –como bien lo ha hecho Pawlik– que “la función que para el derecho penal material cumple el principio de culpabilidad [...] es desempeñada en el derecho procesal penal por el principio de proporcionalidad”⁹³. En ese sentido, en la regulación actual existen diversas formas de intervención en los derechos de los procesados que, si bien se aplican en atención al grado de sospecha del hecho, no toman en cuenta

93 Michael Pawlik. *La libertad institucionalizada. Estudios de Filosofía Jurídica y derecho penal*, Madrid, Marcial Pons, 2010, p. 161; desde otra perspectiva, enfatizando que el principio de proporcionalidad es un mecanismo de limitación de la intervención del Derecho penal, Ulfrid Neumann. “El principio de proporcionalidad como principio limitador del Derecho penal material”, en vv. AA. *Estudios de derecho penal: homenaje al profesor Santiago Mir Puig*, Jesús María Silva Sánchez, Joan Queralt Jiménez, Mirentxu Corcoy Bidasolo y María Teresa Castiñeira Palou (coords.), Buenos Aires, BdeF, 2017, pp. 346-347, quien afirma: “Este principio de intervención justa abarca todo el ámbito del sistema del Derecho penal, no sólo el Derecho penal material, sino también del proceso penal. En el Derecho penal material, al cual me limito, serán especialmente relevantes dos conceptos, la cuestión sobre ‘si’ y, en su caso, el ‘cómo’ de la criminalización de una conducta determinada. El ‘si’ concierne a la cuestión de si un comportamiento determinado es gravemente perjudicial para la sociedad en un grado que justifique su prohibición bajo la amenaza de pena. Si la respuesta a esta cuestión es positiva, el principio de proporcionalidad establece otra barrera para el legislador penal, en cuanto a la configuración del sistema penal que se debe corresponder con la gravedad del delito”.

(desproporcionalidad) la gravedad del reproche por el delito cometido; expresado de forma drástica: *el legislador peruano ha conectado al 317 CP masivas autorizaciones de intervención y limitaciones en el ámbito procesal sin tomar en cuenta el contenido real de la ilicitud: un acto preparatorio.*

Como bien expusimos en el apartado anterior, *existe un problema de legitimación de la pena impuesta al miembro de la organización criminal, pues esta excede la responsabilidad por aquello que ya –de facto– se ha lesionado (seguridad pública).* Esta superación de la gravedad de la ilicitud expresada en su elevada penalidad se ve *reforzada* con las medidas coactivas y limitaciones de derechos que están vinculadas al precepto, de modo que en el terreno del derecho procesal penal se busca cumplir con una pretensión de refuerzo de la seguridad⁹⁴. De esta manera, el derecho procesal penal se transforma en un cuerpo extraño que está “bajo el techo” del derecho penal, pero que se alimenta de comidas ajenas y, al igual que en el derecho sustantivo, estas medidas se aplican porque decae la presunción de un comportamiento conforme a derecho.

II. ¿UN “NUEVO” DERECHO PENAL PARA COMBATIR LAS NUEVAS FORMAS DE CRIMINALIDAD?

Luego de la *destilación* realizada a la regulación jurídica del crimen organizado, ha quedado una “masa” muy extraña, que genera un gran problema de *legitimidad* en un derecho penal de la culpabilidad, como lo es el nuestro. De esta manera, la doctrina enfrenta un gran desafío, a saber: *justificar la imposición de una pena de crimen organizado que respete el principio del hecho y culpabilidad.* En consecuencia, “una dogmática penal racional” que no logre dar una respuesta satisfactoria a tal problemática impone cualquier cosa (¿un mal?), pero ya no es posible hablar de una pena⁹⁵.

Esta cuestión, en la medida en que se circunscribe en las características de la regulación actual del crimen organizado (art. 317 CP) por parte del ordenamiento jurídico

94 Esto básicamente significa que se utiliza los medios del derecho procesal penal como un medio de prevención de delitos. Además, si tenemos en cuenta que toda medida cautelar requiere de una justificación y si la misma se encuentra en evitar que en el caso concreto se frustre el fin de la pena, la cuestión que inmediatamente se plantea es qué función cumple la pena en el delito de organización criminal. Esto último es lo que pasa desapercibido Ramon Ragués i Vallés. “Prisión provisional y prevención de delitos: ¿legítima protección de bienes jurídicos o Derecho penal del enemigo?”, en *Derecho penal del enemigo. El discurso de la exclusión*. Manuel Cancio Meliá y Carlos Gómez-Jara Díez (coords.), vol. 2, Madrid, BdeF, 2006, p. 719, quien considera que “el problema específico de la prisión provisional no radica tanto en su carácter restrictivo de derechos y su anterioridad al juicio como en la intensidad (máxima) de dicha restricción y, consiguientemente, en las mayores exigencias para considerarla legítima”; recientemente, *id. La prisión provisional como ultima ratio*, Madrid, Marcial Pons, 2023, p. 191.

95 Así, Wolfgang Wohlers. *La pena retributiva: ¿algo más que un pleonismo?*, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 2023, p. 34.

peruano que han sido expuestas, *presupone* que estas peculiaridades han sido *identificadas o detectadas*, lo cual significa que se ha logrado hacer una distinción de “dos tipos ideales”⁹⁶. En efecto, la descripción de la regulación positiva del derecho penal nos ha permitido identificar dos polos de un solo contexto jurídico-penal: (1) una reacción jurídico-penal *normal o general* y (2) una reacción jurídico-penal *especial o excepcional*. En concreto, se trata –como bien lo ha desarrollado Polaino-Orts– de “dos tipos de derechos penales o, por mejor decir, dos derechos penales de diversa intensidad en función de la gravedad del hecho combatido”⁹⁷. Sin embargo, pese a que logremos identificar y distinguir ambos tipos, difícilmente aparecerá de forma pura en la práctica, pues la descripción llevada a cabo muestra que estos tipos ideales tienden a superponerse o solaparse.

Estas dos formas de reacción del derecho penal encuentran su vigencia positiva en el Código Penal, que regula indistintamente ambas clases de reacciones. Sin embargo, la existencia de esta segunda forma de reacción, la cual ha recibido diversas nominaciones por parte de la doctrina (“derecho penal de tercera velocidad”, “derecho penal de la seguridad”, “derecho penal de la peligrosidad”, “derecho penal de neutralidad de riesgos”, “derecho penal de defensa ante peligros” o “derecho de medidas de seguridad”), debe –en principio– justificar sus características y presupuestos con un derecho penal de la culpabilidad, de modo que su aplicación no resulte ilegítima. ¿Será esto posible? En lo que alcanzo, existen dos posiciones al respecto⁹⁸: la primera considera posible justificar una reacción jurídico-penal especial y excepcional frente a determinadas manifestaciones de la moderna criminalidad⁹⁹, cada una de estas con distintos fundamentos; la segunda considera que es mejor separar los cuerpos extraños de un derecho penal de la culpabilidad y justificar un sistema de reacción frente a peligros con fundamentos, criterios y límites propios.

Sin duda alguna, la primera opción ha sido desarrollada con fundamentos sólidos y rigurosos por la doctrina *normativista* que denomina a esta cuestión “derecho penal

96 Günther Jakobs. “Derecho penal del ciudadano y derecho penal del enemigo”, en Günther Jakobs y Manuel Cancio Meliá. *Derecho penal del enemigo*, Madrid, Civitas, 2003, p. 21.

97 Miguel Polaino-Orts. “Discriminación positiva y violencia contra la mujer. La legitimación de un enemigo de género”, en Miguel Polaino-Orts y Juan Diego Ugaz Heudebert. *Feminicidio y discriminación positiva en Derecho penal*, Lima, Ara Editores, 2012, p. 31; *id.* “La legitimación constitucional de un Derecho penal sui generis del enemigo frente a la agresión a la mujer. Comentario a la STC 59/2008, de 14 de mayo”, en *InDret*, n.º 3, 2008, p. 15.

98 El desarrollo de cada una de estas posiciones y sus fundamentos excede los límites de este trabajo.

99 Véase, por todos, Bernardo Feijóo Sánchez. “El derecho penal del enemigo y el Estado democrático de derecho”, en vv. AA. *Derecho penal del enemigo. El discurso de la exclusión*. Manuel Cancio Meliá y Carlos Gómez-Jara Díez (coords.), vol. 1, Madrid, B de F, 2006, pp. 821-838, quien –con un concepto de persona distinto al planteado por Jakobs– considera que se tiene que justificar un tratamiento jurídico-penal especial sin dejar de ser ciudadanos, *ergo* sin derecho penal del enemigo en un Estado de derecho.

del enemigo”¹⁰⁰. Desde esta perspectiva, por un lado, se recoge y valora la tradición *iusfilosófica*¹⁰¹ para poder afrontar el problema actual de la moderna criminalidad que pone en juego la configuración (o determinadas condiciones de existencia) del Estado. Por otro lado, se asume un determinado concepto de *persona*¹⁰² y *norma*¹⁰³

-
- 100 Por primera vez, Günther Jakobs. “Criminalización en el estadio previo a la lesión de un bien jurídico”, en *Estudios de derecho penal*, Madrid, Civitas, 1997, p. 298; de forma exhaustiva, Miguel Polaino-Orts. *Lo verdadero y lo falso del derecho penal del enemigo*, Lima, Grijley, 2009, pp. 59-83; y Elian Mauricio Camere Figueroa. “De nuevo, el derecho penal del enemigo: una necesidad para asegurar las condiciones de juridicidad”, *Derecho Penal y Criminología*, vol. 44, n.º 116, noviembre de 2022, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, pp. 67-80. doi: <https://doi.org/10.18601/01210483.v44n116.04>.
- 101 Fundamental, Miguel Polaino-Orts. “Un paseo de varios siglos por el devenir histórico-filosófico del derecho penal del enemigo”, en vv. AA. *El sistema penal normativista en el mundo contemporáneo. Libro homenaje al profesor Günther Jakobs en su 70 aniversario*. Eduardo Montealegre Lynett y José Antonio Caro John (eds.), Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 2008, p. 652, quien sostiene: “Dejando de lado a los autores de la filosofía clásica (y no ciertamente por falta de interés de algunas de sus aportaciones), en la época moderna muchos autores han vinculado el combate frente a un enemigo con la ruptura del contrato social, con la desestabilización del Estado o con aquellos sujetos que han representado un impedimento para el desarrollo personal-social de los demás. Aunque no faltan autores que minusvaloran la relevancia de los antecedentes iusfilosóficos a la hora de la resolución de problemas jurídicos actuales, lo cierto es que no deja de ser ilustrativo realizar un recorrido, aunque sea fragmentario y panorámico, sobre las diversas formas de afrontar el problema de la enemistad con el Derecho en la obra de pensadores ilustres”; *id. Lo verdadero y lo falso del derecho penal del enemigo*, Lima, Grijley, 2009, pp. 87-157; Günther Jakobs. “Derecho penal del ciudadano y derecho penal del enemigo”, en Günther Jakobs y Manuel Cancio Meliá. *Derecho penal del enemigo*, Madrid, Civitas, 2003, pp. 25-33. Desde otra opción de legitimación, pero igualmente resaltando el valor de la tradición iusfilosófica, véase Luis Gracia Martín. “Sobre la legitimidad de medidas de seguridad contra delinquentes imputables peligrosos en el estado de derecho”, en vv. AA. *Estudios penales en homenaje a Enrique Gimbernat*. Carlos García Valdés et al. (coords.), tomo I, Madrid, Edisofer, 2008, pp. 976-977, quien sostiene: “El problema social y político del delincuente habitual no es una cuestión de nuestro tiempo, sino que es una tan antigua como la historia misma de la sociedad política. Y, aunque pueda parecer lo contrario, las respuestas y las fórmulas vigentes en la teoría y en la práctica del mundo moderno respecto del tratamiento de este tipo de delincuente son asimismo coincidentes en sus rasgos esenciales con las ya ideas a tal efecto por el mundo antiguo, las cuales han estado presentes en todo el curso histórico de las ideas penales con variaciones solo en las formas”.
- 102 De forma precisa, Alex Van Welzel. “Persona como sujeto de imputación y dignidad humana”, en *Pena y sentido. Estudios de Derecho Penal*, Lima, Ara Editores, 2008, pp. 21 y ss., quien afirma: “[en la] discusión actual en torno al denominado ‘derecho penal del enemigo’ subyacen comprensiones diversas del término ‘persona’ [...]. Pues la pregunta acerca de si un sistema de imputación construido sobre el fin de otorgar una orientación confiable al ciudadano en la vida social es el único, el mejor, el más preciso o, desde otro punto de vista, si tal sistema es legítimo, no es una pregunta que Jakobs pretenda responder. Con otras palabras: su posición solo puede ser rebatida con el argumento de que la sociedad no concibe el derecho en términos de institucionalización de expectativas con el consiguiente efecto de orientación en la vida social”. También, Bernardo Feijóo Sánchez. “El derecho penal del enemigo y el Estado democrático de derecho”, en vv. AA. *Derecho penal del enemigo. El discurso de la exclusión*. Manuel Cancio Meliá y Carlos Gómez-Jara Díez (coords.), vol. 1, Madrid, B de F, 2006, p. 799, quien acertadamente entiende que la posición de Jakobs parte de la idea de que se trata de una definición o distinción del ordenamiento jurídico: “Éste decide qué características mínimas tienen que reunir los sujetos para ser considerados ciudadanos, por lo que aquellos que no cumplen esos requisitos mínimos no pueden ser tratados como

que nos permite hacer una distinción socialmente necesaria (juridicidad practicada) frente a las diversas manifestaciones –que dicho sea de paso el derecho positivo recoge y regula, y que por ello *formalmente* es derecho penal– de “enemistad frente al derecho”, es decir, la reacción jurídico-penal especial y excepcional se aplicará frente a una determinada posición frente a la norma, a saber: *una oposición frontal, duradera y seria*.

Así, un derecho penal del enemigo busca garantizar las “condiciones de juridicidad”¹⁰⁴, es decir, que el derecho penal siga posibilitando una orientación real a sus ciudadanos, de modo que pueden realizar sus derechos conforme a su propia autodeterminación. El presupuesto de una pena de derecho penal del enemigo es que se logre *probar fehacientemente* la situación de enemistad de una determinada persona, de modo que el “estatus de enemigo” se *imputa*¹⁰⁵, pues el concepto de *enemigo* se extrae de la realidad normativa (es un juicio *a posteriori* y no un juicio sintético *a priori*).

ciudadanos sino como enemigos; formulado todavía en términos más jakobsianos, el reconocimiento como ciudadano por parte del sistema jurídico exige el cumplimiento de determinados deberes o cargas irrenunciables: quien no cumple con ese mínimo no puede ser tratado como ciudadano”.

- 103 Günther Jakobs. *Sociedad, norma y persona en una teoría de un derecho penal funcional*, Madrid, Civitas, 1996, pp. 17-41; *id.* *El lado comunicativo y el lado silencioso del derecho penal*, Lima, Editores del Centro, 2015, pp. 75-91; Miguel Polaino Navarrete. *Instituciones de derecho penal. Parte general*, Lima, Grijley, 2005, p. 142; Miguel Polaino-Orts. *Lo verdadero y lo falso del derecho penal del enemigo*, Lima, Grijley, 2009, pp. 257-298; Heiko Hartmut Lesch. *El concepto de delito. Las ideas fundamentales de una revisión funcional*, Buenos Aires, Marcial Pons, 2016, pp. 203-212, quien rotundamente precisa: “Por ello, en un sistema penal funcional no puede compatibilizarse *a priori* con la función de la dirección de la conducta, sino solo con la función de aseguramiento de expectativas”.
- 104 Pionero sobre esto, Günter Jakobs. “¿Derecho penal del enemigo? Un estudio acerca de los presupuestos de la juridicidad”, en vv. AA. *Derecho penal del enemigo. El discurso de la exclusión*. Manuel Cancio Meliá y Carlos Gómez-Jara Díez (coords.), vol. 2, Madrid, B de F, 2006, pp. 97-101, que sostiene: “(1) el Derecho vigente es el trato entre personas fundamentado como correcto –pura normatividad–; (2) el Derecho vigente es un trato entre personas que es susceptible de ser fundamentado como correcto, o, al menos, como plausible, que es practicado a grandes rasgos –normatividad realizada–; (3) el Derecho vigente consiste en las reglas del trato practicado a grandes rasgos entre los seres humanos –pura facticidad–”; Elian Mauricio Camere Figueroa. “De nuevo, el derecho penal del enemigo: una necesidad para asegurar las condiciones de juridicidad”, *Revista Derecho Penal y Criminología*, vol. 44, n.º 116, noviembre de 2022, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, pp. 71-75. DOI: <https://doi.org/10.18601/01210483.v44n116.04>.
- 105 Fundamental, Miguel Polaino-Orts. *Lo verdadero y lo falso del derecho penal del enemigo*, Lima, Grijley, 2009, p. 190, quien replicando a los “críticos” que señalan que no existen criterios “específicos o exactos” para determinar al enemigo, sostiene que “No puede establecerse *a priori* el tránsito de la personalidad a la enemistad, ni viceversa. No es factible ello. Y no lo es porque el derecho penal no es una ciencia matemática, esto es, no admite juicios *a priori*, sino únicamente producto de la experiencia. Sólo podemos decir que, en tales normas, se trata a un sujeto como persona y, en tales otras, como enemigo, describiendo la diferencia entre los significados de estos significantes en la prestación (o falta de ella) de la mínima seguridad cognitiva y a efectos, en ambos casos, de mantener la vigencia de la norma, esto es, de hacer efectivo el funcionamiento normal de la protección jurídica”.

De esta manera, *el principio del hecho no sucumbe, sino que se mantiene vigente ya que la situación de enemistad presupone la lesión de un deber*¹⁰⁶ *mediante una conducta externa delictiva y altamente desestabilizadora*. Por estas razones, se exige como *garantía* establecer esta diferenciación de las dos manifestaciones de respuesta estatal, especialmente de la reacción estatal contra determinadas formas de la criminalidad actual y oposición a la norma. De este modo, (1) se distingue con claridad las regulaciones que van dirigidas a este sector y, consecuentemente, se evita contaminar el derecho penal del ciudadano (o respuesta estatal normal)¹⁰⁷, así, por ejemplo, la regulación del crimen organizado, sicariato o el marcaje, de las regulaciones de homicidio, asesinato o lesiones; (2) se permite establecer criterios de identificación de aquellos autores de los cuales no puede mantenerse la presunción de una conducta conforme a derecho¹⁰⁸, por ejemplo quien integra una

-
- 106 La infracción de dicho deber se sustenta en el *mandato jurídico* de “ser persona en derecho”, el cual es sinalagmático en tanto que la persona ha de participar o contribuir para mantener su personalidad jurídica de forma plena en un Estado de Libertades, más en detalle véase Elian Mauricio Camere Figueroa. “De nuevo, el derecho penal del enemigo: una necesidad para asegurar las condiciones de juridicidad”, *Revista Derecho Penal y Criminología*, vol. 44, n.º 116, noviembre de 2022, pp. 74-75, quien precisa que “el mandato mínimo del ciudadano expresado en la máxima hegeliana “sé persona y respeta a los demás como personas” debe entenderse bidireccionalmente, es decir que el respeto a la persona opera en un doble sentido: (1) el sujeto ha de ser persona, lo que implica un respeto hacia uno mismo; esto es, “cuidar de las bases de la presunción de una conducta futura conforme a ley es una obligación de hacer elemental de todo ciudadano, pues solo cuando esta presunción se mantiene fundamentalmente es posible un trato tanto libre como sin temor de los ciudadanos entre ellos”; por ello, el ciudadano debe “participar”, o para decirlo mejor, posee un deber mínimo de civilidad, lo cual significa que debe poner de su parte para garantizar la suficiente fidelidad al derecho, pues solo así gozará de una personalidad completa, porque se lo ha ganado; y (2) también ha de respetar a los demás como personas en derecho, es decir, no ha de inmiscuirse de forma ilegítima en esferas de libertades ajenas. Bajo la posición que aquí se asume, ese “respeto hacia los otros” tiene un contenido negativo (no dañar a los otros) y uno positivo (ayúdalos, tolera y sacrificate en situaciones de necesidad)”.
- 107 Günter Jakobs. “¿Terroristas como personas en derecho?”, en vv. AA. *Derecho penal del enemigo. El discurso de la exclusión*. Manuel Cancio Meliá y Carlos Gómez-Jara Díez (coords.), vol. 2, Madrid, B de F, 2006, p. 91, quien acertadamente sostiene: “Cuando el Estado establece una regulación, debería distinguir con claridad entre aquello que sólo está dirigido al terrorista u otro sujeto que disienta activamente y de modo grave y permanente y aquello que también se dirige al ciudadano, ya que de lo contrario, el derecho penal del enemigo contamina el derecho penal del ciudadano”.
- 108 Así, con una propuesta de “Indicios de enemistad” (pertenencia a banda armada u organización ilícita; interacción de sujeto con objeto peligro, y reincidencia y habitualidad delictiva) en atención a las diversas manifestaciones del derecho penal del enemigo en el derecho positivo, Miguel Polaino-Orts. *Lo verdadero y lo falso del derecho penal del enemigo*, Lima, Grijley, 2009, pp. 214-244; Günter Jakobs. “¿Derecho penal del enemigo? Un estudio acerca de los presupuestos de la juridicidad”, en vv. AA. *Derecho penal del enemigo. El discurso de la exclusión*. Manuel Cancio Meliá y Carlos Gómez-Jara Díez (coords.), vol. 2, Madrid, B de F, 2006, p. 104, quien sostiene: “Con toda certeza será difícil determinar quiénes son exactamente los sujetos que deben incluirse en esta categoría, pero no es imposible: quien se ha convertido a sí mismo en una parte de estructuras criminales solidificadas, diluye la esperanza de que podrá encontrarse un *modus vivendi* común a pesar de algunos hechos criminales aislados, hasta convertirla en una mera ilusión, es decir, precisamente, en una expectativa ‘infinitamente contrafáctica’”.

organización criminal existente y altamente peligrosa, ya no se esperará que en él se podrá encontrar un *modus vivendi* común; y (3) se logra una “autorrestricción” que permite aplicar estas normas como una verdadera *ultima ratio*¹⁰⁹ o “derecho de excepción” en la medida en que no ocultan la situación de exclusión parcial de los derechos del enemigo.

Así mismo, frente a la posible objeción de que preceptos de este tipo (normas de derecho penal del enemigo) no constituyen derecho¹¹⁰ y, por lo tanto, deberían apartarse del derecho penal pues conlleva un riesgo de *policialización*, la doctrina normativista replica que el derecho penal asume la reacción frente a peligros existentes que producen una *desestabilización social* que perturba los parámetros de la *normalidad jurídica* que el derecho establece para el disfrute real de los derechos¹¹¹, toda vez que –como afirma Jakobs– “se pretende dar al derecho penal del enemigo al menos una parte de las garantías propias del Estado de derecho que existen en el derecho penal material y procesal, para hacerlo soportable en términos de Estado de derecho”¹¹², es decir, que las intervenciones estatales en los derechos –tanto en el

109 Desde otra perspectiva –y desconocimiento el contenido material del normativismo al momento de determinar la lesividad de una conducta en atención a esferas de competencias–, Mirentxu Corcoy Bidasolo. “Propuesta de conciliación del principio de *ultima ratio* con la política criminal del s. XXI”, en vv. AA. *Libro homenaje al profesor Diego Manuel Luzón Peña con motivo de su 70º aniversario*. Javier de Vicente Remesal *et al.* (dirs.), Madrid, Reus, 2020, pp. 81-82, “Siendo innegable la expansión del derecho penal y difícilmente reconducible, para respetar el principio de *ultima ratio*, junto a proponer reformas legislativas que reduzcan el ámbito de conductas penalmente relevantes, deben de adoptarse otros medios que posibiliten una menor intervención en la esfera de libertad de los ciudadanos. En esa dirección, en el momento de la aplicación –ámbito judicial– es relevante tomar en consideración la función de protección de bienes jurídico-penales en orden a llevar a efecto una interpretación teleológica de los tipos”.

110 Véase, sobre todos, la crítica de Manuel Cancio Meliá. “¿Derecho penal del enemigo?”, en Günther Jakobs y Manuel Cancio Meliá. *Derecho penal del enemigo*, Madrid, Civitas, 2003, pp. 89-100; por el contrario, Bernardo Feijóo Sánchez. “El derecho penal del enemigo y el Estado democrático de derecho”, en vv. AA. *Derecho penal del enemigo. El discurso de la exclusión*. Manuel Cancio Meliá y Carlos Gómez-Jara Díez (coords.), vol. 1, Madrid, B de F, 2006, p. 821, considera que “El rechazo del modelo de Jakobs no supone pecar de ingenuidad, como éste les reprocha a los que no comparten su modelo dicotómico entre ciudadano y enemigo, aunque tampoco creo que sea cierto, como señala Cancio Meliá en sus críticas al modelo de Derecho penal del enemigo, que se trate sólo y en todos los casos de medidas en estado de excepción que, por tanto, no forman parte del Derecho penal; al menos, determinados contenidos del modelo jakobsiano no pueden ser definidos de forma tan simple como no-Derecho penal”.

111 De esta manera, el derecho penal del enemigo da una respuesta necesaria frente a determinados fenómenos delictivos que ostentan un poder de lesividad elevado que impiden que los ciudadanos confíen tranquilamente en la vigencia de la norma, justamente para evitar una situación de “no disfrute de derechos” es que el derecho penal del enemigo existe.

112 Günter Jakobs. “¿Derecho penal del enemigo? Un estudio acerca de los presupuestos de la jurisdicción”, en vv. AA. *Derecho penal del enemigo. El discurso de la exclusión*. Manuel Cancio Meliá y Carlos Gómez-Jara Díez (coords.), vol. 2, Madrid, B de F, 2006, p. 112. Es importante precisar que este argumento ha sido sometido a una fuerte crítica por parte del autor colombiano Hernán Darío Orozco en el caso de los *excluidos sociales*. Así, sostiene que en el caso de los excluidos sociales

ámbito sustantivo como procesal— de los “enemigos” posibilitan que el tratamiento *excepcional* no se aplique indiscriminadamente sin control ni límites, sino que, por el contrario, se encuentre regulado y existan garantías mínimas para su determinación y aplicación propias del derecho penal y que no rigen en igual medida (menos garantistas) en otros ámbitos regulativos. De esta manera, el Estado se dota a sí mismo y a sus funcionarios ejecutores de las reglas delimitadoras de la “lucha o combate” contra los fenómenos criminales altamente lesivos.

Sobre este aspecto, Michael Pawlik en su texto “El terrorista y su derecho”¹¹³ ha cuestionado la tesis sostenida por Jakobs de que el derecho penal del enemigo es un derecho de guerra, lucha o combate, de modo que este no es adecuado como “categoría normativa”, *ergo* no es parte del derecho penal. Así, Pawlik a modo de crítica definitiva emprende un análisis respecto a la compatibilidad del “derecho penal del enemigo” con las reglas o principios del derecho de guerra, llegando a la conclusión de que resulta problemático trasladar principios como, por ejemplo, el de “incapacitación para el daño” o las reglas sobre “daños colaterales”¹¹⁴ al combate contra el terrorismo (la problemática es la misma respecto al crimen organizado). Sin embargo, la crítica esbozada por Pawlik no es de recibo, toda vez que cuando se utiliza la expresión de *guerra, lucha o combate* se hace en un sentido *laxo y atécnico* y no en uno *bélico*, pues lo único que se quiere dar a entender es que se trata de un conjunto de normas que combaten delitos especialmente lesivos¹¹⁵, de modo que no regirían los principios del derecho de guerra.

Además, desde esta perspectiva, se ofrece no solo una respuesta sobre la legitimidad del derecho penal del enemigo frente a fenómenos delictivos que generan

la injerencia del derecho penal no es el instrumento más adecuado para una real protección de sus derechos, pues: (1) subsiste un riesgo de una restricción de derechos más fuerte; y (2) las garantías constitucionales del derecho penal pueden trasladarse a otros ámbitos del derecho; véase Hernán Darío Orozco López. “Exclusión social, criminalidad y reacción estatal”, en VV. AA. *Pena y vínculo político. Sobre el castigo no-paradigmático en el derecho penal del ciudadano*. Ivó Coca Vila (ed.), Barcelona, Atelier, 2023, pp. 144-145. Sin embargo, la crítica expuesta no puede trasladarse *sin más* al caso de aquellos delincuentes altamente peligrosos, de los cuales ha decaído la *presunción de una conducta conforme a derecho*; por el contrario, consideramos que las garantías que el derecho penal les garantiza son proporcionales a su mayor peligrosidad y falta de cooperación, lo cual *justificaría* la mayor intervención en sus derechos.

113 Título original: *Der Terrorist und sein Recht. Zur rechtstheoretischen Einordnung des modernen Terrorismus*.

114 Así, sostiene Michael Pawlik: “Si se concibe el régimen de la lucha contra el terrorismo como una nueva especie del derecho preventivo con elementos del derecho de la guerra, parece necesario procurar una solución para los daños colaterales que debería estar entre los principios del tradicional derecho de policía y los del derecho de los conflictos”, “El terrorista y su derecho: Sobre la posición teórico-jurídica del terrorismo moderno”, en *La libertad institucionalizada. Estudios de filosofía jurídica y derecho penal*, Madrid, Marcial Pons, 2010, p. 175.

115 Igualmente, replicando las diversas críticas, Miguel Polaino-Orts. *Lo verdadero y lo falso del derecho penal del enemigo*, Lima, Grijley, 2009, pp. 649-651.

desestabilización social, sino que además se pretende establecer sus límites (¡no todo está permitido!), a saber: “[...] en la lucha contra él no se puede sobrepasar la medida de lo necesario”¹¹⁶. En efecto, en la medida en que el Estado no pone en juego su configuración, se establecen ciertos mecanismos e instituciones que dan una respuesta adecuada a determinados fenómenos delictivos, prescindir de ellos implicaría que el Estado retroceda o sucumba frente al poder de desestabilización social de estos fenómenos. En consecuencia, un Estado de derecho *real* no pone negligentemente su configuración y aplica un derecho penal del enemigo limitado a lo *necesario*¹¹⁷, de modo que se busca garantizar la *vigencia del derecho* en tanto esquema de orientación social determinante, y en la medida en que la orientación deba ser garantizada esta no solo depende del Estado de derecho sino asimismo –como afirma Jakobs– “del entorno que a él le resulte hostil”¹¹⁸.

Desde otra perspectiva, el segundo camino que busca dar un tratamiento especial a fenómenos delictivos que generan desestabilización social e imposibilitan la orientación jurídica, pero sosteniendo que el derecho penal de la culpabilidad no puede asumir dicha tarea, nos interesa destacar la propuesta de Michael Pawlik¹¹⁹

116 Günther Jakobs. “La ciencia del derecho penal ante las exigencias del presente”, en *Dogmática de derecho penal y la configuración normativa de la sociedad*, Madrid, Thomson Civitas, 2004, pp. 43 y ss., quien sostiene: “Pero solamente con la *ultima ratio* de Kant, según la cual cualquiera puede ser obligado a tomar parte de una relación jurídica con garantías, es decir, del Estado, no se esquivo el problema de cómo proceder frente a aquellos que ni se dejan coaccionar ni se mantienen apartados y que, por lo tanto, persisten como entorno perturbador, como enemigos. *Es tarea aún recién iniciada de la ciencia la de identificar las reglas del Derecho penal de enemigos y separarlas de las del Derecho penal de ciudadanos para, dentro de este último, poder insistir aún con mayor firmeza en el tratamiento del delincuente como persona jurídica*” (énfasis agregado).

117 Acertadamente, Günter Jakobs. “¿Derecho penal del enemigo? Un estudio acerca de los presupuestos de la juridicidad”, en *VV. AA. Derecho penal del enemigo. El discurso de la exclusión*. Manuel Cancio Meliá y Carlos Gómez-Jara Díez (coords.), vol. 2, Madrid, B de F, 2006, p. 115, quien sostiene: “Que un Estado no conoce custodia de seguridad, que pena la fundación de una asociación terrorista exclusivamente en cuanto delito contra el orden público, al que son ajenos la incomunicación, las escuchas masivas, los agentes encubiertos y muchos otros instrumentos, se acerca más al ideal de un Estado de derecho que a uno que permite tales instituciones y medidas, que es una constatación que solo puede llevarse a cabo *en abstracto* [...] sobre todo, si se tiene en cuenta que un Estado de derecho perfecto ofrecería a los terroristas una ventaja comparativa de ubicación de dimensiones tan enormes que prácticamente los invitaría a permanecer en su ámbito de vigencia, más exactamente: a desplegar sus actividades allí”.

118 Así, Günther Jakobs y Miguel Polaino-Orts. *Delitos de organización: un desafío al Estado*, Lima, Grijley, 2009, p. 53, quien agrega: “Sería cerrar los ojos a la realidad si se quisiera negar que pueda existir una tensión entre el concepto de Estado de derecho en su grado óptimo imaginable y el Estado de derecho que sea alcanzable en la práctica. Un Estado de derecho sencillamente perfecto e ideal pondría a los terroristas las cosas especialmente fáciles y les ofrecería condiciones ideales para extenderse y para realizar actos terroristas”.

119 Michael Pawlik. *El deber de cooperación ciudadano en derecho penal y la posición de los excluidos*, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 2023, pp. 7-25; *id.* “Presupuestos y límites del derecho penal del ciudadano”, en *VV. AA. Libro homenaje a Alfonso Reyes Echandía en el nonagésimo aniversario de su nacimiento. Análisis de los problemas fundamentales del derecho penal y la*

y su discípulo colombiano Hernán Darío Orozco¹²⁰. Así, en las reflexiones sobre el denominado “derecho penal del enemigo”¹²¹ Pawlik cuestiona que esta forma de reacción especial se rijan *stricto sensu* por los criterios del *derecho preventivo de guerra orientado a la prevención*. En ese sentido, más allá de hablar de una nueva rúbrica (“derecho penal de la seguridad” o “medidas de seguridad contra imputables”) se debe concentrar los esfuerzos –pues dejar a un lado el problema no conduce a nada ya que podría aflorar en otro lugar nuevo– en *limitar* esta clase de intervención estatal, de modo que, como punto de partida, es necesario fundamentar el *derecho de prevención* [de peligros] que justifica la privación de la libertad de forma anticipada. Por ello, debe existir una regulación legal que establezca de forma clara los presupuestos de aplicación de estas medidas necesarias y proporcionadas para la neutralización de peligros, para lo cual –sin necesidad de recurrir a una reforma legislativa– se podrían usar las normas ya existentes que se hallan en el catálogo del “derecho penal del enemigo” (en el caso alemán, para las asociaciones criminales y terroristas, el § 129¹²²¹ y 129a¹²³¹ StGB, respectivamente, y en el caso peruano el artículo 317 del Código Penal y el artículo 5 del Decreto Ley 25475, que establece

criminología, contemporáneos a la luz de la obra de Alfonso Reyes Echandía. Hernán Darío Orozco López, Yesid Reyes Alvarado y Carmen Eloísa Ruiz López (eds.), Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 2022, pp. 147-163; *id.* “El deber de cooperación ciudadano en derecho penal y la posición de los excluidos”, en vv. AA. *Pena y vínculo político. Sobre el castigo no-paradigmático en el derecho penal del ciudadano*. Ivó Coca Vila (ed.), Barcelona, Atelier, 2023, pp. 71-90; *id.* “Presupuestos y límites del derecho penal del ciudadano”, *Revista Derecho Penal y Criminología*, vol. 44, n.º 117, julio-diciembre de 2023, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, pp. 11-30, <https://doi.org/10.18601/01210483.v44n117.02>.

- 120 Orozco López, H. “Exclusión social, criminalidad y reacción estatal”, en vv. AA. *Libro homenaje a Alfonso Reyes Echandía en el nonagésimo aniversario de su nacimiento. Análisis de los problemas fundamentales del derecho penal y la criminología, contemporáneos a la luz de la obra de Alfonso Reyes Echandía*. Hernán Darío Orozco López, Yesid Reyes Alvarado y Carmen Eloísa Ruiz López (eds.), Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 2022, pp. 165-207; *id.* “Exclusión social, criminalidad y reacción estatal”, en vv. AA. *Pena y vínculo político. Sobre el castigo no-paradigmático en el derecho penal del ciudadano*. Ivó Coca Vila (ed.), Barcelona, Atelier, 2023, pp. 166-176.
- 121 Michael Pawlik. “El terrorista y su derecho: Sobre la posición teórico-jurídica del terrorismo moderno”, en *La libertad institucionalizada. Estudios de filosofía jurídica y derecho penal*, Madrid, Marcial Pons, 2010, pp. 169-179.
- 122 “§ 129. Conformación de asociaciones criminales
- (1) Quien forme una asociación criminal cuyo objeto o cuya actividad esté orientada a cometer hechos, o quien participe en una tal asociación como miembro, haga propaganda para ella o la apoye, será castigado con pena privativa de la libertad hasta cinco años o con multa.
 - (2) El inciso 1 no se aplicará: 1. cuando la asociación sea un partido político, que el Tribunal Constitucional Federal no haya declarado como inconstitucional, 2. cuando la comisión de hechos solo sea un objeto o una actividad de significado secundario o 3. en la medida en que el fin o la actividad de la asociación se consideren hechos punibles según los §§ 84 a 87.
 - (3) La tentativa de fundar una asociación en el sentido del inciso 1, es punible.
 - (4) Si el autor pertenece a los cabecillas o a los autores mediatos, o si se presenta algún caso especialmente grave, entonces se reconocerá pena privativa de la libertad de seis meses hasta cinco años.
 - (5) El tribunal puede prescindir de un castigo de acuerdo con los incisos 1 y 3, en el caso de partícipes cuya culpa sea menor y su colaboración sea de importancia secundaria.

la penalidad para los delitos de terrorismo), toda vez que a esta clase de normas les corresponde una función de “custodia anticipada de seguridad”, pues contienen los requisitos para poder “apartar tempranamente del tráfico al peligro”¹²⁴.

Sin embargo, el problema del *derecho preventivo de peligros* ha sido retomado recientemente por Pawlik¹²⁵ para poder establecer un *límite* al “derecho penal del ciudadano”

(6) El tribunal puede atenuar la pena según su criterio (§ 49, inciso 2) o puede prescindir de un castigo según éstas normas cuando el autor 1. se empeñe libre y seriamente por impedir la continuación de la asociación o la comisión de un hecho punible que corresponda a uno de sus objetivos, o 2. libremente revele su conocimiento a una autoridad pública tan oportunamente que los hechos punibles cuya planeación él conoce, todavía pueden impedirse; si el autor alcanza su meta de impedir la continuación de la asociación o si se alcanza sin su intervención, entonces él no será castigado.”

123 “§ 129a. *Conformación de asociaciones terroristas*

(1) Quien funde una asociación cuyos objetivos o actividades estén orientados a cometer: 1. asesinato, homicidio, o genocidio (§§ 211, 212 o 220a); 2. hechos punibles contra la libertad personal en los casos del § 239a o del § 239b; o 3. hechos punibles según el § 305a o hechos punibles que constituyen un peligro público en los casos de los §§ 306 a 306c, o 307 incisos 1 a 3, del § 308 incisos 1 a 4, del § 309 incisos 1 a 5, de los §§ 313, 314 o 315 incisos 1, 3 o 4, del § 316b incisos 1 o 3, o del § 316c incisos 1 a 3 o quien participe en tal asociación como miembro, será castigado con pena privativa de la libertad de uno hasta diez años.

(2) Si el autor pertenece a los cabecillas o autores mediatos, entonces se reconocerá pena privativa de la libertad no inferior a tres años.

(3) Quien apoye a una asociación de las descritas en el inciso 1, o haga propaganda a favor de ella, será castigado con pena privativa de la libertad de seis meses hasta cinco años.

(4) El tribunal puede disminuir la pena según su criterio (§ 49 inciso 2) para los partícipes cuya culpa sea menor y cuya colaboración sea de importancia inferior, en los casos de los incisos 2 y 3.

(5) El § 129 inciso 6 rige en lo pertinente.

(6) Adicionalmente a la pena privativa de la libertad de por lo menos seis meses, el tribunal puede denegar la capacidad de ocupar cargos públicos y la capacidad de obtener derechos emanados de elecciones públicas (§ 45, inciso 2).

(7) En los casos de los incisos 1 y 2 el tribunal puede ordenar sujeción a vigilancia de la autoridad (§ 68 inciso 1).”

124 El criterio rector es el siguiente: “El potencial ofensivo de la persona afectada tendría que ser equivalente a la peligrosidad que en general justificaría la privación de libertad”.

125 Título original: „Die bürgerliche Mitwirkungspflicht im Strafrecht und die Stellung der Exkludierten“, en Eric Hilgendorf, Marcelo D. Lerman y Fernando J. Córdoba (eds.). *Brücken bauen, Festschrift für Marcelo Sancinetti zum 70. Geburtstag*, Berlín, Duncker & Humblot, 2020, pp. 145-157. Una valoración crítica de la propuesta de Pawlik y que luego es retomada para contextualizarla a la realidad colombiana puede verse en Hernán Darío Orozco López. “Exclusión social, criminalidad y reacción estatal”, en vv. AA. *Libro homenaje a Alfonso Reyes Echandía en el nonagésimo aniversario de su nacimiento. Análisis de los problemas fundamentales del derecho penal y la criminología, contemporáneos a la luz de la obra de Alfonso Reyes Echandía*. Hernán Darío Orozco López, Yesid Reyes Alvarado y Carmen Eloísa Ruiz López (eds.), Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 2022, pp. 184-189, quien sostiene: “Así pues, la posición de Pawlik se enfrenta en este punto al siguiente dilema. O bien él se mantiene en su férrea crítica a las teorías de la prevención, por lo que no sería adecuado recurrir a la idea de defensa ante peligros ni siquiera en el caso de los excluidos sociales; o, por el contrario, se reconoce que el paradigma prevencionista no es tan nocivo como él lo interpreta, por lo que sería posible fundamentar la reacción estatal mediante la idea de la defensa ante peligros y someterla a límites externos como los derivados de los derechos humanos”.

en atención a los *excluidos sociales*¹²⁶, es decir, aquellos miembros de la comunidad en derecho que no se benefician de las prestaciones de los sistemas políticos y sociales. En efecto, partiendo de que la infracción del deber de cooperación al Estado de libertades configura el delito, no es posible sostener que los excluidos sociales son autores potenciales, *ergo* no son titulares del deber de cooperación; en consecuencia, el tratamiento jurídico-penal se reduce a una *defensa ante peligros cualificada*¹²⁷.

Según Pawlik, esta clase de reacción estatal debe concentrar sus esfuerzos en dismantelar las estructuras criminológicas existentes (por ejemplo, una organización criminal), de modo que las sanciones más drásticas se limitaran a aplicarse a los jefes o líderes, mientras que a los demás miembros se les debe imponer una sanción indulgente, que ofrezca –en el plano de la ejecución penal– la *oportunidad* de una vida alejada del crimen mediante la apertura de posibilidades sociales en la que ellos puedan participar. Además, para poder lograr el *desmantelamiento* se requiere necesariamente (1) anticipar la punibilidad, (2) técnicas especiales de investigación y (3) una elevada punibilidad; todo ello sin renunciar a “las conquistas normativas del derecho penal del ciudadano”¹²⁸, por ello se trata de una *estrategia mixta*: “allí donde desde el punto de vista preventivo sea suficiente una sanción más leve, no se podrá superar esa medida”¹²⁹.

Sin embargo, debe hacerse la aclaración de que esta estrategia mixta es diseñada únicamente para los *excluidos sociales* y no se identifica con un *derecho de medidas* (derecho penal del enemigo)¹³⁰, pues si bien los excluidos sociales representan un peligro para los bienes jurídicos de la ciudadanía, “someterlos [...] a un derecho

126 En contra de la exclusión de la pena frente a los excluidos sociales (con un total de 15 objeciones, que, empero no aborda las ideas de Pawlik y Orozco López), véase Leopoldo Puente Rodríguez. “Contra la atemperación (o supresión) del castigo penal del excluido”, en *InDret*, n.º 2, 2023, pp. 361-390.

127 Michael Pawlik. “Presupuestos y límites del derecho penal del ciudadano”, en vv. AA. *Libro homenaje a Alfonso Reyes Echandía en el nonagésimo aniversario de su nacimiento. Análisis de los problemas fundamentales del derecho penal y la criminología, contemporáneos a la luz de la obra de Alfonso Reyes Echandía*. Hernán Darío Orozco López, Yesid Reyes Alvarado y Carmen Eloísa Ruiz López (eds.), Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 2022, p. 161, quien afirma: “Puesto que el reproche de una lesión del deber de cooperación y, en especial, el *pathos* de la retribución de la culpabilidad tienen frente a los excluidos sociales tan solo un sonido hueco [...]”.

128 Michael Pawlik. “Presupuestos y límites del derecho penal del ciudadano”, en vv. AA. *Libro homenaje a Alfonso Reyes Echandía en el nonagésimo aniversario de su nacimiento. Análisis de los problemas fundamentales del derecho penal y la criminología, contemporáneos a la luz de la obra de Alfonso Reyes Echandía*. Hernán Darío Orozco López, Yesid Reyes Alvarado y Carmen Eloísa Ruiz López (eds.), Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 2022, p. 162.

129 *Ibid.*, p. 162.

130 *Ibid.*, p. 163, quien expresamente afirma que “Un tal *Derecho de medidas* sería un cuerpo normativo extraño; dicho con más dureza, sería un pedazo de violencia estatal o, si no se le teme a esta última denominación, Derecho penal del enemigo. Desde el punto de vista de la legitimación, dicho Estado no se diferencia de aquellos que combate”.

preventivo autónomo situado al lado del derecho penal (del ciudadano)”¹³¹ representaría un tratamiento injusto en la medida en que se desconocería que el Estado no les ha ofrecido las prestaciones más elementales para que puedan llevar a cabo una vida segura que les posibilite una libertad real. De esta manera, en la argumentación de Pawlik, podemos identificar tres mecanismos de *reacción estatal* que deben ser diferenciados, a saber: (1) derecho penal del ciudadano; (2) estrategia mixta y (3) derecho preventivo de peligos.

Así, la diferenciación de estas tres manifestaciones de reacción estatal permitiría –como sostiene Hernán Darío Orozco– “no contaminar el derecho penal con tareas ajenas a su finalidad”¹³². En ese sentido, para el ámbito de aplicación que aquí nos interesa (crimen organizado), la vía más adecuada para evitar esta “contaminación” sería reconocer “un sistema autónomo de medidas de seguridad que solo en casos excepcionales y bajo unos requisitos muy estrictos sea aplicable a sujetos altamente peligrosos”¹³³. De esta manera, se *propugna* como solución al problema de la reacción estatal contra organizaciones criminales altamente peligrosas y los miembros que las conforman un *sistema de medidas de seguridad legítimo contra imputables peligrosos*, idea que por cierto no es nada novedosa¹³⁴.

La elección del primer camino implica que el derecho penal moderno establece como consecuencia jurídica frente al delito (organización criminal) una pena cuyo fundamento sería la *culpabilidad* del autor. En otras palabras, desde esta perspectiva, ser miembro de la organización criminal constituye un injusto penal que produce perturbación social por la magnitud de la lesividad social que representa este tipo de conductas. Por el contrario, la elección del segundo camino implica que el derecho penal moderno no puede fundamentar la culpabilidad en este tipo de comportamientos,

131 Michael Pawlik. *El deber de cooperación ciudadano en derecho penal y la posición de los excluidos*, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 2023, p. 22.

132 Hernán Darío Orozco López. “Exclusión social, criminalidad y reacción estatal”, en vv. AA. *Libro homenaje a Alfonso Reyes Echandía en el nonagésimo aniversario de su nacimiento. Análisis de los problemas fundamentales del derecho penal y la criminología, contemporáneos a la luz de la obra de Alfonso Reyes Echandía*. Hernán Darío Orozco López, Yesid Reyes Alvarado y Carmen Eloísa Ruiz López (eds.), Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 2022, p. 200.

133 *Ibid.*, p. 200.

134 Luis Gracia Martín. “Sobre la legitimidad de medidas de seguridad contra delincuentes imputables peligrosos en el estado de derecho”, en vv. AA. *Estudios penales en homenaje a Enrique Gimbernat*. Carlos García Valdés *et al.* (coords.), tomo I, Madrid, Edisofer, 2008, p. 986, quien afirma: “Debido a los límites que habría que establecer para la medida de internamiento en un centro de terapia social, de su ámbito de aplicación quedarían excluidos muchos delincuentes habituales peligrosos. No se podría aplicar en ningún caso a menores de veinticinco años, pero tampoco a los que no presenten anomalías de personalidad que hayan influido en la comisión del delito, ni a los que no aceptaran voluntariamente su aplicación. Para estos casos cabría pensar, como ocurre en otros países de nuestro entorno, y como propone Cerezo Mir en nuestra doctrina, la introducción de la medida de internamiento en un centro de custodia, o sea en la llamada en el Derecho alemán *custodia de seguridad*”.

por lo que al ser la elevada peligrosidad una necesidad actual de reacción estatal, la medida adecuada no sería una pena sino una *medida de seguridad* que tiene como fundamento la peligrosidad del delincuente. En ese sentido: (1) se opta por las regulaciones en el ámbito del derecho penal que cumplen una función de custodia anticipada de seguridad, como lo indicó Pawlik; o bien (2) se impulsa una reforma legislativa para la ampliación de las medidas de seguridad contra *imputables* peligrosos, como sostienen Orozco o Gracia Martín¹³⁵, entre otros autores.

III. REFLEXIÓN FINAL

Los esfuerzos teóricos de la doctrina, sin duda, más autorizada y rigurosa para poder afrontar el problema de las nuevas formas de criminalidad, nos son útiles para dar respuesta a la cuestión particular del *tratamiento jurídico-penal del crimen organizado*. Desde esta perspectiva, la renuncia del derecho penal a dar una respuesta estatal (pena) a los autores de este delito implicaría desconocer que el derecho penal es un reflejo de su época, de la verdadera expresión de la “constitución normativa de la sociedad”, de modo que el viejo “derecho penal de la culpabilidad” debe adaptarse a las necesidades reales de su tiempo, pues –como sostiene Jakobs– “según la época de que se trate, entran en consideración fundamentos de ordenación y legitimación muy diversos”¹³⁶. El Estado moderno tiene un gran desafío al abordar la *reacción estatal contra las nuevas formas de criminalidad*, que son viva expresión de la sociedad actual. Así pues, la aparición de nuevos delitos acorde a esa realidad en diferentes sectores sociales (por ejemplo, en el ámbito económico¹³⁷) y el uso de técnicas de anticipación de la punibilidad (por ejemplo, los delitos de peligro abstracto¹³⁸) son cada vez más frecuentes, y la renuncia del derecho penal siquiera puede pensarse. Con esto no se quiere afirmar que “el derecho penal lo puede todo”, por el contrario, una dogmática penal racional sabrá dar solución a este desafío, de hecho, es labor de la “ciencia del derecho penal” ocuparse del problema de la *legitimación*, y no le falta razón a Jakobs cuando afirma: “la ciencia del derecho penal debe dar respuesta a la pregunta acerca de cuál derecho penal es legítimo en una época determinada y cuál no lo es”¹³⁹.

135 *Ibid.*, p. 983, quien sostiene: “[...] el hecho de que las medidas de seguridad se hayan impregnado de los postulados de v. Listz para la teoría de la *pena* ha permitido revestir a aquellas de un sistema de garantías equivalente al de la pena que, de otro modo, tal vez no se hubiera conocido”.

136 Günther Jakobs. *El Derecho pena como disciplina científica*, Navarra, Civitas, 2008, p. 23.

137 Michael Kubiciel. “Libertad, instituciones, delitos de peligro abstracto: ¿un nuevo prototipo del Derecho penal económico?”, en *InDret*, n.º 3, 2017, pp. 2-12.

138 Un estudio profundo de los delitos de peligro, así como una propuesta de reinterpretación sobre la base de la *anticipación* y la *desvinculación*, establece: (a) delitos de *puesta en peligro*; (b) delitos de *elusión*; (c) delitos de *desvinculación*; véase Ronald Henry Vílchez Chinchayán. *Aproximación a la intervención penal anticipada. Un cambio de perspectiva en el tratamiento de los delitos de peligro*, Lima, Palestra, 2018, pp. 199-270.

139 Günther Jakobs. *El Derecho pena como disciplina científica*, Navarra, Civitas, 2008, p. 22.

En definitiva, consideramos que la reacción jurídico-penal contra la criminalidad organizada es una tarea del derecho penal o, mejor dicho, es legítimo que el derecho penal imponga una *pena* compatible con el principio del hecho y culpabilidad frente a comportamientos de criminalidad organizada (art. 317 del Código Penal). Para poder articular dicha argumentación, los esfuerzos teóricos deben centrarse en dos cuestiones importantes, a saber: (1) *¿Por qué tiene que tolerar el castigo penal aquel miembro de la organización criminal?*¹⁴⁰ La respuesta a esta cuestión, desde la perspectiva que aquí se asume, pone la valla alta para la legitimación del artículo 317 CP, pues ello implica poder demostrar que la anticipación penal y la elevada penalidad son compatibles con la función del derecho penal de garantizar las condiciones para el desarrollo de una libertad personal y real. De esta manera, se pretende *legitimar el artículo 317 como un tipo penal que garantiza libertades reales para sus ciudadanos*; y (2) *¿Cómo se define el injusto penal de la organización criminal?* Esta cuestión podrá ser abordada satisfactoriamente con los aportes modernos del “injusto sistemático o de organización”¹⁴¹, lo cual presupone el abandono de viejos dogmas (perspectiva del autor individual y de la lesión externa del bien jurídico o paradigma del resultado o consumación) y el emprendimiento de una *teoría de la lesividad social de los comportamientos*¹⁴² (o teoría del hecho punible), desligada de la ontología y naturaleza. El desarrollo de ambas cuestiones nos permitirá justificar *por qué las conductas de organización criminal son hechos merecedores y necesitados de pena por su lesividad social*.

140 Fundamental, Michael Kubiciel. *La ciencia de la parte especial del derecho penal*, Buenos Aires, Editores del Sur, 2021, p. 177, quien acertadamente sostiene: “La ciencia de la parte especial debe basar su trabajo dogmático y de política criminal en ese nivel de filosofía política en el que se aborda la cuestión decisiva para el derecho penal: la de las condiciones para el ejercicio legítimo del poder penal. En otras palabras, debe hacer de la teoría de la pena el punto de partida de su trabajo”.

141 Pionero sobre esta idea, Ernst-Joachim Lampe. *La dogmática jurídico-penal entre la ontología social y el funcionalismo*, Lima, Grijley, 2003, pp. 97-177; Manuel Cancio Meliá y Jesús María Silva Sánchez. *Delitos de organización*, Buenos Aires, BdeF, 2008, pp. 15-117; Günther Jakobs y Miguel Polaino-Orts. *Criminalidad organizada. Formas de combate mediante el derecho penal*, México, Editorial Flores, 2013, pp. 71-146; Jorge Fernando Perdomo Torres y William J. Parra. *Las organizaciones criminales. Sistemas de injusto autónomo*, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 2021, pp. 17-69; de forma exhaustiva sobre el injusto de la organización criminal, véase Alri Zurita Gutiérrez. *El delito de organización criminal: fundamentos y contenido de injusto*, Barcelona, J. M. Bosch, 2020, pp. 175-326; sobre la forma más grave de organización criminal: el terrorismo, véase Gilberto Santa Rita Tamés. *El delito de organización terrorista: un modelo de derecho penal del enemigo. Análisis desde la perspectiva de la imputación objetiva*, Barcelona, J.M. Bosch, 2015, pp. 345-439.

142 Fundamental, Bernardo Feijóo Sánchez. *Retribución y prevención general. Un estudio sobre la teoría de la pena y las funciones del derecho penal*, Buenos Aires, BdeF, 2007, p. 769, quien afirma: “En este sentido, toda criminalización debe tener que ver con la retribución de un injusto que encierra tal lesividad social que es merecedor de pena, y la pena que le corresponde a cada delito no puede exceder de la pena necesaria para la estabilización de esa norma en función de su relevancia para la pervivencia del sistema social”.

En este trabajo no se pretende desarrollar las preguntas formuladas *ut supra*, para ello nos remontamos a los principales trabajos de la literatura penal especialista en el tema que se ha citado. La pretensión de este trabajo es poner a flote todas las características y problemáticas que representa el delito de organización criminal para el derecho penal moderno. Finalmente, quiero enfatizar que la “ciencia del derecho penal” debe estar orientada al derecho positivo vigente y, por lo tanto, debe enfrentarse rigurosamente a su dinámica y materializar la idea de que los tipos de la parte especial solo alcanzan su contenido a través de su vinculación con una sociedad concreta, cuya realidad está inscrita en el derecho vigente.

BIBLIOGRAFÍA

Ambos, K. y Böhm, M. (coords.). *Desarrollos actuales de las ciencias criminales en Alemania*, Bogotá, Temis, 2012.

Callegari, A., Cancio Meliá, M. y Ramírez Barbosa, P. *Crimen organizado. Tipicidad, política criminal, investigación y proceso*, Lima, Ara Editores, 2009.

Camere Figueroa, E. M. “De nuevo, el derecho penal del enemigo: una necesidad para asegurar las condiciones de juridicidad”, *Revista Derecho Penal y Criminología*. 44(116), 2022, 65-80, <https://doi.org/10.18601/01210483.v44n116.04>.

Camere Figueroa, M. “El delito de cohecho activo en el ámbito de la función policial: una revisión normativa”, *Forseti. Revista de Derecho*, 12(18), 2023, 69-95, <https://doi.org/https://doi.org/10.21678/forseti.v12i17.2169>.

Cancio Meliá, M. y Gómez-Jara Díez, C. (coords.). *Derecho penal del enemigo. El discurso de la exclusión*, Buenos Aires, B de F, 2006.

Coca Vila, I. *Pena y vínculo político. Sobre el castigo no-paradigmático en el derecho penal del ciudadano*, Barcelona, Atelier, 2023.

De Vicente Remesal, J. *et al.* (dirs.). *Libro homenaje al profesor Diego Manuel Luzón Peña con motivo de su 70º aniversario*, Madrid, Reus, 2020.

Feijóo, B. *Retribución y prevención general. Un estudio sobre la teoría de la pena y las funciones del derecho penal*, Buenos Aires, B de F, 2007.

García Cavero, P. *Derecho penal. Parte general*, 3.^a ed., Lima, Ideas, 2019.

García Valdés, C. *et al.* (coords.). *Estudios penales en homenaje a Enrique Gimbernat*, tomo I, Madrid, Edisofer, 2008.

Gutiérrez, Alri Z. *El delito de organización criminal: fundamentos y contenido de injusto*, Barcelona, J. M. Bosch, 2020.

Hilgendorf, E., Lerman, M. y Córdoba, F. (eds.). *Brücken bauen, Festschrift für Marcelo Sancinetti zum 70. Geburtstag*, Berlín, Duncker & Humblot, 2020.

Huamán Castellares, D. *El sistema jurídico penal*, Lima, Editores del Centro, 2016.

Hurtado Pozo, J. (ed.). *Extinción de dominio y lucha contra la criminalidad organizada y económica. Homenaje al profesor Carlos Santiago Nino*, Lima, Instituto Pacífico, 2021.

Jakobs, G. *Estudios de derecho penal*, Madrid, Civitas, 1997.

Jakobs, G. *Sobre la teoría de la pena*, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 1998.

Jakobs, G. *Sociedad, norma y persona en una teoría de un derecho penal funcional*, Madrid, Civitas, 2000.

Jakobs, G. *Dogmática de derecho penal y la configuración normativa de la sociedad*, Madrid, Thomson Civitas, 2004.

Jakobs, G. *La pena estatal: significado y finalidad*, Navarra, Civitas, 2006.

Jakobs, G. *El Derecho penal como disciplina científica*, Navarra, Civitas, 2008.

Jakobs, G. *El lado comunicativo y el lado silencioso del derecho penal*, Lima, Editores del Centro, 2015.

Jakobs, G., Polaino Navarre, M. y Polaino-Orts, M. *Bien jurídico, vigencia de la norma y daño social*, Lima, Ara Editores, 2010.

Jakobs, G. y Cancio, M. *Derecho penal del enemigo*, Madrid, Civitas, 2003.

Jakobs, G. y Polaino-Orts, M. *Delitos de organización: un desafío al Estado*, Lima, Grijley, 2009.

Jakobs, G. y Polaino-Orts, M. *Persona y enemigo. Teoría y práctica del derecho penal del enemigo*, Lima, Ara Editores, 2011.

Kant, I. *La metafísica de las costumbres*, 4.^a ed., Madrid, Tecnos, 2008.

Kubiciel, M. *La ciencia de la parte especial del derecho penal*, Buenos Aires, Editores del Sur, 2021.

Lampe, E. J. *La dogmática jurídico-penal entre la ontología social y el funcionalismo*, Lima, Grijley, 2003.

Lesch, H. *El concepto de delito. Las ideas fundamentales de una revisión funcional*, Buenos Aires, Marcial Pons, 2016.

Lesch, H. *La función de la pena*, Madrid, Dykinson, 1999.

Mañalich Raffo, J. “Organización delictiva: bases para su elaboración dogmática en el derecho penal chileno”, *Revista Chilena de Derecho*, 38(2), 2011, 280, <https://dx.doi.org/10.4067/S0718-34372011000200005>.

Michael, K. “Libertad, instituciones, delitos de peligro abstracto: ¿un nuevo prototipo del Derecho penal económico?”, en *InDret*, 3, 2017, pp. 2-12.

Mir Puig, S. *Introducción a las bases del Derecho penal*, 2.^a ed., Buenos Aires, BdeF, 2003.

Montealegre Lynett, E. (coord.). *Libro homenaje a Günter Jakobs. El funcionalismo en Derecho penal*, tomo II, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 2003.

Orozco López, H., Reyes Alvarado, Y. y Ruiz López, C. (eds.). *Libro homenaje a Alfonso Reyes Echandía en el nonagésimo aniversario de su nacimiento. Análisis de los problemas fundamentales del derecho penal y la criminología, contemporáneos a la luz de la obra de Alfonso Reyes Echandía*, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 2022.

Pawlik, M. *La libertad institucionalizada. Estudios de filosofía jurídica y derecho penal*, Madrid, Marcial Pons, 2010.

Pawlik, M. “Presupuestos y límites del derecho penal del ciudadano”, *Revista Derecho Penal y Criminología*, n.º 44, 2023, pp. 11-30, <https://doi.org/10.18601/01210483.v44n117.02>.

Pawlik, M. *Ciudadanía y derecho penal. Fundamentos de la teoría de la pena y del delito en un Estado de libertades*, Barcelona, Atelier, 2016.

Pawlik, M. *El deber de cooperación ciudadano en derecho penal y la posición de los excluidos*, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 2023.

Pawlik, M. “El delito, ¿lesión de un bien jurídico?”, en *InDret*, 2, 2016, p. 8, <https://indret.com/el-delito-lesion-de-un-bien-juridico/>.

Perdomo Torres, J. “Nueva política criminal en la lucha contra las finanzas criminales”, en *Blog de Derecho Penal y Criminología*, 2023, <https://blogpenal.uexternado.edu.co/nueva-politica-criminal-en-la-lucha-contra-las-finanzas-criminales/>.

Perdomo Torres, J. y Parra, W. *Las organizaciones criminales. Sistemas de injusto autónomo*, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 2021.

Polaino Navarrete, M. *Instituciones de Derecho Penal. Parte general*, Lima, Grijley, 2005.

Polaino-Orts, M. *Derecho penal como sistema de autodeterminación personal*, Lima, Ara Editores, 2012.

Polaino-Orts, M. *Lo verdadero y lo falso del derecho penal del enemigo*, Lima, Grijley, 2009.

Polaino-Orts, M. y Ugaz Heudebert, J. *Feminicidio y discriminación positiva en Derecho penal*, Lima, Ara Editores, 2012.

Prado Saldarriaga, V. *Criminalidad organizada. Parte especial*, Lima, Instituto Pacífico, 2016.

Reyes Alvarado, Y., Ruiz López, C., Bautista Pizarro, N. y Orozco López, H. (eds.). *Lo vivo y lo muerto en la teoría del delito de Hans Welzel*, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 2022.

Romero Sánchez, A. *La asociación criminal y los delitos en banda en el derecho penal alemán: fundamentos históricos, dogmáticos y de política criminal*, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 2015.

Sánchez-Vera Gómez-Trelles, J. *Variaciones sobre la presunción de inocencia. Análisis funcional desde el derecho penal*, Madrid, Marcial Pons, 2012.

Silva Sánchez, J. *¿Es la custodia de seguridad una pena?*, en *InDret*, 2, 2010, p. 1.

Silva Sánchez, J., Queralt Jiménez, J., Corcoy Bidasolo, M. y Castiñeira Palou, M. (coords.). *Estudios de derecho penal: homenaje al profesor Santiago Mir Puig*, Buenos Aires, BdeF, 2017.

Van Weezel, A. *Curso de Derecho Penal. Parte general*, Santiago, Pontificia Universidad Católica de Chile, 2023.

Van Weezel, A. *Pena y sentido. Estudios de Derecho Penal*, Lima, Ara Editores, 2008.

Vílchez Chinchayán, R. H. *Aproximación a la intervención penal anticipada. Un cambio de perspectiva en el tratamiento de los delitos de peligro*, Lima, Palestra, 2018.

Von Liszt, F. *La idea de fin en el derecho penal*, México, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 1994.

Vormbaum, T. *Historia moderna del derecho penal alemán*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2018.

Wohlers, W. *La pena retributiva: ¿algo más que un pleonismo?*, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 2023.

Yacobucci, G. (dir.). *Los desafíos del derecho penal en el siglo XXI. Libro homenaje al profesor Dr. Günther Jakobs*, Lima, Ara Editores, 2005.

Zaczyk, R. *Libertad, derecho y fundamentación de la pena*, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 2010.

Zúñiga Rodríguez, L. y Mendoza Llamacponcca, F. (coords.). *Ley contra el crimen organizado (Ley n.º 30077). Aspectos sustantivos, procesales y de ejecución penal*, Lima, Instituto Pacífico, 2016.